



Abuso sexual (art. 119 1° párr. ley 23.352), Abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2° párr.), Abuso sexual con acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (art. 119 3° párr. ley 25.352) y Abuso sexual aprovechamiento con la inmadurez sexual – estupro – (art. 120).

Por **Rubén E. Figari**.

Art. 119 (ley 27.352): "...Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona 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 vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;*
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;*
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión*



sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;

d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;

e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

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

120. *“...Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119...”.-*

I.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Ya sobre la base de la anterior nomenclatura, “Delitos contra la honestidad”, Soler advertía que no era sencillo alcanzar una concepción unitaria del bien jurídico protegido por la totalidad de las figuras comprendidas bajo ese título, pues los delitos agrupados revisten caracteres muy diferentes entre sí, de modo que es frecuente que en ellos se encuentre una compleja red o entrecruzamiento de intereses sociales que son objeto de consideración y tutela. Así afirmaba que en punto a determinar el bien jurídico tutelado no se podía satisfacer con un examen literal del título empleado por la ley al agrupar las figuras. “En este caso podemos decir, desde luego, que la idea de honestidad no es exclusiva ni excluyente para mostrar el verdadero núcleo de interés para todas las figuras. Hasta, en ciertos aspectos, la veremos francamente inadecuada al contenido real de algunas figuras. La idea de honestidad, como título del capítulo, peca en algunos aspectos de exceso y en otros por defecto. Si se examina el contenido del título, se verá que de los sentidos generales de la



palabra honestidad, solamente los que hacen referencia a la vida sexual son aquí tomados en consideración. “Honestidad” está empleada en el sentido de *moralidad sexual* ... la expresión del título es inconveniente por este motivo: importa el peligro de que una interpretación apresurada considere que en este punto la ley hace referencia al concepto religioso de honestidad, es decir, a la idea de que es deshonesto toda relación sexual fuera del matrimonio. No es así, sin embargo ... por eso decíamos que la referencia al bien jurídico de la *honestidad* pecaba por exceso, salvo que se fuerza un poco en un sentido restringido y jurídico el valor de esa palabra, cosa, por lo demás, corriente en las expresiones de que el Derecho se suele servir, según lo hemos estudiado en otro trabajo. En este sentido más restringido, podría definirse la honestidad diciendo que es *una exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales...* La simple enumeración de las figuras principales agrupadas bajo el mismo título es suficiente para convencer de la heterogeneidad de las instituciones aquí sistematizadas: adulterio, violación, estupro, corrupción, proxenetismo, rufianería, abuso deshonesto, ultraje al pudor y rapto” (1).-

Carrara insistía en que no se podía mantener en la ciencia una clase especial de delitos titulados delitos de carne, sino que debían ser declarados únicamente aquellos hechos impúdicos que lesionan el derecho de alguien y que éstos debían ser clasificados de acuerdo con la diversidad del derecho violado, de allí que consideraba entre los delitos contra el *pudor individual*, los de estupro, violencia carnal y ultraje violento al pudor; *contra el orden familiar*, el adulterio, la bigamia y el incesto; *delitos sociales*, lenocinio y ultraje público al pudor y *libertad personal o moralidad individual*, el delito de rapto (2).-

Núñez, al hablar sobre el bien protegido en los delitos contra la honestidad, enfatiza que en dicho título el Código Penal reprime conductas que caen en el ámbito de la sexualidad. En el caso del derogado art. 118 (adulterio) la fidelidad sexual constituía uno de los elementos de la institución matrimonial y la preservación de ese derecho se vinculaba al interés de la sociedad en la incolumidad del núcleo de la organización familiar legítima. En lo concerniente a la violación, el estupro, el abuso deshonesto y el rapto se sancionan ciertos modos coercitivos o abusivos o atentatorios contra la reserva sexual. En cuanto al castigo de la corrupción y la prostitución se tiene en mira la normalidad sexual como derecho del individuo a la incolumidad del trato sexual natural y al castigar los ultrajes al pudor mediante publicaciones y exhibiciones obscenas el Código Penal

¹ SOLER Sebastián “Derecho Penal Argentino” t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, ps. 269 y sgtes..

² CARRARA Francesco “Programa del curso de derecho criminal”, t. IV, Ed. Temis, Colombia, 2000, §1478 y sgtes.



protege la decencia social como derecho de la sociedad a que no se lesione su sentimiento de pudor mediante conductas obscenas ⁽³⁾.-El tema en cuestión llevó a decir a Fontán Balestra que si se ha de tomar como base el bien jurídico lesionado, será menester que previamente se analicen si existe en realidad un interés, un bien, que sea protegido por todas las normas contenidas en el título en examen, ya que sólo así podrán ser agrupadas bajo un mismo epígrafe. Caso contrario se debe situar cada una bajo el título que resulte más conveniente ⁽⁴⁾.-

Asimismo, Creus - Buompadre al analizar el significado de la expresión “honestidad” que tenía el título III, reconoce que todas las figuras contenidas en él atañen a lo sexual, ya como trato carnal, ya como conocimiento y desarrollo de la sexualidad en los individuos, ya como ubicación y límites de las relaciones de aquel carácter en la actividad social general y agregan que estos conceptos no han experimentado ningún cambio, la referencia a lo sexual continua siendo el rasgo común de la figuras delictivas alineadas en el título III ⁽⁵⁾.-

Laje Anaya - Gavier especulan que el término *honestidad* ha sido utilizado en el sentido de moralidad sexual, como compostura, decencia y moderación en las personas, acciones y palabras, y que supone respeto al pudor y al recato como atributo de las personas y de la sociedad ⁽⁶⁾.-

Donna entendía que el único punto que une a todos los delitos que trata el Título III del Código Penal no es la honestidad, como se dice, sino lo sexual, lo cual es así porque no hay un bien jurídico único que aglutine a todos los delitos por más que se lo intente buscar ⁽⁷⁾.-

Como se puede advertir de los análisis efectuados por los autores citados, con anterioridad a la reforma, el punto aglutinante de todas las figuras que abarcaba el título III está centrado en lo sexual, es decir, que se trata en definitiva de delitos de índole sexual, no advirtiéndose un bien jurídico exclusivo inmanente a todas las figuras. Al adoptarse la denominación de “Delitos contra la integridad sexual” el legislador trató de llevar a cabo una especie de reinención del bien jurídicamente protegido pues adopta un criterio de integridad y no un concepto un tanto indefinido

³ NUÑEZ Ricardo “*Tratado de Derecho Penal*”, t. III, vol. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, ps. 213 y sgtes.

⁴ FONTÁN BALESTRA Carlos “*Tratado de Derecho Penal*”, t. V, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 39.

⁵ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte especial*” t. I, 7ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 179.

⁶ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique “*Notas al Código Penal Argentino*” t. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1995 p. 128.

⁷ DONNA Edgardo “*Delitos contra la integridad sexual*”, 2º Edición Actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 12.



como es el de “honestidad” (8). Donna efectúa una crítica a esta nueva rúbrica en similares términos que se le hacía a la anterior, pues dice que: “No es aceptable un Derecho Penal que no tutele bienes sino normas éticas o morales, o, lo que es lo mismo, que no garantice bienes jurídicos sino que indique la manera en que habrán de usarse esos bienes aún cuando de su uso diferente no derive afectación alguna de bienes jurídicos ajenos” (9).-

Si se hace una recorrida por los antecedentes nacionales se puede observar que en el Código Tejedor en el título III se consignaba la rúbrica “De los crímenes y delitos contra la honestidad”; en el Código de 1881 el Título VI nominaba a los “Delitos contra el orden de las familias y la moral pública”; recién en el Código de 1886 aparece en el Título III la rúbrica tradicional de “Delitos contra la honestidad”, lo que se repite en el Proyecto de 1891, Ley de 1903, Proyecto de 1906, Proyecto de 1917, “Código de 1921”, Proyecto de 1937. A partir de los siguientes proyectos se cambia la titularidad de los delitos de índole sexual: el Proyecto Segovia en el Título II los designaba como “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres”; el Proyecto Peco de 1941 ubicó a los delitos de que se trata bajo la denominación “Delitos contra las buenas costumbres”; el Proyecto de 1951 los tituló “Delitos contra la libertad sexual”; el Proyecto de 1953 en el Título V los denominó “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres”; en 1960 el Proyecto Soler receptaba la idea “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual”; modalidad ésta que se reproduce en el Proyecto de 1979; la ley 20.087 introduce la fórmula “Delitos contra la integridad sexual”, el Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal del M.J.D.H.N. en el Título V lo signó como “Delitos contra la integridad y libertad sexual” y finalmente el Anteproyecto de Reforma integral al Código Penal de 2014 repite el título del anterior Anteproyecto.-

⁸ En el debate en la Cámara de Senadores el Senador Yoma entre otros conceptos expresaba: “... Esencialmente, las figuras que contempla son importantes. El Proyecto que viene de la Cámara de Diputados plantea básicamente algunas modificaciones. En primer lugar, en el título, al plantear los actuales delitos contra la honestidad como delitos contra la integridad sexual. Esto responde a lo que es la tendencia moderna en este tema. El término “Delitos contra la honestidad” es anacrónico. El Código Penal Portugués y el Alemán han ido haciendo modificaciones en ese sentido. En el Código Alemán, por ejemplo se hacía alusión a los “Delitos contra la moralidad”, que fue sustituido por “Delitos contra la autodeterminación sexual”. El Código Portugués, a su vez, planteó a estos delitos como “Delitos sexuales” y el Código Español, que tenía la misma caracterización que el nuestro - “Delitos contra la honestidad” -, utiliza términos que creemos que son correctos y que se ajustan a la realidad, es decir, “Delitos contra la libertad sexual”, o lo que sería contra la “Autodeterminación sexual” en el caso de Alemania. La Cámara de Diputados utilizó el término “Delitos contra la integridad sexual”, que no nos gusta porque se vincula también con el tema de la virginidad y con conceptos que son obviamente anacrónicos frente a la nueva realidad social. Pero no es un tema central, con lo cual la modificación que pensábamos proponer no la llevaremos adelante...” Antecedentes Parlamentarios, p. 1622.

⁹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 12), citando a DIEZ RIPOLLES José “Derecho Penal ante el sexo”, Bosch, Barcelona, p. 32.



Tal como expone Villada, la variedad de denominaciones obliga a precisar el objeto de protección legal-penal, ya que no se pueden analizar los distintos tipos de un microsistema punitivo que la ley implementa en una determinada materia, sino a partir del bien jurídicamente preponderante que la ley ha escogido para su protección ⁽¹⁰⁾.-Como bien se sabe la ley 25.087 (B.O 14/05/1999) llevó adelante una amplia reforma al título III cambiando la rúbrica “Delitos contra la honestidad” por la de “Delitos contra la integridad sexual”, entre otros aspectos, tomando en cuenta la reforma realizada en España en 1995 que denominaba a los distintos tipos penales como “Delitos contra la libertad sexual” – cuestión controvertida – y ya en el año 1999 se muta por el título “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”. Posteriormente en aquel país se realiza una nueva reforma en 2010 y finalmente otra en 2015 en las que se dedica en forma específica a las agresiones sexuales a menores. Es decir, que cuando nosotros “copiamos” el formato de origen hispánico – 1999 – el mismo ya había sido cambiado ese mismo año.-

De modo que teniendo en cuenta lo antes dicho en el sentido de que adopta por la ley mencionada el título “Delitos contra la integridad sexual”, se hace menester indagar un poco sobre la acepción lingüística del término “integridad”.-

Ello significa: “entero, completo, que no faltan partes, probo, desinteresado” desde el punto de vista gramatical. Pero desde el aspecto jurídico lleva a decir a Carreras que la expresión “Delitos contra la integridad sexual” es un despropósito pues el vocablo en su segunda acepción expresa: “Cualidad de una persona íntegra, recta, honesta”. “Por lo tanto la nueva rúbrica no aclara nada sobre cuál es el bien jurídico: en otras palabras se agregó “sexual” al término honestidad (disfrazado con el vocablo “integridad”)” ⁽¹¹⁾. Aunque Balcarce apunta que es indiscutible – como expresa Reinaldi – que el término no debe entenderse como derecho de las doncellas a mantener la integridad física del sexo – indemnidad de su himen –. “Es por eso que se la vincula preponderantemente con la primera acepción de íntegro, lucubrándose como objeto de protección la incolumidad de la sexualidad de las personas. En pos de «ver debajo del agua», la doctrina intenta acceder, en forma de paráfrasis, al o a los bienes jurídicos que se encuentran potencialmente cubiertos por la microsistemática legal” ⁽¹²⁾.-

De Luca - López Casariego consideran que no es el significado literal del diccionario con que debe comprenderse el bien jurídico porque queda claro que nadie pierde su integridad cuando

¹⁰ VILLADA Jorge “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 9.

¹¹ CARRERAS Eduardo “*Los delitos contra la honestidad y su modificación por la ley 20.087*” LL 2000 - C - 1059

¹² BALCARCE Fabián “*El bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad sexual*” eDial.com DC316.



sufre un ataque sexual. “El sentido del término debe ser interpretado como que lo ofendido es el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad y que eso es lo que se quiebra cuando se produce una agresión sexual. De lo contrario, se confundiría con las demás injurias o lesiones físicas o psíquicas (que también se pueden producir en los delitos sexuales). Es en este sentido en que puede hablarse de libertad sexual, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan, que debe ser entendida en su aspecto negativo o de reserva, como el derecho a decir “no” a diversas expresiones de contenido sexual... En el caso de los menores y personas que no pueden comprender, ese derecho a disponer de su sexualidad es restringido por la propia ley, en atención a las comprobaciones científicas, experiencias, cultura y dificultades que la propia realidad antepone, en la inteligencia de que no es posible determinar la madurez y libertad de esa disposición” (13).-

En un recorrido sobre las opiniones que vierten los distintos autores que han abordado el tema se puede advertir que, por ejemplo, Parma sostiene que la variante introducida resguarda la libertad en su proyección hacia la sexualidad y la integridad física, psíquica y espiritual de la persona, valores supremos, de proyección constitucional (14).-

Villada los enfoca como una protección hacia la lesión de la dignidad sexual de la persona desde cualquier punto de vista que se lo mire, en tanto forma parte de un concepto integral del ser humano (15). Posición monista, según la óptica de Balcarce (16).-

Por su parte, Edwards cree que el nombre más correcto que debía llevar este título es el de los delitos contra la “libertad sexual” pues lo que se intenta proteger es la libertad de determinación en materia sexual, la que puede ser atacada cuando se atenta contra esa libertad, como sucede con la violación, el abuso deshonesto o el estupro, o se vulnera el sano desarrollo de la sexualidad, como en el delito de corrupción, o cuando se menoscaba el derecho que tiene la sociedad a no soportar manifestaciones torpes de lo sexual, como en el caso de la pornografía o las exhibiciones obscenas y se deben atener a determinados conceptos culturales sobre lo que es o no normal adoptándose una

¹³ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 28/29 y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) “*Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*” t. 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 568/569

¹⁴ PARMA Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 20.

¹⁵ VILLADA Jorge “*Delitos Sexuales y trata de personas*” 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 6.

¹⁶ BALCARCE Fabián (ob. cit. elDial.com DC316) porque estima que detrás del *nomen iuris* existe la protección de un único bien jurídico protegido.



pauta de interpretación común “al hombre término medio” a fin de no pecar ni por exceso ni por defecto (17).-

Gavier se inclina por que la nueva sistematización protege la reserva sexual, entendida ésta como el derecho que tienen las personas a un consciente y voluntario trato sexual, lo que comprende el derecho de mantenerlo con quien les plazca, en la forma que quieran y en las circunstancias que lo deseen (18).-

Creus define la integridad sexual como el normal ejercicio de la sexualidad que se asienta sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo que depende tanto de circunstancias individuales cuanto del entorno social. En cuanto a la designación impuesta por la ley 25.087, considera que no se introduce una pretendida precisión en la designación de los bienes jurídicos protegidos y resulta bastante novedoso en el derecho comparado. “Si bien algunos de los tipos pueden adecuarse más o menos a la denominación del rubro, otros justificarían que se los tilde de indebidamente extensos. En tren de sugerencias hubiese sido preferible seleccionar un rubro que designase una figura básica de la que los demás tipos pueden considerarse emanaciones, al menos sino por su naturaleza, por imperio de la ley, como lo hace, por ejemplo, el Código Penal Francés, que emplea el rubro genérico *De las agresiones sexuales*” (19).-Clemente expresa que el objeto protegido por los delitos bajo examen abarcan una faz específica de la libertad individual – la libertad sexual – sea tomada desde un punto de vista positivo o negativo – reserva sexual –: “el autor abusa o aprovecha las circunstancias o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o con violencia elimina el mismo, reemplazando así la voluntad de la víctima (efectiva o presumida por la ley), por la suya” (20).-

Donna desde su óptica, estima que el bien jurídico “integridad sexual” no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de dieciocho años – considerando que con la reforma al Código Civil, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años – y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede

¹⁷ EDWARDS Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7. Tesis monista.

¹⁸ GAVIER Enrique “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 18. Tesis pluralista porque se alude a la vulneración de más de un bien jurídico protegido. (Cfme. BALCARCE Fabián ob. cit. eIDial.com DC316).

¹⁹ CREUS Carlos “*Delitos Sexuales según la ley 25.087*” J.A. 1999 - III - 807/15; CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 180)

²⁰ CLEMENTE José “*Abusos sexuales*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 26.



hacer. “Dicho de otra manera, el bien jurídico es la libertad sexual en su doble vertiente positivo - dinámica, esto es, la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. En la vertiente negativa, es la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar. En cuanto a los menores de 13 años, o personas privadas de sentido o abusando de un trastorno mental, el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona. En este punto hay interés del Derecho de evitar que terceras personas, ajenas a la vida del menor, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad” (21).-

Reinaldi sostiene que el bien de las personas “integridad sexual” al que la ley 25.087 brinda tutela, puede caracterizarse ahora como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad; y a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de trece años de edad o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento. O de quienes, aunque hayan cumplido los trece años pero no han superado los dieciséis, no han alcanzado aquella plena capacidad y pueden, por ello, ser víctimas de aprovechamiento. O de los que ya han cumplido los dieciséis pero no los dieciocho y pueden sufrir una deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad en virtud de actos de promoción y facilitación de la corrupción o de la prostitución de menores de dieciocho años y respecto a esta última y a otras conductas vinculadas a ella, como la rufianería y la trata de personas aún cuando fuesen mayores de aquella edad (22).-

Pandolfi critica el nombre elegido como rúbrica del título al cual considera no muy feliz, pero admite que una elección del nombre no resultaba una cuestión sencilla, por su parte, sugería como apropiado, la nómina de “Delitos sexuales” o “Delitos contra la autodeterminación sexual” (23).-

A su entender Arocena contempla que el bien jurídico “integridad sexual” puede caracterizarse como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consiente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad – libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual –, y el

²¹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 14).

²² REINALDI Víctor “*Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*”, 2º Edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, ps. 36/37; NUÑEZ Ricardo “*Manual de Derecho Penal. Parte especial*” 4ª edición actualizada por REINALDI Víctor, Ed. Lerner, Córdoba, 2009, p. 135.

²³ PANDOLFI Oscar “*Delitos contra la integridad sexual. (Ley 25.087)*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 21.



derecho a la intangibilidad o indemnidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces no pueden manifestar válidamente su consentimiento ⁽²⁴⁾.-

Estrella - Godoy Lemos estiman que las variadas significaciones y contenidos del bien jurídico “integridad sexual” que dan los autores que se han ocupado del tema, evidencian que atento a las distintas figuras que componen el Título, resulta muy difícil lograr una denominación que abarque a todos los bienes jurídicos protegidos por los tipos que lo integran – tal como ocurría con la rúbrica “Delitos contra la honestidad” – porque alcanza a un complejo grupo de bienes jurídicos tales como la libertad sexual, la reserva sexual, la inexperiencia sexual, el sano y natural instinto de la sexualidad, el derecho de las personas a no ser sorprendidas, involuntariamente, con manifestaciones obscenas o pornográficas, etc. ⁽²⁵⁾.-

Para Balcarce y siguiendo las doctrinas pluralistas, con la leyenda integridad sexual se hace referencia a la posibilidad de todo ciudadano con suficiente capacidad psico-física, según los standards de la sociedad en determinado tiempo y lugar, de elaborar su propio plan de vida sexual; ora de manera individual; ora en forma coordinada con personas de distinto o igual sexo, compatibilizando el grado de renuncia que se alcanza en el ámbito de disponibilidad de los distintos bienes jurídicos que concurren a la plenitud en la actividad sexual. En forma sintética: el derecho al desarrollo progresivo en el ámbito sexual y a la autonomía sexual. Concluyendo que la norma en cuestión adopta una opción político-criminal neopersonalista ⁽²⁶⁾.-

Finalmente Buompadre al abordar el tema, explica que la integridad sexual como bien jurídicamente protegido en el título III, importa un segmento de un bien jurídico más general: la libertad personal entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. También entiende que la denominación “libertad sexual” es la más adecuada para mencionar al bien jurídico pues abarca tanto la sexualidad de los adultos como la de los menores incapaces. La integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, pues todo atentado contra ella conlleva una ingerencia intolerable a la dignidad del ser humano y afecta el

²⁴ AROCENA Gustavo “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 28; en BALCARCE Fabián (Director) “*Derecho Penal Parte especial. Libro de estudio*” t. I, 4ª edición, Ed. Advocatus, Córdoba, 2014, ps. 196/197

²⁵ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto “*Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*” 2º Edición t. I, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 387; ESTRELLA Oscar “*De los delitos sexuales*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 23.

²⁶ BALCARCE Fabián (ob. cit. elDial.com DC316)



derecho de toda persona a su autorealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad ⁽²⁷⁾. Agregando que la inclusión de la indemnidad sexual junto a la libertad sexual como bienes jurídicos protegidos, según se trate de mayores o menores de edad – como ya ha sido puesto de relieve por la doctrina –, es una solución redundante y superflua, a lo que se podría agregar, con poca o ninguna utilidad ⁽²⁸⁾.- Tenca no está de acuerdo con los autores que le conferirían diversa protección a los bienes jurídicos de los delitos considerados anteriormente contra la honestidad, pues luego de hacer un análisis de cada una de las tipologías concluye en que el factor dominante se sienta en la protección de la libertad. Así expresa que: “Resulta claro que todos los delitos contra la libertad afectan la integridad, privacidad e identidad, pero ello no empece a que el bien jurídico protegido sea la libertad, con independencia de las consecuencias que la violación de ese bien jurídico puede ocasionarle a la persona. Por todo lo expresado, consideramos que el título apropiado debió ser lisa y llanamente “Delitos contra la libertad sexual”, tal como lo designa el Código Penal español de 1995, en el que se inspiró gran parte de la reforma” ⁽²⁹⁾.-

Elhart se plantea una serie de interrogantes respecto a si el bien jurídico protegido es la integridad sexual o la libertad sexual y al respecto razona que en principio, el significado de “libertad sexual” no se compadece con la expresión “integridad sexual” pues propiciando la primera se confunde lo que fundamentalmente se quiere proteger – integridad y dignidad física y psíquica de la persona – con la afectación previa de la libertad de repeler o aceptar la conducta del agente agresor, que es un presupuesto común para la mayoría de los delitos. En su concepto, la expresión “libertad sexual” se identifica más con el derecho de ejercer la sexualidad de la manera en que cada uno elija, que con la facultad de repeler o aceptar las conductas de terceros dirigidas a la propia sexualidad. Si bien agrega, que en gran parte de los delitos que incluye el título se vulnera la libertad sexual, la afectación fundamental y de mayor relevancia no se encuentra en aquélla. Cita las palabras del miembro informante de la Cámara de Diputados Cafferata Nores – que se reproducen más abajo – otro tanto hace con la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/99 que modifica el Código Penal Español donde pone énfasis en los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad e indemnidad de los menores e incapaces, cuya

²⁷ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal. Parte Especial” t. I, Ed. Mave, Corrientes, 2000, p. 335. Parece ser la opinión también de D’ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) “Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial” t. II, 2º Edición Actualizada y Ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 221.

²⁸ BUOMPADRE Jorge “El Delito De Violación. Análisis Dogmático De Los Elementos Típicos Tras La Reforma De La Ley 27.352” en www.pensamientopenal.com.ar

²⁹ TENCA Adrián “Delitos sexuales”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, ps. 14 y sgtes.



voluntad carente de la necesaria formación, para poder ser considerada verdaderamente libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas, que podrían serlas en los adultos. Concluye en que el bien jurídico protegido no es la “libertad sexual”, sino la “integridad sexual” entendida en un sentido amplio de integridad tanto psíquica como física de la persona y que se instituya como rúbrica del título III “Delitos contra la sexualidad” ⁽³⁰⁾.-

En los Antecedentes Parlamentarios de la ley 25.087 el Diputado Cafferata Nores había expuesto que se redefinió el bien jurídicamente protegido que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima como ocurría con la anterior denominación. Decía que: “Una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón. La vieja idea del honor, asociada a ciertos tipos penales, refleja no sólo una dimensión ideológica, ligada al temor por ese escándalo, sino que facilitan la imposición de valores culturales dominantes, propios del mundo masculino. En definitiva, las agresiones de referencia afectan, no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque también afectan a la vez a su libertad y a menudo equivalen a una privación de esa libertad, las personas afectadas viven esas situaciones sobre todo como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá que esos delitos afecten también a sus familiares, tutores, al Estado, etc., correspondiendo, por lo tanto, concebir a estos delitos como delitos contra las personas al igual que otros delitos concedidos como tales” ⁽³¹⁾.-

De todo lo antes dicho se puede colegir que tanto desde la intención legislativa que emerge de los Antecedentes Parlamentarios, como de la doctrina que se ha elaborado hasta el momento, el título abarca todos aquellos delitos de índole sexual y que cada uno, como también se vio, tienen un bien protegido un tanto disímil, – salvo la opinión de Tenca – pero que en su conjunto y con la nueva expresión “integridad sexual” se pretende aludir a la protección de las personas desde el punto de la intangibilidad ⁽³²⁾ – de quienes por ser menores o incapaces no pueden validar su consentimiento – e

³⁰ ELHART Raúl “El bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad sexual. ¿Es la integridad sexual? ¿Es la libertad sexual? ¿O aún no ha sido correctamente individualizada?” en Suplemento Actualidad LL 28/10/2000.

³¹ Antecedentes Parlamentarios, p. 1614 y CAFFERATA NORES José “El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual” LL 2000 - C - 251.

³² “El diccionario de la Real Academia entiende por “indemnidad” de latín *indemnitas - atis* “propiedad, condición o situación del que está exento de sufrir daño o perjuicio” e “intangibles” “que no se debe o no se puede tocar”. Términos que en definitiva resumen la idea coloquial “con eso no te metas”. En este caso concreto está referido a los menores de



integridad física, psíquica y también correlativamente a la libertad de autodeterminación sexual de quienes así puedan manifestarlo. Resumiendo, el título en cuestión hace a la lesión y dignidad de la sexualidad de las personas desde cualquier punto de vista que se lo mire, pues se trata de un concepto homogéneo.-

Si bien comparto la opinión de Buompadre en el sentido de que las rúbricas sólo constituyen un criterio orientador y no definitivo en lo referente al bien jurídico pretendidamente protegido y que el valor libertad sexual – sea del mayor de edad o del menor – implica uno más trascendente como es la libertad personal entendida como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual y agrega que: “En cuanto refiere a la equiparación de la integridad sexual con la indemnidad o intangibilidad sexual respecto de menores de cierta edad o incapaces, se debe destacar que dichos bienes jurídicos son propios de mayores y menores, pues tanto unos como los otros tienen derecho a no ser molestados ni tocados sexualmente por terceros, pues – como ha puesto de relieve la doctrina- después de la reforma de los delitos sexuales (en nuestro caso la Ley N° 25.087 de 1999) el legislador ha permitido que los menores e incapaces tengan relaciones sexuales siempre que no se abuse de ellos”⁽³³⁾ para seguidamente ampararse en lo dispuesto por el art. 22 del C.C y C.N. y alegar que ello constituye una regla general y que la limitación está dada por el art. 119 del Código penal, cuyo texto castiga el abuso sexual cuando la víctima es una persona “menor de trece años”. Aunque ello sólo castiga una acción abusiva, es decir, una conducta destinada a instrumentalizar o cosificar al sujeto pasivo, o a aprovecharse de una condición de vulnerabilidad tal que le impide al menor tomar una decisión en libertad, acotando que de otra manera, si el menor –según las circunstancias del caso concreto-, “cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” – arts. 24. b, y 26, 2do. párr., C.C. y C.N. –⁽³⁴⁾. No obstante, con respecto al art. 24 b. del C.C y C.N. Fernández entre otras cuestiones comenta: “...El sistema no hubiese sido respetuoso de la línea humanitaria que atraviesa íntegramente al C.C. y C. si hubiese reemplazado la intransigente solución del C.C. – incapacidad para todo menor de edad – por otro

trece años que no pueden consentir ningún acto de las características enunciadas, como así tampoco para aquéllos que presentan una incapacidad mental o que por cualquier otra causa se encuentran privadas del sentido. En síntesis, me parece, más adecuado el rótulo para este título V del Anteproyecto el de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. (Cfme. FIGARI Rubén *“Tratamiento de los delitos sexuales en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación”* en ZAFFARNI Eugenio - CARLES Roberto (Directores). BAILONE Matías (Coordinador) *“Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario”* Ed. La LEY, Buenos Aires, 2014, ps. p 891 y sgtes).

³³ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

³⁴ Idem. (ob. cit. en www.pensamientopenal.com.ar)



diseño que pecase de igual extremismo: afirmar que todo niño o niña resulta capaz para todos los actos jurídicos. De haberse así entendido, la consecuencia hubiera sido la lisa y llana desprotección de las personas menores de edad. Esta solución sería, además, francamente violatoria de la doctrina internacional, establecida tiempo atrás por la propia Corte IDH...” (35).-

Estimo que lo que puede ser polémico es el siguiente párrafo del autor correntino: “El Código penal (ni el ordenamiento jurídico en general) no prohíbe al menor de edad – ni podría hacerlo – el ejercicio de su derecho a entablar una relación sexual con la persona de su preferencia. Sólo exige que, en el caso concreto, el menor de 13 años de edad cuente con “madurez suficiente” (que le permita comprender el sentido y alcance de su obrar), condición que lo habilita para ejercitar sus derechos fundamentales, entre los que cuenta, desde luego, el derecho a tener una relación sexual libremente aceptada” (36).-

Si bien el ordenamiento jurídico constituye un todo armónico, en el sentido que tanto la normativa civil, penal, comercial, administrativa, no debe contraponerse la una a la otra, aquí se advierte que de acuerdo a expuesto el menor de trece años de edad que “cuente con la madurez suficiente” lo habilita a tener una relación sexual libremente aceptada, lo cual se contrapone con las normas del Código Penal en cuanto se pune con pena de reclusión o prisión de seis meses a cuatro años al que abusare sexualmente a una persona cuando ésta fuera menor de trece años – art. 119 1º párr. –; de cuatro a diez de reclusión en el 2º párr. y de seis a quince en el 3º párr.; pena seis a quince años en el caso del art. 125 – promoción o facilitación de la corrupción –; pena de diez a quince años en la agravante de art. 126 – promoción y facilitación de la prostitución –; pena de cinco a diez años de prisión en la agravante del art. 127 – explotación económica del ejercicio de la prostitución –; penas que se elevan un tercio de un mínimo y del máximo en los supuestos del nuevo art. 128 (Ley 27436) cuando fuera una persona menor de trece años – pornografía infantil –; seis meses a cuatro años en el art. 129 – exhibiciones obscenas – y dos a seis años en el supuesto del art. 130 – rapto –. Porqué la rigurosidad punitiva en todos estos casos donde intervienen como víctimas los menores de trece años?. Porque se supone – como lo entiende la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia – que *jure et de iure* el menor no puede consentir ningún acto de dicha naturaleza por su falta de comprensión en materia sexual y tengo para mí que no obstante la disposiciones de la ley civil que

³⁵ FERNANDEZ Silvia en HERRERA Marisa - CAMELO Gustavo - PICASSO Sebastián “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 63

³⁶ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. en www.pensamientopenal.com.ar)



no solamente se refiere a la cuestión etaria, sino también a la madurez suficiente, que ello no habilita a contravenir la norma penal en tal sentido. Por otra parte el ordenamiento civil habla del menor que “cuenta con edad y grado de madurez suficiente, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” y no para los prohibidos.-

Vienen al caso las reflexiones de Latorre Latorre quien al hablar sobre estos tipos delictivos considera que: “Una configuración de estos delitos bajo el toldo de la libertad sexual parece francamente insuficiente. La libertad sexual entendida como derecho a no ser tocado sexualmente por quien el sujeto no quiere, pone el acento en la voluntad del sujeto. Toda contrariedad a dicha voluntad en esta materia habrá de girar sobre una modalidad delictiva. Sin embargo, resulta difícil imaginar que, por ejemplo, la violación, únicamente se contraría la voluntad del sujeto, que baste la libertad para completar el total desvalor. Al violado desde luego se le ha lesionado su libertad, su libertad sexual, pero se ha lesionado algo más, algo que requiere un recurso a otro bien jurídico que ha de completar el total desvalor...”⁽³⁷⁾.-

Por ello en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, del 30 de abril que modifica el título VIII, del libro II, del Código Penal Español se señala que los bienes jurídicos en juego “no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”.-

Como señalan los Antecedentes Parlamentarios, se ha tenido en consideración a los efectos de la redacción de esta ley, al Código Penal español de 1995 que llevaba como rúbrica la de “Delitos contra la libertad sexual”, pero cuando se sanciona la ley 25.087, en España se produce una reforma en 1999 y se apela a la de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Pero primariamente también la denominación era similar a la existente en nuestra legislación antes de la reforma: “Delitos contra la honestidad” cosa que se cambia con la reforma de 1989 por la expresión manifestada en primer término.-

³⁷ LATORRE LATORRE Virgilio “Agresión sexual o violación ¿Una cuestión meramente nominal?”, en “Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología”, año I, Nº 2 - 2001, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, ps. 31/32.



Opina Muñoz Conde que dentro de la libertad en general, la “libertad sexual” entendía como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad. Entonces la libertad sexual tiene su propia autonomía aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son también ataques a la libertad que podrían ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias. Pero en el título VIII – siempre refiriéndose al Código Penal español – también hay otros delitos que no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual y acontece esto sobre todo con los delitos sexuales que recaen sobre menores o personas con discapacidad que necesitan una especial protección – abusos sexuales, delito de exhibicionismo “obsceno” y difusión de pornografía de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección y lo relativo a la prostitución y corrupción de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar de la “libertad sexual” como bien jurídico específicamente protegido, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que parecen de esa libertad, ya sean forma provisional – menores – ya sea en forma definitiva – personas con discapacidad necesitadas especial protección y si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación, por ej. menores de dieciséis años, oligofrénico profundo, etc. es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Actualmente en el ámbito cultural existe una especie de consenso sobre la “intangibilidad” o “indemnidad” que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas y más que la libertad del menor o de la persona con discapacidad, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el supuesto del menor proteger su libertad futura o la normal de evolución y desarrollo su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y en el supuesto de la persona con discapacidad evitar sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusan de su situación para satisfacer sus deseos sexuales. En definitiva, lo que ha venido a reconocer la rúbrica en este título al incluir la referencia a la “indemnidad sexual” es poner en un pie de igualdad con la “libertad sexual” – sobre las peculiaridades que presentan los delitos sexuales que recaen sobre el menor con la persona con discapacidad necesitada de especial protección –. “En mi opinión, tanto la libertad como la indemnidad sexuales a las que alude la rúbrica del Título VIII deben ser entendidas como bienes jurídicos autónomos de los delitos sexuales, pero para su exacta delimitación deben usarse en



un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexuales de las personas en sus relaciones con otras personas. A ese contexto valorativo se le podría llamar también “moral sexual” entendiéndola como aquella parte del orden moral social que en causa dentro de otros límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas. Esto no significa que para la “moral sexual” el bien jurídico protegido en esta materia. Es más, cualquier intento de convertir la “moral sexual” como tal, sin identificar lo concretos bienes jurídicos que pueden ser específicamente cuestionados en los respectivos tipos delictivos, en un bien jurídico protegido autónomo conlleva el peligro de convertir el Derecho Penal en esta materia en un instrumento ideológico más propio de la Inquisición que un moderno Estado pluralista y democrático. Pero, lógicamente, a la hora de interpretar los concretos tipos penales y los conceptos utilizados en su configuración habrá que tener en cuenta este componente normativo cultural situándolo en el contexto de un Estado de Derecho democrático y por tanto, pluralista” (38).-

En ocasión de la anterior reforma de 1995 Muñoz Conde refería con respecto a la rúbrica “Delitos contra la libertad sexual” que suponía algo más que, como decía la Exposición de Motivos de dicha reforma “respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos”, por lo que esta toma de posición en relación con uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de proteger con la técnica siempre tosca del Derecho Penal se mantiene en el Código Penal de 1995. Señalaba el jurista español con atinencia al bien jurídico que se quiere proteger, que la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, es un bien jurídico merecedor de protección y necesitado también de tutela penal, empece no es tan clara la forma en que el Derecho Penal debe proteger ese bien jurídico ni, si esa protección otorga a la libertad como tal sin ningún tipo de connotación valorativa adicional. La problemática que plantea el *nomen iuris* es precisamente si se puede hablar de “libertad sexual” cuando los delitos recaen sobre menores o incapaces, ya que, mantener en estos casos qué es la “libertad sexual” el bien jurídico protegido, resulta ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, despojándose de la realidad porque si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación, es precisamente la de carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. Entonces, lo que no aparece tan claro es que el fundamento de la regulación penal sea

³⁸ MUÑOZ CONDE Francisco “Derecho Penal. Parte especial” 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ps. 187/189



la protección de la “libertad sexual del menor”, en todo caso se advierte un componente adicional, difícil de definir, que tiene más que ver con la idea de indemnidad e intangibilidad que con la presunta libertad del menor para decidir sobre su sexualidad. Caben las mismas reflexiones para los enajenados, deficientes mentales, etc. haciendo la salvedad que aquí no hay unos límites rígidos marcados por la edad, sino situaciones graduales, diferentes en cada caso y personal. “Como resumen se puede decir que, a pesar de constituir un loable intento para dotar de un contenido sustancial idéntico y posibilitar una interpretación restrictiva de algunos tipos penales, la “libertad sexual” no constituye, ni siquiera entendida en su sentido más amplio, el único bien jurídico protegido en todo el Título VIII. Integra, todo lo más, una aspiración político - criminal y una pauta a seguir como criterio en la interpretación de los tipos penales: el hecho será tanto más merecedor de pena cuanto más directa y gravemente afecte a la libertad sexual de las personas y tanto menos cuanto más se aleje de este bien jurídico, afectándolo solo indirecta o potencialmente. La rúbrica del Título VIII es, pues, más una directriz político - criminal a seguir en la interpretación de los tipos en él contenidos, que un bien jurídico protegido común a todos ellos. A partir de ahí habrá que interpretar la libertad sexual en un sentido amplio, incluyendo también en ella, aunque forzado su sentido literal posible, otros bienes jurídicos distintos o no exactamente coincidente con ella, pero que igualmente son dignos de protección penal...”⁽³⁹⁾.-

II.- ABUSO SEXUAL

II-I.- Introducción.

El abuso sexual simple de acuerdo a las disposiciones de la reforma introducida por la ley 25.087 y reformada por la ley 27.352 está previsto en el párrafo primero del art. 119 del C.P. que establece: ***“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente 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”***.-

³⁹ Idem. “Derecho Penal. Parte Especial”, Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, ps. 175/181.



En realidad esta figura tiene su correlato con el antiguo art. 127 del C.P. contenido en el capítulo III, “Corrupción, abuso deshonesto y ultraje al pudor” y que disponía: *“Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del art. 119, sin que haya acceso carnal. Si el autor del hecho fuera alguna de las personas mencionadas en el art. 122, se le aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión”*.-

II-II.- Antecedentes Históricos

Si nos adentramos en los antecedentes de la figura se puede advertir que Carrara lo conceptuaba como un ultraje violento al pudor definiéndolo como todos aquellos actos impúdicos que sin constituir tentativa de violencia carnal, se cometan sobre otra persona, contra la voluntad de ella ⁽⁴⁰⁾.-

Los españoles usaron la terminología tradicional de abuso deshonesto hasta la reforma de 1989 que introdujo el nuevo delito de agresión sexual y la reforma producida el 30 de abril de 1999 por medio de la Ley Orgánica 11/99, habla del delito de agresiones sexuales (art. 178) como un atentado contra la libertad sexual de otra persona realizado con violencia o intimidación y se advierten agravantes en los artículos subsiguientes.-

En el derecho autóctono el delito de abuso deshonesto tuvo su aproximación – pues no definía la figura, hablaba de los atentados al pudor en el Capítulo II “Violación, estupro, corrupción de menores, rapto, ultrajes públicos a las buenas costumbres” en los art. 273 ⁽⁴¹⁾, art. 274 ⁽⁴²⁾ y art. 275 ⁽⁴³⁾.-

⁴⁰ CARRARA Francesco (ob. cit. t. IV, § 1542).

⁴¹ Art. 273: “Todo atentado al pudor, cometido sin violencia ni amenaza, sobre la persona de un niño de uno u otro sexo, de menos de quince años cumplidos, será castigado con la pena de arresto mayor. La pena será de prisión menor si el niño era de menos de once años cumplidos”

⁴² Art. 274: “El atentado cometido con violencia u amenazas sobre las personas de uno u otro sexo será castigado con prisión menor. Si el atentado ha sido cometido sobre la persona de un niño de menos de quince años cumplidos el culpable sufrirá la pena de prisión mayor”

⁴³ Art. 275: “En los casos de atentado contra el pudor se considera consumado el delito desde que hay principio de ejecución”



Recién se alude concretamente al abuso en el Proyecto Piñero- Rivarola- Matienzo de 1891 en el Título II “Delitos contra la honestidad” Capítulo I “Violación, estupro y ultrajes al pudor” en el art. 152 ⁽⁴⁴⁾.-

El Proyecto Segovia de 1895 en el Capítulo II “Violación, estupro y ultraje al pudor” en el art. 167 repetía la fórmula del Proyecto de 1891 bajaba la pena de uno a tres años de penitenciaria.-

Pero en realidad tomó estado de derecho positivo por ley 4189 de 1903 (art. 19 inc. f) y el Proyecto de 1906 en el art. 130 ⁽⁴⁵⁾ sustituyó la expresión “sin que haya cópula” por la de “sin que haya acceso carnal”.-

El Proyecto de 1917 en el art. 127 reproduce la fórmula del Proyecto de 1906 que luego pasa al “Código de 1921”.-

El Proyecto Coll-Gómez de 1937 en el Título II “Delitos contra la honestidad” en el art. 163 ⁽⁴⁶⁾ denominó a esta figura como “ultraje al pudor”.-

Por su parte Peco en su Proyecto de 1941 en el art. 187 ⁽⁴⁷⁾ los conceptualiza como actos libidinosos violentos – actos libidinosos diferentes del acceso carnal –.-

El Proyectos de 1951 en el Título V “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres” en el Capítulo I “Delito contra la libertad sexual” trataba de los usos deshonesto en el art. 269 ⁽⁴⁸⁾.-

⁴⁴ Art. 152: “Sufrirá la pena de penitenciaría de uno a cuatro años el que abusare deshonestamente de personas de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancia del artículo 146, sin que haya cópula. Si el autor del hecho fuera alguna de las personas mencionadas en el artículo 149, la pena será de tres a diez años de penitenciaría”

⁴⁵ Art. 130: “Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare de deshonestamente de personas de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancia del art. 121, sin que hay acceso carnal. Si el autor del hecho fuera alguna de las personas mencionadas en el art. 124, se le aplicará de tres a diez años de prisión”

⁴⁶ Art. 163: “Se impondrá reclusión o prisión por seis a diez años al que, por los medios o en las circunstancia establecidas en el art. 160 sometiere a la víctima a actos sexuales distintos al acceso carnal o hiciera que ella lo realice...”

⁴⁷ Art. 187: “Al que, por medios o en las circunstancias señaladas en el artículo anterior, realizare con otra persona actos libidinosos diferentes del acceso carnal, se le aplicará privación de libertad de seis meses a cinco años. La misma sanción se aplicará al que los hiciere perpetrar”.

⁴⁸ Art. 269: “Al que, sin intentar o consumir acceso carnal, abusare deshonestamente de otra persona, cuando concurriere cualquiera de las circunstancia enumeradas en el artículo 264, se impondrá prisión de uno a cuatro años. Cuando, excepto esos casos, la víctima mujer tuviere de doce a catorce años de edad, se impondrá prisión de uno a dos años”.



El Proyecto de 1953 en el Título V “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres” en el Capítulo I “Delitos contra la integridad sexual” en el art. 196 ⁽⁴⁹⁾ trataba el abuso deshonesto.-

El Proyecto Soler de 1960 adoptaba en el título III la rúbrica “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual” y en el Capítulo I se refería a la “Violación, estupro y abuso deshonesto” y en el art. 162 ⁽⁵⁰⁾ describía el abuso deshonesto.-

Las reformas introducidas por la ley *de facto* 17.567 sustituye solamente la rúbrica original, “violación y estupro”, por la de “violación, estupro y abuso deshonesto” y ubica este último en el art. 124 bis con el mismo texto.-

La ley *de facto* sigue los lineamientos del anterior.-

El Proyecto de 1979 (art. 167) reitera la rúbrica “violación, estupro y abuso deshonesto” y en el art. 167 reproduce el texto del Proyecto de 1960 agregándole en el art. 167 el abuso con resultado muerte de la persona ofendida.-

La ley 20.509 volvió a la fórmula original del capítulo y la 23.077 al texto y número del art. 127.-

La ley 23.487 modificó la rúbrica por la de “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”.-

Por último en la ley 25.087 (B.O 15/05/1999) determina la nueva denominación “Delitos contra la integridad sexual” ⁽⁵¹⁾.-

El Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal del M.J.D.H.N. bajo los términos de “Otros abusos sexuales” en el art. 155 ⁽⁵²⁾ habla del abuso deshonesto.-

⁴⁹ Art. 196: “Al que, sin intentar acceso carnal, abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, en las circunstancias del artículo 192 se le impondrá prisión de uno a seis años. Cuando la víctima fuere mujer honesta de doce a quince años y no concurrieren las circunstancias de los incisos 1º y 2º del artículo 192, se impondrá prisión de seis meses”

⁵⁰ Art. 162: “ El que, sin tener acceso carnal, abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156, será reprimido con prisión de uno a seis años. La pena será de reclusión o prisión de tres a diez años si además mediare algunas de las circunstancias previstas en el artículo 159 [agravantes de la violación]”.

⁵¹ “Con la fórmula propuesta se logra establecer tres gradaciones de abusos sexuales. Se trata de una figura progresiva. La figura básica es la del abuso deshonesto (en el actual proyecto, y basados en los mismos argumentos esgrimidos en el cambio de nombre del título, se denomina abuso sexual) del art. 127 del Código Penal vigente...” Antecedentes Parlamentarios, p. 1614.

⁵² Art. 155: “Se impondrá prisión de uno a ocho años al que con violencia o intimidación obligare a otro a realizar o tolerar alguna acción de contenido sexual que no estuviera contemplada en el artículo anterior. La misma pena se



En el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014 se adopta la rúbrica en el Título V “Delitos contra la integridad y la libertad sexual” y en el art. 127 (⁵³) define otros abusos sexuales.-

Por último la ley 27.352 introduce este primer párrafo la supresión de la frase “de uno u otro sexo”.-

Parma asevera que el término “abuso sexual” probablemente tenga su fuente en el Código Penal Español de 1999, siendo éste de una extensión distinta ya que allí se dice: “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona será castigado como culpable de abuso sexual...” (art. 181 del C.P.E.) (⁵⁴). Sin embargo, en el Código de 1995 el capítulo II del Título VIII ya trataba de los “abusos sexuales” con una fórmula diferente a la anteriormente citada: art. 181.1 que castiga con pena de multa de doce a veinticuatro meses al que “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona”. Sobre esta redacción Muñoz Conde expresa que la diferencia fundamental con las “agresiones sexuales” – art. 178 – se finca justamente en que en los “abusos” no concurre la violencia o intimidación como medios de ataque a la libertad sexual, pero en común con aquéllas tiene el que en todo caso se trata de un ataque a la libertad sexual no consentido – o con consentimiento viciado – o contra la indemnidad sexual de menores o personas con discapacidad necesarias de especial protección (⁵⁵).-

II-III.- Bien Jurídico protegido. Remisión.

Sobre este particular me remito a lo ya expuesto en forma pormenorizada al acápite I, quedando expuesta en forma diáfana mi posición en cuando a que el sentido que abarca título del capítulo “Delitos contra la integridad sexual” son dos: la protección de las personas desde el punto de

impondrá aunque no hubiera violencia ni intimidación si la víctima fuera un menor de trece años. La pena será de tres a diez años de prisión si concurriere alguna de las circunstancias de agravación del artículo 154. Será reprimido con las mismas penas, el que, sin realizar las acciones por si mismo, facilitare por cualquier medio su comisión por otro”.

⁵³ Art. 127: “1. Cuando en los supuestos del inciso 1º del artículo anterior se realizaren actos sexuales diferentes de los allí descritos o se obligare a otro a realizarlos, se impondrá prisión de uno a seis años. 2. la pena será de prisión de dos a diez años: a) en los supuestos del inciso 2º del artículo anterior. b) si los actos consistieren en introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual. 3. el matrimonio preexistente con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del precedente”.

⁵⁴ PARMA Carlos (ob. cit. p. 32).

⁵⁵ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 199).



la intangibilidad – de quienes por ser menores o incapaces no pueden validar su consentimiento – e integridad física, psíquica y también correlativamente a la libertad de autodeterminación sexual de quienes así puedan manifestarlo.-

II-IV.- Conducta Típica.

La norma contiene dos situaciones fácticas como son: un abuso ⁽⁵⁶⁾ o agresión sexual contra un menor de trece años, considerándose irrelevante su consentimiento *iure et de jure*, y un abuso o agresión sexual contra una persona, cualquiera sea su edad pero contando que medie violencia, 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 el acto. La ley 27.352 ha eliminado la frase “de uno u otro sexo” reemplazándosela por la palabra “persona”. Si bien la redacción anterior dejaba perfectamente aclarado que el sujeto pasivo de este tipo de delitos podía ser tanto varón como mujer, estimo que la nueva formulación no altera en su esencia lo dicho, pues al hablar simplemente de “persona” se sobreentiende que genéricamente abarca tanto el género femenino como el masculino ⁽⁵⁷⁾.-

Ambos supuestos tienen un común denominador que es el de abusar sexualmente de otra persona, o sea, que se ejecutan actos de tal contenido, tales como tocamientos o contactos corporales, de un sujeto con otro o con un tercero.-

Pero esto en la práctica no se presenta en una forma tan lineal y el problema, tal como lo advierte Buompadre, se da en aquellas situaciones límites que son objetivamente indiferentes con relación al sexo o que pueden tener más de un significado, pone por ejemplo, el beso, el abrazo, las caricias, el examen médico ginecológico, etc. ⁽⁵⁸⁾.-

⁵⁶ Abuso significa un exceso o demasía indebidos en la realización de un acto, en este caso de índole sexual. “No existe ninguna forma de abuso sexual “conforme a Derecho”. El abuso presupone, como tenemos dicho, una forma coactiva o fraudulenta de afectar la capacidad de obrar de otra persona, implica una forma de “aprovecharse” de las condiciones o debilidades de otra persona, o como se ha puesto de relieve, la utilización de un ser humano como mero instrumento de placer; por ello, el abuso siempre es ilícito”. (Cfme. BUOMPADRE Jorge “El delito de violación...” ob. cit. en www.pensamientopenal.com.ar)

⁵⁷ FIGARI Rubén “La reforma del art. 119 por la Ley 27.352. Cambio de paradigma” en elDial - DC2347; www.terragnijusta.com.ar; www.pensamientopenal.com; Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 3 - Noviembre 2017

⁵⁸ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. ps. 360/361).



Para tales situaciones se dice que la doctrina prevé la exigencia de una intención o un ánimo especial del agente en la concreción del tipo. De modo que el ilícito se da si se cuenta con el elemento subjetivo en el autor que se identifica con un propósito impúdico, lúbrico, lujurioso, apetencia o satisfacción sexual, satisfacción de la propia concupiscencia, etc.. “De forma tal que si el sujeto activo experimentase alguno de estos ánimos, se estaría en el marco del abuso sexual, cualquiera haya sido la parte del cuerpo de la víctima usada por el autor” ⁽⁵⁹⁾. Explica que ese carácter lascivo o libidinoso del contacto corporal ha sido reclamado por la doctrina con el propósito de reducir el ámbito de aplicación del tipo a los comportamientos inequívocamente sexuales y, al mismo tiempo, guiado por una finalidad de obtener una satisfacción sexual de manera que, conforme este criterio, no serían propiamente acciones sexuales aquellas guiadas por motivos terapéuticos, científicos o simplemente jocosos, vengativos o vejatorios. El autor entiende que, por ejemplo, el examen médico ginecológico nunca puede configurar un abuso sexual, al menos como principio general, pues deben concurrir dos presupuestos diferenciados: el consentimiento del paciente y la ausencia de alguno de los medios previstos en el párrafo 1º del art. 119. “La nueva regulación (ni la anterior) no exige un elemento subjetivo especial para que se tipifique el delito, pero si exige que el acto configure un abuso sexual, esto es, un acto objetivamente impúdico y de contenido sexual. Es por esta razón que un tocamiento en las partes pudendas de la víctima, sin propósito lascivo, inclusive guiado por otra intención, por ej., burla, humillación, venganza, ira, etc. configura un abuso sexual típico. Por el contrario, el contacto físico con otras partes del cuerpo, aún con un móvil sexual, no tipifica el delito” ⁽⁶⁰⁾.-

La doctrina subjetivista se sustenta en el hecho que el delito únicamente se tipifica cuando el autor se propone con su acto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito. Es decir, que requieren dos elementos: uno material - objetivo consistente en la celebración de actos libidinosos, no tendientes al acceso carnal, y otro, subjetivo dirigido por la voluntad y consciencia de cometer un abuso con propósito libidinoso, sin llegar al acceso carnal. Es así que cuando falta el fin de satisfacer ese impulso de la naturaleza indicada, el delito no se da, no obstante que se ha concebido una ofensa contra la libertad sexual.-

⁵⁹ Idem (ob. cit. p. 361); PANDOLFI Oscar (ob. cit. p. 29).

⁶⁰ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 362). MOLINARIO Alfredo, actualizado por AGUIRRE OBARRIO Eduardo, “Los Delitos”, t. I, Ed. Tea, Buenos Aires, 1996, p. 435 consideran que es necesario el ánimo libidinoso, pero como consecuencia de ello, si el acto material ha sido dirigido con el sólo fin de ofender a la víctima, tal hecho no sería el de abuso, sino el de injuria real, tal sería el caso del agente que toca las partes pudendas de la víctima a los efectos de hacerle pasar vergüenza en público.



En realidad para aquéllos que requerían algún tipo de elemento subjetivo, como el antes enunciado, se les puede contestar que ello no es menester para la tipificación del delito, sino que el acto esté caracterizado por un contenido sexual u objetivamente impúdico, con prescindencia del elemento subjetivo ya que el objetivo de la norma es proteger la libertad corporal, con su connotación focalizada en la integridad sexual y dignidad de la persona contra el ultraje de un tercero – sin analizar sus deseos – puede constituir un abuso sexual cualquier acto con sentido objetivamente impúdico, con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea consciente ⁽⁶¹⁾.-

Donna advierte que hay actos que objetivamente pueden o no tener sentido impúdico en relación a lo sexual en los cuales únicamente existirá uso si el ánimo del autor es abusivo, es decir, si ofende el pudor o decoro sexual de la víctima o satisface deseos lujuriosos del autor. En este entendimiento son actos libidinosos, los que son objetivamente impúdicos por afectar partes pudendas de la víctima, aunque el autor no tenga la finalidad de obtener una satisfacción sexual, sino, por ejemplo, hacer una broma, humillar a la víctima y hay actos que objetivamente pueden tener o no sentido impúdico en relación a lo sexual (beso, abrazo), en los cuales solamente existirá abuso si el ánimo del autor es abusivo, es decir, si ofende el pudor y el decoro sexual de la víctima o satisface deseos lujuriosos del autor. Cita los ejemplos que dan Núñez y Creus respecto al caso del que se aferra a la pierna de una mujer para no caerse y no incurre en la figura legal; pero si se toma de aquélla porque es de una mujer en especial, su acto es ofensivo para el decoro sexual de la víctima. Agrega que: “No ha quedado claro para la doctrina el tipo subjetivo del delito. Hay que distinguir entre el dolo del autor y el elemento subjetivo del tipo, consistente en dolo y el ánimo libidinoso. En todos los casos se exige el dolo y la intención del autor del tocamiento de una de las partes pudendas de la víctima, o cualquiera de los actos ya enumerados con anterioridad, aún con una finalidad ulterior, como ser la de la burla, de modo que se puede afirmar que existiendo actos objetivos realizados dolosamente, es decir, conociendo la objetividad sexual del acto se dará el tipo penal del abuso, aunque no sea con ánimo libidinoso. Esto parece surgir no ya de la reforma, de por sí oscura, sino de los conceptos generales de lo que es el dolo dentro de la teoría del delito” ⁽⁶²⁾.-

⁶¹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 23); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 393); ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 40/41); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 48); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 184); AROCENA Gustavo “Delitos...” (ob. cit. p. 256); TAZZA Alejandro “Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte especial” t.I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, ps. 389/390

⁶² DONNA Edgardo (ob. cit. p. 24).



En realidad la concepción objetiva - subjetiva es la que ha predominado en la doctrina argentina basándose sustancialmente en dos ítems: a) si el acto es objetivamente obsceno, el abuso sexual o abuso deshonesto quedará consumado; b) si objetivamente no lo es, de todas formas podrá constituir delito en casos en los cuales el sujeto activo le atribuye al acto un contenido sexual desde su obrar subjetivo. Los casos jurisprudenciales de nuestros tribunales adoptan esta tesis mixta ⁽⁶³⁾.-

“En consecuencia, para los tribunales argentinos el delito de abuso deshonesto se materializa con tocamientos sobre las zonas públicas, sin requerir que el autor le haya dado al acto, contenido sexual alguno, o bien mediante contactos corporales en partes no pudendas, si el autor le otorga contenido lúbrico”.-

Pero se han presentado algunos casos problemáticos en los que la acción misma es en sí dudosa en su significación objetiva o al menos susceptible de tener más de un significado, como sería el caso del *beso* tal como se ha manifestado en la jurisprudencia, a guisa de ejemplo se pueden

⁶³ 1- “La figura del abuso deshonesto no requiere un dolo específico, sino que el elemento subjetivo del tipo no va más allá de consistir en un genérico propósito impúdico, que puede estar constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias, como por el simple conocimiento del significado impúdico que el hecho tiene para la víctima” (CN Crim. y Correc., sala III, abril 12 991. Gómez, Alberto), L.L., 1992B, 398, con nota de José Luis Puricelli.

2- “En el delito de abuso deshonesto el ámbito de protección es el de la reserva sexual de una persona, y el dolo no requiere ninguna especificación, sino que basta con que el sujeto sepa que toca un lugar o zona de las llamadas pudendas de la víctima”. (CN. Crim. y Correc., sala I, febrero 21 991. Orellana, Héctor A.), L.L 1992B, 71, con nota de Jorge Daniel López Bolado.

3- “El delito de abuso deshonesto no exige como elemento subjetivo el fin de desahogar la sensualidad del autor, ni por consiguiente, un dolo específico” (C. Crim. y Correc. San Francisco 1997/06/02- L., A. N.); LLC, 1998-884).



citar las causas “Encina” ⁽⁶⁴⁾, “Castro” ⁽⁶⁵⁾, “Galeano” ⁽⁶⁶⁾ donde se han vertido interesantes fundamentos sobre el “beso” en el marco de los delitos de abuso sexual con interpretaciones, a veces encontradas, de acuerdo a la estructura fáctica situacional.-

Por ejemplo, en el caso “Encina” la mayoría del Tribunal se inclina por la inexistencia de un abuso sexual de acuerdo a los hechos narrados, poniendo énfasis en que los elementos normativos del tipo exigen que el sujeto activo vaya mucho más allá de aquel límite y reclama un sometimiento sexual y que el mismo sea gravemente ultrajante y es preciso establecer tal límite, para diferenciar el dolo de las meras intenciones. Castro al comentar el fallo, criticando la posición mayoritaria, aduce que el tipo básico no se integra con la exigencia de un abuso gravemente ultrajante, sino con el simple abuso, de opinar así, como el doctor Elbert, se estaría reiterando una forma típica con un agregado, en el segundo párrafo, sin que la del primero fuera necesaria. Coincide en que deben ser pasibles de tocamientos los órganos sexuales, pero en cuanto a las partes del cuerpo asociadas a la

⁶⁴ 1- “Debe confirmarse el procesamiento de imputado por el delito de abuso deshonesto si éste se acercó a la víctima - en el caso, una compañera de trabajo-, mientras se encontraba agachada y agarrándola por la cintura le dio un beso en la mejilla pues el art. 119, párr. primero Cód. Penal exige "abuso sexual", que puede definirse por todo acercamiento o contacto con el cuerpo del sujeto pasivo, con sentido sexual aún en los casos que no medie el acercamiento con órganos del autor, pero no se exige "sometimiento sexual gravemente ultrajante", término destinado a la conducta agravada prevista en el segundo párr. de la norma citada y que no se relaciona con la propia naturaleza del abuso sino con su duración por el carácter degradante que puede tener para la persona sometida” (del voto en disidencia del doctor Barbarosch). (C.N. Crim. y Correc. sala IV - 19/07/2002 - Encina, Francisco) LL 2004-B, 334, con nota de Julio C. Báez; LL 2003-E, 60, con nota de Julio César Castro.

2- “Corresponde revocar el procesamiento del imputado por el delito de abuso deshonesto si la conducta endilgada es haber tomado por la cintura a la víctima -en el caso, una compañera de trabajo- mientras ésta se encontraba agachada y darle un beso en la mejilla pues, los elementos normativos del tipo exigen que el sujeto activo vaya mucho más allá de aquel límite, en tanto reclama un sometimiento sexual y que el mismo sea gravemente ultrajante y es preciso establecer tal límite, para diferenciar el dolo de las meras intenciones, ámbito protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional”. (C.N. Crim. y Correc. sala IV - 19/07/2002 - Encina, Francisco) LL 2004-B, 334, con nota de Julio C. Báez; LL 2003-E, 60, con nota de Julio César Castro.

⁶⁵ “Corresponde condenar al imputado como autor del delito de abuso sexual, contemplado en el art. 119, primer párrafo del Cód. Penal, por haber abusado sexualmente de una niña de tan sólo ocho años de edad, besándola en el cuello y tocándola en sus zonas íntimas”. (C. Crim. y Correc. de San Francisco, sala unipersonal - 05/11/2003 - Castro, Jorge M.) LL 2004 - 1001.

⁶⁶ “Las conductas abarcadas en el primer párrafo del art. 119 del Código Penal, debido a su ambigüedad, conllevan a que, en casos como el presente -donde se trata de analizar la posible tipicidad de un intento de aplicar un beso en la boca, y de los repetidos ósculos estampados en el cuello de la damnificada, que no los consentía-, deban ser ponderados teniendo en consideración las concretas circunstancias que los rodearon. Básicamente, lo que debe intentar determinarse es si a partir de tales conductas puede advertirse un contenido de corte sexual o impúdico (en cuyo caso el hecho será típico), o no. En nuestro caso, no parece haber mayores inconvenientes para, sobre dicha base y en principio, sostener el carácter delictivo del hecho investigado. A diferencia de otros casos, en el presente sí puede estimarse que el beso -que, como se dijo, puede tener múltiples significados por fuera de lo sexual o impúdico- se puede subsumir en la figura prevista en el inciso 119 del Código Penal: ha significado un indudable avance sobre la libertad sexual de la víctima y posee un claro contenido impúdico desde lo subjetivo.” (“Galeano, Lorenzo Vidilfo - sobreseimiento abuso sexual” - CN Crim. y Correc - Sala V - 19/07/2007) eDial - AA4018.



actividad sexual, se pregunta: ¿qué podemos decir? Es que la boca del autor y el rostro de la víctima ¿no lo son? Ya se ha efectuado una enumeración que indica que el tema del beso como forma abusiva puede ser materia de controversia, pero aquí no se adscribe a ninguna doctrina que así lo indique o que reste entidad al beso como forma abusiva. Lo cierto es que la mayoría no asocia al beso como forma ligada a la actividad sexual y menos cuando se hace tomando contra la voluntad a la víctima por su cintura y con aproximación máxima de los cuerpos sea por delante o por detrás, por lo que parece una actividad desligada del contexto, que en la causa se ha dado por acreditado. Concluye en que se pudo apreciar que se dieron todos los requisitos típicos de la figura tanto objetivos, como subjetivos – aunque no se abundó en el tema de la actitud sorpresiva con que operó el autor sobre la denunciante –, ya que se completa el cuadro acorde a las exigencias del art. 119 del Cód. Penal en lo que respecta a "... que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción...". No se dieron muchas razones acerca de la valoración efectuada y respecto del caso, pasándolo de una conducta de interés penal a una simple falta o transgresión a las normas de comportamiento social, de dudosa vigencia – al menos es del caso no aplicar parámetros propios y personales sin la objetivación de la ley –. En definitiva, en las circunstancias del caso dado, un beso contra la voluntad de la víctima, debe ser tipificado bajo el art. 119, primer párrafo del C.P.⁽⁶⁷⁾.-

Contrariamente Baez, sobre el mismo fallo desliza la opinión de que los denominados "delitos sexuales" se estructuran teniendo como mirador la inclinación del autor hacia un desahogo libidinoso o un apetito de lujuria con los cuales – sin el consentimiento de la víctima – pueden operar como pasaporte hacia los delitos contra la integridad sexual. El bien jurídico protegido es la reserva sexual, especialmente desde la óptica de la pudicia personal. El simple beso – incluso con alguna situación de reiteración – puede gestar molestias a su destinataria. Socialmente, la conducta de dar un beso – contra la aquiescencia de quien lo recibe – puede ser una conducta reprochable e, incluso, generar algún reclamo vinculado a la reparación moral de la víctima, pero para qué ingresar a una solución incriminatoria, en aras del universo de normas de excepción y reductoras que gobiernan la disciplina, que debe ver la luz un uso impúdico y no consentido del cuerpo ajeno, el cual toma forma con los actos de tocamientos inverecundos, sodómicos o libidinosos, éstos sí de carácter eminentemente sexual. Por ello, colige que sucesos como el presente, pueden causar malestar,

⁶⁷ CASTRO Julio "¿Un beso y nada más? A propósito del artículo 119 primer párrafo del Código Penal" LL 2003-E- 59.



disgusto, rechazo o desagrado a una persona o a diferentes sectores de la comunidad, pero ello no impide afirmar que lo desvergonzado o inapropiado sea delito ⁽⁶⁸⁾.-

Particularmente, al comentar el caso “Galeano”, de acuerdo a la plataforma fáctica, la cuestión transita por los carriles del denominado “factor sorpresa” que ha sido asimilado a la violencia ya que es dable que acontezca que el sujeto pasivo sea sorprendido por algún acto abusivo del agente y por ende, no se puede dar una resistencia ya que al presentarse una situación intempestiva aparece como un tanto inviable que se pueda suponer la existencia de un peligro. El caso es que esa característica de ataque tiene lugar en contra de la voluntad de la víctima, en tanto y en cuanto no se encuentre en condiciones de resistir o impedir dicho abordamiento. Casos típicos se dan en actos abusivos como los manoseos, los besos y abrazos impúdicos. “El aprovecharse de la víctima por cualquier causa, de modo que no haya podido consentir libremente, también puede ser por vía de la sorpresa con que el ataque ha sido llevado a cabo... Tanto es así, que no escapa al reproche penal la conducta del autor, si no medió consentimiento por parte de la víctima, quien, dada la agresión sexual sorpresiva, no pudo ofrecer resistencia al comportamiento del agresor” ⁽⁶⁹⁾.-

Sobre el particular, Tenca describe dos posturas: a) criterio amplio en el que se considera que en el abuso deshonesto la sorpresa es una circunstancia que, respecto de determinados actos abusivos – como son los manoseos, besos y abrazos impúdicos –, ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirma la no aceptación del acto por su víctima; b) criterio restringido: se sugiere que teniendo en cuenta que el legislador no había tipificado en el anterior art. 127 del C.P. el simple manoseo, al remitir expresamente a la figura de violación, el tocamiento impúdico sin ejercicio de violencia alguna no resultaba constitutivo del delito de abuso deshonesto. Si ese hubiese sido su deseo, lo había indicado o bien no habría limitado la tipicidad a los casos en que se usan determinados medios de comisión. “La postura amplia es la que se impone. Si una persona camina por la calle y otra pasa corriendo y le toca un glúteo, la no existencia de violencia no elimina de ningún modo la sensación de sentirse abusada que seguramente sentirá la víctima. Lo mismo cabe decir si el sujeto pasivo viaja en un colectivo y, aprovechando la aglomeración el agente realiza la misma conducta. No quedan dudas respecto de que en estas situaciones cobraba vida lo prescripto en el inciso segundo del art. 119, en cuanto a que la víctima no pudo resistir, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sumadas a la velocidad del movimiento, le impidieron

⁶⁸ BÁEZ, Julio *“El beso y el abuso sexual simple”* LL 2004-B- 334.

⁶⁹ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 29/30).



rechazar la acción. Lo señalado debe aplicarse a la nueva redacción del art. 119, en tanto hace específica referencia a que el delito se comete cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción” (70).-

Sin hesitación es la postura correcta, pues no cabe duda que a la sorpresa con atinencia a determinados actos abusivos, resta expresar un consentimiento válido al acto ante la desprevenición del sujeto pasivo que es aprovechado por el activo e impide a aquél expresar cualquier manifestación de voluntad.-

Al tratar el bien jurídico protegido y afirmar que la libertad sexual, entendida como libre disposición del cuerpo, se erige en el fundamento de aquél, resume la idea de la reserva sexual como libertad de decisión ante la acción de un tercero, por ende, la decisión de con quién estar, cómo estar y a qué parte del cuerpo se puede acceder y en qué forma, simplemente no es otra cosa que una manifestación del respeto por la dignidad humana consistente en la evitación de la “cosificación” de la persona. “Dentro de lo permitido todo, fuera de ello nada”.-

Definitivamente, y esto debe quedar en claro, el beso en sí mismo no constituye un acto ilícito como tal, sino como una expresión de afecto de uso habitual y frecuente dentro de un marco civilizado que nos concierne en forma universal. No obstante, el beso dado sin autorización y cuando responde a un móvil de apetencia sexual, la cuestión cambia de rumbo (71).-

Respalda esta postura Muñoz Conde al aseverar que en este aspecto es necesario recurrir a los criterios culturales y a las circunstancias personales, pues un beso, un abrazo, una acaricia, etc. pueden tener o no un significado sexual dependiendo del contexto. Es así que la falta de consentimiento es requisito fundamental, bastando simplemente que el sujeto activo aproveche el descuido del sujeto pasivo, mas el consentimiento incluso tácito excluye la tipicidad, lo que no implica que cualquier acto que contenga un contacto corporal signifique automáticamente un abuso sexual si el sujeto no consiente en el mismo (72).

Hecha la anterior disquisición, otro tema a determinar es si para el acaecimiento del ilícito es menester un contacto corporal directo entre el agresor y la víctima, o no.-

⁷⁰ TENCA Adrián (ob. cit. ps. 52/53).

⁷¹ FIGARI Rubén “¿El beso compulsivo constituye abuso sexual? Comentario al fallo “Galeano, Lorenzo Vidilfo” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional” elDial - DCC11. En contra VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 71/75)

⁷² MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 200)



Por ejemplo, Donna entiende que el abuso sexual simple contenido en el art. 119, párrafo primero, consiste en realizar actos corporales de tocamiento o acercamiento de carácter sexual, con persona de uno u otro sexo [derogado por la ley 27.352], menor de 13 años, o cuando mediante violencia, 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, quedando excluidos aquellos actos que importen un intento o la consumación del acceso carnal, pues ello lo regula el párrafo tercero del mencionado artículo. “De acuerdo a la redacción de la ley no hay motivo alguno para limitar la norma, habida cuenta que lo prohibido es el abuso sexual sin acceso carnal, y no hay duda que, si el autor realiza tocamientos o hace tocar por un tercero, o se obliga a la víctima a hacerlo, está atacando la libertad sexual protegida” (73).-

Breglia Arias - Gauna al tiempo que consideran que el bien jurídico protegido es la reserva sexual, por lo que se protege la libertad de cada ser humano a obrar en consecuencia con sus sentimientos y deseos, y a decidir sobre su cuerpo, entienden que el acto consiste en el contacto con persona de uno u otro sexo [derogado por la ley 27.352] o en la aproximación – caso del que hace desnudar –, pero salvo este caso que plantea la inmediata aproximación, no puede darse el abuso sexual con “acercamiento”. “En general, se trata de tocamientos inverecundos (o en hacerse tocar), con apariencia de desfogue sexual o no. No se descarta en determinadas circunstancias los tocamientos en zonas no púdicas” (74).-

En igual línea interpretativa se adscribe Edwards para quien también es necesario el contacto corporal con significación sexual que afecte las partes pudendas de la víctima (75).-

En similar sentido se expide Villada al indicar que la acción típica debe consistir: a) que el autor o un tercero desplieguen sobre la víctima actos corporales de contenido ofensivo sexual; b) actos impúdicos o sexuales efectuados por un tercero – voluntariamente u obligado también – y que el autor obligue a tolerar a la víctima sobre su propio cuerpo – tanto como al tercero a realizarlos –; c) llevar a cabo actos de carácter sexual que el autor obligue a realizar a la víctima en el cuerpo de un

⁷³ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 20).

“La conducta consistente en tocar, hacerse tocar u obligar a la víctima a que se toque encuadra en el delito de abuso sexual, siempre que se trate de tocamientos de índole sexual y que no medie el consentimiento del sujeto pasivo (del voto del doctor Pintos)”. (C. 1º Crim. de la Circunscripción Judicial, Comodoro Rivadavia - 21/09/2007 - A., J.A) LLPatagonia 2008 - 71.

⁷⁴ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar “Código Penal y leyes complementarias. Comentado. Anotado y concordado” 6ª edición actualizada y ampliada, t.I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1040.

⁷⁵ EDWARDS Carlos (ob. cit. p. 14).



tercero que este último no quiera realizar – también siendo obligado a tolerarlos –; d) que cualquiera de los actos mencionados se lleven a cabo, u obligados a ejecutarse sin consentimiento y e) obligar a la víctima a que realice dichos actos sobre su propio cuerpo en un despliegue sobre la víctima de actos corporales (impúdicos o no), contra su voluntad y que no importen un acceso carnal, o que el autor obligue a realizar a la víctima sobre su propio cuerpo actos impúdicos de contenido sexual o en el cuerpo de un tercero o por éste y que el autor obligue a tolerar a la víctima en su propio cuerpo⁽⁷⁶⁾.-

Reinaldi sostiene que abusa sexualmente el autor que efectúa un contacto corporal que tenga significación sexual entre su cuerpo y el de la víctima o mediante un instrumento, sea o no relevante. De modo que estas acciones pueden ser la de tocar o hacerse tocar los genitales u otras partes del cuerpo que tenga aquella significación, con las manos, con la lengua o con los órganos sexuales. Un ejemplo de esto es el denominado coito *inter femora* que importa una aproximación del pene al órgano sexual de la víctima o su colocación entre sus piernas, sin penetración o con la lengua, aunque la práctica del *cunnin lingus* puede constituir un ultraje que permanezca o no dentro de los límites del tipo básico, las que si pueden ser en su propio cuerpo. Pero, aduna que no encuadran en el presente tipo sino en la calificación del art. 119 párr. 2º, la introducción de dedos en el ano de la víctima o en su vagina, según el caso. También se incluyen los tocamientos realizados por el sujeto pasivo en el cuerpo de una tercera persona, obligado por el sujeto activo lo cual afecta la reserva sexual de la víctima. Acota que Núñez también incluye los tocamientos que ésta se ve constreñida a realizar sobre su propio cuerpo. Asimismo, señaló que puede tratarse de la aproximación de objetos, como los llamados “consoladores” o cualquier otro a partes del cuerpo ajeno que tenga connotación sexual⁽⁷⁷⁾. En igual sentido se expide Arocena⁽⁷⁸⁾. Hay que tener en cuenta que estas apreciaciones se han hecho con anterioridad a la reforma introducida por la ley 27.352, pues tanto la práctica del *cunnin lingus* o la aproximación e introducción de objetos – “consoladores” – constituyen ahora casos de violación.-

Para Clemente el delito objetivamente exige la realización de hechos corporales de tocamientos o acercamientos con la víctima sin que lleguen al acceso carnal o a su tentativa, quedando comprendidos tanto los actos que se realizan en el cuerpo del sujeto pasivo como aquéllos

⁷⁶ VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 68/69).

⁷⁷ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 45/46).

⁷⁸ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 38).



que él mismo es obligado a efectuar sobre el cuerpo del autor o de un tercero, por ende, descarta la delincuencia por medio de palabras o el accionar del autor sobre su propio cuerpo presenciado por la víctima lo cual llegaría a constituir una exhibición obscena. Con idéntico criterio descarta la simple contemplación de la víctima desnuda en contra de su voluntad, y los actos ejecutados sobre un cadáver. Incluye el lesbianismo y la denominada “*fellatio in ore*” [ahora considerada violación]. Concluye que: “en la medida que el acto tenga la entidad impúdica objetiva tipifica la figura aunque el autor en su “*animus*” haya tenido fines distintos pero intencionalmente realizados (v.g. el que levanta violentamente la ropa de una mujer con fines de broma). Pero si por el contrario, el acto objetivamente es indiferente en el terreno sexual o puede tener más de una significación, será el “*animus*” del autor el que permita su conversión en abuso sexual, situación que el Juez deberá valorar equilibradamente, según las circunstancias del caso ⁽⁷⁹⁾.-

Parma puntualiza, en base a la referencia hecha por el diputado informante Cafferata Nores respecto a que la figura básica del art. 119 es la de abuso deshonesto y se agregan agravaciones, que le parece de buen cuño mantener la construcción doctrinaria que se ha elaborado en torno a dicho delito y en esa inteligencia indica que el término abuso sexual sugiere tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima en consonancia con lo sostenido por Núñez. Disiente con la posición adoptada por Creus, quien entiende por abuso sexual como todo acercamiento o contacto con el cuerpo del sujeto pasivo con sentido sexual, aún en los casos en que no media acercamiento con los órganos del autor sino la mediación de instrumentos ⁽⁸⁰⁾, pues el texto legal no alude en absoluto al mentado acercamiento, el cual además tiene la cualidad de ampliar en demasía la criminalidad de la acción ⁽⁸¹⁾.-

Estrella entiende que el abuso sexual importa acciones materiales de contacto, tocamientos o aproximaciones realizados sobre el cuerpo del sujeto pasivo y son típicas también las acciones que el agente logra que la víctima ejecute sobre el cuerpo de aquél o sobre el de un tercero, o aquéllas que sin importar tocamientos en partes pudendas, tienen trascendencia o significado sexual, como el de desnudar a la víctima o levantar la pollera de una mujer. Asimismo, también resultan típicos a la figura aquellas aproximaciones, que sin importar contactos corporales directos entre el agente y la víctima o entre ésta y un tercero, tienen una clara significación sexual, que por realizarse en contra

⁷⁹ CLEMENTE José (ob. cit. p. 29/30).

⁸⁰ CREUS Carlos (ob. cit. p. 805).

⁸¹ PARMA Carlos (ob. cit. p. 29/30).



de su voluntad, resultan atentatorios de la reserva y libertad sexual del sujeto pasivo, tales como obligarlo a que se desnude, que se masturbe, que toque sus partes pudendas, introduciendo objetos en su ano o vagina, etc. [esto último es considerado violación de acuerdo a la ley 27.352] ⁽⁸²⁾.-

Tanto Gavier como Creus sostienen que son suficientes los actos de acercamiento o de aproximación, haciendo la salvedad de que el primero entiende que el abuso sexual abarca a dichos actos de acercamiento con contenido sexual, aún en los casos en que no media el acercamiento con los órganos del autor, sino con instrumentos, tal como se indicara más arriba. Esto motiva la crítica de Buompadre que entiende que el ejemplo del autor santafesino encuadraría más bien en el delito del párrafo segundo del art. 119 y no en la figura simple, ya que se estaría en presencia de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. También hace una acertada disquisición con respecto a la opinión de Gavier, que según su óptica, se presenta como contradictoria, pues por una parte en un tramo de su exposición entiende que el delito sigue consistiendo en una irrupción indebida en el ámbito de intimidad corporal de la persona “mediante actos de aproximación” y en la página siguiente 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 a la doctrina, no puede cometerse a distancia” ⁽⁸³⁾.-

Para Buompadre tipos de conductas tales como obligar a la víctima a desnudarse y llevar a cabo actos de exhibición obscena, automasturbarse u obligarla a efectuar esta clase de actos en la persona de un tercero, siempre en presencia del sujeto activo, si bien implican un ataque a la libertad sexual de la víctima, no encajan en el tipo de abuso sexual simple que exige, actos físicos de tocamiento y no la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual. Según su óptica estos supuestos configuran un tipo de coacción (art. 149 bis) como delito contra la libertad. “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 éste” ⁽⁸⁴⁾.-

En el Código Penal español el Capítulo I del Título VIII regula las denominadas “agresiones sexuales” a partir del tipo básico contenido en el art. 178 ⁽⁸⁵⁾ que consiste en una “agresión sexual” y

⁸² ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 37/38); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 391).

⁸³ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 363 nota 16).

⁸⁴ Idem (ob. cit. p. 364).

⁸⁵ Art. 178: “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.



exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo. Luego de la reforma de 2015, si la víctima es menor de dieciséis años se considera también como agresión sexual el compelerle mediante violencia o intimidación a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlo sobre si mismo pero no existe una previsión similar en el art. 178 como tampoco entran en término “atentado contra la libertad sexual”, entendido como contacto corporal, las acciones exhibicionistas, por más que sean de contenido claramente sexual, que deben incluirse en el delito de exhibicionismo en el art. 185 ⁽⁸⁶⁾.-

Glosado este abanico de aportes consistentes en las opiniones de los autores citados, por mi parte puedo arribar a la conclusión de que el abuso sexual se concreta si se afecta físicamente el cuerpo del sujeto pasivo, tanto que el acto recaiga sobre él o que por obra del sujeto activo la víctima actúe sobre el cuerpo de éste. Quedan descartadas de plano cualquier otro tipo de actitud tales como las palabras obscenas, actitudes gestuales, el “voyeurismo”, los actos de aproximación – estos debido a la fórmula de Núñez en que este tipo de delitos no puede cometerse a distancia ni de palabra – las proposiciones deshonestas, en fin, requieren la exigencia concreta de actos corporales directos de tocamiento, excluyendo obviamente, el acceso carnal o su conato. Los actos mencionados como obligar a la víctima a desnudarse o actos de exhibiciones obscenas, automasturbación, o actos de esa naturaleza en la persona de un tercero y con la presencia del sujeto activo, no obstante estar de acuerdo en que se está afectando la libertad sexual de la víctima, son supuestos más propios de la coacción ⁽⁸⁷⁾.

II-V.- Víctima menor de trece años.

Como se observará en el texto de la norma el abuso sexual es punible cuando la víctima sea menor de trece años, aumentando la edad – de doce que tenía antes – sin mayor explicación ya que la mayoría de los proyectos que se barajaban contemplaban una edad de entre catorce y dieciséis años.-

Se considera menor de trece años a la víctima varón o mujer que al momento del hecho no haya cumplido aún los trece años de edad. Cabe acotar que el sujeto activo también puede ser persona de uno u otro sexo. En efecto, *el sujeto activo*, tal como sucedía antes de la reforma (art.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 190)

⁸⁷ FIGARI Rubén “*Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*” 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. S&S editores, Río Cuarto, Córdoba, 2011, p. 60



127) está determinado como persona de uno u otro sexo [derogado por la ley 27.352] sin que sea menester la concurrencia de alguna cualidad o calidad en especial, salvo las previstas en el párr. 5° del art. 119. El *sujeto pasivo* ahora también es indiferenciado, aunque ya la norma no lo menciona en virtud de la reforma aludida por la ley 27.352.-

De allí que toda la actividad sexual comentada *ut-supra*, por debajo de tal límite se presume “*jure et de iure*” que se ha llevado a cabo sin consentimiento (⁸⁸), lo que implica que es irrelevante que lo haya prestado e incluso que haya provocado dicho contacto sexual. Esto es así porque

⁸⁸ 1- “Visto que al momento de los hechos la víctima tenía menos de trece años de edad, la ley le niega la posibilidad de consentir válidamente el abuso sexual del que fue objeto, estimando que por falta de desarrollo de sus facultades intelectuales y volitivas no se encuentra en condiciones de comprender la significación del acto sexual, y dicha apreciación de carácter *iuris et de iure*, priva de eficacia al consentimiento prestado por la víctima de esa edad, sin que sea necesario la concreta demostración de su inmadurez mental. Se configura el delito de abuso sexual aún cuando hubiere mediado consentimiento de la víctima menor de trece años desde que, la criminalidad del hecho reside en la falta de madurez mental del menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, situación de la que el sujeto activo se aprovecha.”. (C.Crim. 1ª Nominación Catamarca - 06/03/2007 - Mora, Isidoro M.) LLNOA 2007 - 740.

2- “La apreciación contenida en el art. 119, primer párrafo, Cód. Penal, con relación a la edad de la víctima -menor de trece años- tiene el carácter de una presunción “*iuris et de iure*” y es la que priva de toda eficacia al consentimiento prestado por ella -en el caso, se trataba de una menor hija de la pareja del imputado, con quien no convivía-, tornándolo irrelevante, al punto que probada la edad por medio de la pertinente partida y el abuso sexual del autor, aunque sea con consentimiento de la víctima, éste está incurso en el delito mencionado, sin que sea menester la concreta demostración de la inmadurez mental de aquélla (del voto del doctor Olmedo)” (C.Crim. 2ª Nominación Catamarca - 28/11/2003 - Iramaín, Pedro O.) LLNOA 2004 - 21.

3- “Corresponde condenar como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado a quien mantuvo relaciones sexuales con su hija menor de trece años, resultando irrelevante el consentimiento de la víctima a efectos de la configuración del delito pues, ésta no se encuentra en condiciones de comprender la significación del acto del que participa, por falta de desarrollo de sus facultades mentales y volitivas”. (T. de Sentencia en lo Crim. 2ª Nominación Catamarca - 19/10/2005 - Vacazur, Simón E.) LLNOA 2006 - 417.

4- “Corresponde condenar al imputado como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado, en función del art. 119, párrafos primero, tercero y cuarto inciso f) del Cód. Penal, si se encuentra acreditado no sólo el acceso carnal sino también que la niña contaba, al momento de los hechos, con tan sólo once años de edad y que el imputado vivía en la casa de la menor, pues nos encontramos ante una presunción *iure et de iure* de que la víctima se encontraba incapacitada para comprender la naturaleza de los actos corporales que implicaron los abusos sexuales - en el caso, el acusado aducía que lo hacía porque la menor se lo solicitaba -, careciendo de valor jurídico un eventual consentimiento”. (C. de Juicio Oral en lo Crim. y Correc. 1ª Nominación Santiago del Estero - 09/12/2005 - Jaime Marcelo V.) LLNOA 2006 - 998.

5- “Al establecer, para la configuración del delito de abuso sexual con acceso carnal, que la víctima no haya cumplido aún los trece años, el legislador ha considerado que dicha persona está incapacitada para comprender el sentido del acceso carnal y no puede prestar válidamente su consentimiento para él - en el caso, se condenó al imputado como autor del delito en perjuicio de su hermana menor -, pues es una incapacidad presunta *iuris et de iure*, sin que haya que reconocerla en cada caso concreto”. (C.Crim. y Correc. 1ª Nominación Santiago del Estero - 06/06/2006 - Perez, Carlos Ariel) La Ley Online.

6- “La circunstancia de que la menor contara con doce años al momento de intervenir en una relación sexual, torna operativa la presunción “*iure et de iure*” sobre su falta de madurez para comprender la naturaleza del acto como su incapacidad para consentirlo con total libertad (Del voto de la doctora Antinori)”. (C. 2ª Crim. y Correc. Formosa - 18/05/2005 - C., E. I.) LLLitoral 2006 - 147, con nota de Leandro Corti; Carlos Arieti; LLLitoral 2005 - 874.

7- “Tratándose del delito de abuso sexual de menor agravado por el acceso carnal, el consentimiento de éste deviene inoperante -máxime cuando se trata de un menor de escasa edad-, puesto que lo que se protege en el espíritu de la ley



normativamente se entiende que el menor de trece años no tiene una madurez o capacidad suficiente para comprender acabadamente las situaciones sexuales que se le presentan o que puede protagonizar sin que ello implique una “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” ⁽⁸⁹⁾. Se trata de una neta cuestión cultural. “Este supuesto del que parte el texto legal, se halla plenamente corroborado desde la perspectiva de la psicología y pedagogía, para las cuales en materia de niños, el abuso sexual se presenta como *la complicación del mismo en actividades sexuales que no comprenden*, a las que son incapaces de consentir hasta por falta de información y que además viola tabúes sociales y familiares” ⁽⁹⁰⁾. Se debe tener en cuenta que de acuerdo al art. 25 del C.C. y C. se distingue entre menor de edad y adolescente en los siguientes términos: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años” ⁽⁹¹⁾.

La edad de la víctima debe ser probada por medio de la partida de nacimiento pertinente o en su caso por una prueba supletoria ⁽⁹²⁾. Asimismo, por la ley civil se debe contar el tiempo referido a la edad (arts. 24 y conc. del C.C. [actual art. 6 del C.C. y C.]), de modo que el día hábil comienza a transcurrir desde la medianoche del día en que el menor cumple trece años.-

25.087 (Adla, LIX-B, 1484), es la invasión a la reserva sexual de una menor de trece años, ya que la ley presume *juris et de jure* su falta de asentimiento y voluntad por su minoridad, y la imposibilidad de prestar consentimiento válido para el acto”. (C.Crim. Paso de los Libres - 04/07/2007 - I., J. R. p/abuso sexual doblemente calificado - B., A. R. y E., F. R. p/abuso sexual agravado) LLLitoral 2007 - 1105.

⁸⁹ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal” (ob. cit. p. 365). Ya se advirtió en acápite I la opinión de este autor en alusión a las normas del C.C. y C. y he manifestado mi discrepancia.

⁹⁰ VILLADA Jorge (ob. cit. p. 85)

⁹¹ “Este piso de los trece años es entonces la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de infancia: niños y adolescentes. La denominación es, claramente, un avance respecto de la ya obsoleta del CC en lo atinente a la pubertad – condición del desarrollo personal –, que fue traducida y elevada a condición jurídica Adoptar, en cambio, la distinción entre “niños” y “adolescentes” es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia – que ya venía empleando estas denominaciones, atenta al efecto no neutral del lenguaje y a la necesidad de “nombrar” a las personas en su etapa de infancia por su propia denominación y no con referencia a una condición de desarrollo más despersonalizada –. (Cfme. FERNANDEZ Silvia en HERRERA Marisa - CAMELO Gustavo - PICASSO Sebastián ob. cit. t. I, ps. 65/66)

⁹² “La acreditación del estado civil debe efectuarse conforme lo indica la ley civil, y ante la ausencia de inscripción registral del nexo filial – en el caso, se discutía el vínculo paterno filial entre el imputado y la víctima del delito de abuso sexual sin acceso carnal agravado – la cuestión debe regirse por lo dispuesto en artículo 248, inciso 2º, del Código Civil”. (T.S.J. Córdoba, sala penal - 23/12/2008 - V., J. R.) La Ley Online.



II-VI.- Violencia.

Este concepto o medio típico tiene los mismos alcances y sentidos que el utilizado en el anterior delito de violación, esto es: fuerza e intimidación ⁽⁹³⁾.-

La *violencia* material es entendida como un despliegue de una energía física, animal, mecánica o de otra naturaleza que lleva adelante tanto el sujeto activo como el partícipe y que tiene por destinatario el sujeto pasivo o víctima con el propósito dirigido a lograr el contacto sexual. Esto equivale al supuesto de *vis absoluta* que en definitiva trata de anular en forma absoluta la resistencia de la persona aunque aquella no sea continua y hasta se podría decir heroica, sino que simplemente se hace menester que quiebre la voluntad de la víctima, debido al abuso violento del agente ⁽⁹⁴⁾. Esa resistencia, a la que se hace alusión, resulta un elemento fundamental para apreciar en cada caso particular la existencia de la violencia física. Se puede decir que la resistencia existe cuando la víctima se opone y pone de manifiesto tal oposición sin que sea menester para tal situación que la misma sea desesperada y que haya vencido todos sus esfuerzos. Algunos entienden que la misma debe ser bastante como para vencer una resistencia seria y constante, bastando que sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común. Así lo entiende Donna ⁽⁹⁵⁾ quien alega que dicha resistencia debe tener la connotación de ser seria, verdadera, no fingida, es decir, una expresión de voluntad manifiestamente contraria al acto y también constante, referido este concepto, a que en el lapso en que se produce la agresión la resistencia no debe ser adoptada en un principio y luego abandonada. “Es de destacar que la constancia en el grado e intensidad debe surgir de la voluntad y

⁹³ “Los conceptos de fuerza, intimidación o resistencia ínsitos a la violación son revisados y ampliados para dar un lugar predominante al libre consentimiento y nuevos factores coactivos o intimidatorios, que puedan anularlo. Es preciso garantizar que al examinar judicialmente un acto para determinar si un crimen sexual fue cometido no se exija que la víctima pruebe haber ofrecido suficiente resistencia al ataque, sino sólo que su voluntad fue quebrada. Paradójicamente, las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellas se resistieron o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza, o suficiente amenaza de fuerza, para superar su voluntad. No obstante, a las víctimas de violación se les exige prácticamente probar estos requisitos porque el Derecho usualmente no ha sido capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado de una agresión sexual forzada. Se ha criticado esta fórmula con el argumento de que cualquier pérdida de frenos inhibitorios de una persona, por razones imputables a ella misma (vgr. estado pasional), será motivo suficiente para afirmar que la víctima no pudo consentir libremente la acción. Sin embargo, se considera conveniente limitar la interpretación tribunalicia para que en los hechos no se exija la prueba de esa resistencia, sin dejar abierta la posibilidad para algún tipo de situación imaginaria, que, por cierto, no está comprendida en la expresión planteada...” Antecedentes Parlamentarios, p. 1614.

⁹⁴ “Hay violencia cuando se aplica *vis absoluta* o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente. No es necesario, por tanto una resistencia continuada del sujeto pasivo que puede, apenas comiencen los actos de violencia, tolerar (que no consentía) la agresión sexual para evitar males mayores. Desde luego, ha de haber una relación de adecuación entre la violencia empleada y la agresión sexual...” (Cfme. MUÑOZ CONDE Francisco ob. cit. p. 192)

⁹⁵ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 28).



no de la fuerza física de la víctima que, lógicamente, irá disminuyendo por el cansancio a medida que se la ejerza. El cesar de la víctima en su accionar, ya sea por agotamiento o temor que el acto inspira, no deberá, en ningún caso, entenderse como consentimiento”.-

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

Por ello se ha afirmado que la actual referencia a la violencia del art. 119 estriba en el hecho de relativizar el grado de resistencia exigible a la víctima de un abuso sexual, o sea, que lo que se



debe tener en cuenta como criterio delimitador y determinante del tipo es la mayor o menor lesividad del medio utilizado por el agente para doblegar la libertad sexual de aquélla, de manera que es suficiente con probar la existencia de una *vis* idónea no destinada a vencer la resistencia del sujeto pasivo, sino para doblegar la voluntad del mismo ⁽⁹⁶⁾. Sobre el particular la jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de esta tendencia ⁽⁹⁷⁾.-

En el concepto de violencia quedan comprendidos los casos de utilización de medios hipnóticos o narcóticos (art. 78 del C.P.) ⁽⁹⁸⁾. Destácase que el hecho de que la víctima haya aceptado ingerir la droga ofrecida, no quita al acto de contenido sexual su carácter delictivo, porque el autor, de todos modos, para realizarlo, se vale de la imposibilidad de la víctima a causa de la anulación de su voluntad que la droga provoca, en consentir el acto o en expresar su rechazo al mismo ⁽⁹⁹⁾. Empece, se ha puesto de manifiesto que el anterior razonamiento confunde dos consentimientos: uno

⁹⁶ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 368).

⁹⁷ 1- “La violencia configurativa de la violación no debe ser necesariamente irresistible, bastando con que resulte suficiente, tal el supuesto de tres personas mayores que atacan a una menor de edad” (CPenal Vera, marzo 4, 1997. G., J. L.), LLLitoral, 19971179.

2- “La violencia que requiere la configuración del delito de abuso deshonesto no es la misma que demanda el delito de violación, pues basta que la utilizada se encuentre adecuada al fin propuesto (Del voto del doctor Bonorino Peró)” (CNCrim. y Correc., sala VII, abril 6 995. P., H. A.-), L.L., 1995D, 533, con nota de F. J. D. DJ, 19952843.

3- “La fuerza a la que alude el art. 119 inc. 3º Código Penal requiere el despliegue de una energía física para vencer la resistencia que opone, o puede oponer, sería y sostenidamente la víctima, y su comprobación debe surgir a través del testimonio mudo que eventualmente emane de daños físicos en la persona del sujeto pasivo o en sus prendas” (CPenal Santa Fe, sala III, setiembre 25 985. A. M. C. J -), 78 106.

4- “Corresponde condenar como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal al imputado toda vez que, ha quedado acreditado que la voluntad contraria de la víctima exteriorizada mediante actos fue vencida por la fuerza física desplegada por aquél (del voto en disidencia del doctor Galli)”. (Tribunal en lo Criminal de Tandil - 29/06/2006 - L., C. A.) LLBA 2007- 240.

5- “La ausencia de vestigios de violencia física en el cuerpo de la víctima, no obsta a la configuración del delito de abuso sexual con acceso carnal pues, éste puede cometerse mediante violencia moral (del voto de la doctora Betancur)”. (S.T.J Formosa - 28/07/2008 - G., T. D.) - LLLitoral 2008 - 1202.

6- “Basta que el sujeto activo haya obrado con energía e intensidad de acción para que deba considerarse que el acceso carnal se ha realizado mediante el uso de fuerza -en el caso, el imputado había forcejeado con la víctima quien, estando embarazada de siete meses, repelió el ataque-, sin que sea necesario que el violador apele al ataque brutal ni que la víctima llegue a la resistencia heroica”. (C. Crim. 1ª Nominación Catamarca - 02/04/2004 - Cardozo, Marcelo F.) LLNOA 2004 - 1413 - LLNOA 2005 - 423, con Nota de María Virginia Duffy.

7- “Cabe absolver al imputado en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal si, no ha quedado acreditado que éste haya ejercido sobre la víctima una energía física tal que, revista las características de la violencia requerida por la figura típica para lograr la realización del acto sexual, ni que aquélla se hubiere resistido al coito”. (C.J.San Juan, sala II - 20/08/2008 - Peralta Salinas, Esteban José) LLGran Cuyo 2008 - 961.

⁹⁸ “La regla del art. 78 del Cód. Penal se refiere a la violencia física o “vis absoluta” y no a la moral o “vis compulsiva”. Ello es así pues los hipnóticos o narcóticos a que se refiere la norma eliminan la voluntad, incluso en los grados mínimos necesarios para la acción, lo que no es compatible con la coacción, donde la voluntad del coacto subsiste (En el caso, los estupefacientes fueron suministrados a la víctima para facilitar su violación)” (CCrimCatamarca, 2ª Nominación, 1998/02/27, Luque, Guillermo D. y otro), L. L., 1998-D, 891 (40.700-S) - N.O.A., 1998-3-94.

⁹⁹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 64); idem AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 42).



para drogarse y el otro para mantener una relación sexual en ese estado, ello, no resuelve el caso del paciente que se coloca libremente en esa situación y a sabiendas de que mantendrá un acto sexual, el cual se lleva a cabo como estaba acordado (¹⁰⁰).

Queda descartado del término “violencia” la que se lleva a cabo durante un acto sexual consentido, como así también la denominada “*vis grata puellis*”. También hay que distinguir en que no se debe tomar en consideración la violencia que ejerce el sujeto activo sobre quien consiente la realización del acto con significación sexual pero en circunstancias distintas, por ejemplo, elegir el lugar estimado por la víctima como el más conveniente para mantener esa relación. Pero el caso debe distinguirse si al respecto la reticencia recae sobre alguna particularidad inherente al consentimiento prestado, esto es, sobre la modalidad de ejecución, por ejemplo, del acceso carnal, esto es, la vía elegida para llevarlo a cabo. Si se contraría en forma violenta esa circunstancia se estaría yendo en contra de la reserva sexual (¹⁰¹). Finalmente, no se contabiliza para el tipo penal la fuerza física desplegada sobre cosas u obstáculos – puertas, ventanas, etc. – para llegar a la víctima (¹⁰²) ni la desplegada sobre terceros que tratan de impedir el acto o para influir sobre el ánimo del sujeto pasivo, infundiendo miedo.

II-VII.- Cuestiones relativas a la resistencia (¹⁰³).

Se han planteado algunas cuestiones puntuales respecto a si la ausencia de toda resistencia por parte de la presunta víctima, en algunos casos, demuestra un asentimiento al acto aunque se lo niegue, y casos de ello se han dado. A modo de ilustración es interesante acudir a los fundamentos del proyecto presentado por la Diputada Elisa M. Carrió y otros que figuran en los Antecedentes Parlamentarios donde se vierten estos conceptos: “... las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellos se resistieron, o que no consintieron, o que el acto fue cometido con la suficiente

¹⁰⁰ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 57) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 580)

¹⁰¹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 66).

¹⁰² En contra CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 189) o sobre terceros que se oponen o se pueden oponer a aquél, siempre que constituya impedimentos en los que participa – aunque sea moralmente – la víctima (la fuerza típica no se da cuando se realizan los actos de violencia sobre terceros que se oponen a que el agente lleve a cabo la conducta sexual sobre una mujer que ha prestado su consentimiento); pero también la fuerza puede hacerse recaer sobre un tercero para cumplir con el modo amenazador (p. ej., castigar al hijo para que la madre se preste al contacto sexual). (Idem ob. cit. ps. 189/190).

¹⁰³ FIGARI Rubén “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 66/70)



fuerza o suficiente amenaza de fuerza, para superar su voluntad, porque la ley presume altamente improbable que la gente se desprenda de su dinero voluntariamente y que la gente no se somete voluntariamente a sufrir daños corporales y secuelas permanentes, mientras que las víctimas de abusos sexuales necesitan probar estos requisitos porque el derecho usualmente no ha sido capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado de una agresión sexual forzada, porque no ha escuchado las voces de las mujeres ... Los criterios aplicados para medir la resistencia o el consentimiento, *vis a vis*, la fuerza o la amenaza de fuerza nunca han sido capaces de captar precisamente el terror de la víctima, porque el terror es una reacción psicológica y no un criterio que puede ser medido por parámetros objetivos varios meses después en los tribunales. Por otra parte, no sólo se mide y pesa la respuesta de la víctima durante el acto, sino que su propia historia sexual pasada es sometida a un escrutinio prejuicioso bajo la teoría de que se relaciona con su “tendencia a consentir”, o que refleja su credibilidad, su veracidad, su predisposición a decir la verdad o a mentir. Los juzgadores a los que se les presenta tal historia del pasado sexual de la víctima hacen uso de tal información para formarse una apreciación moral de su carácter, y aquí entran en juego todos los viejos mitos de la violación, dado que persiste la vieja creencia que una mujer, virtuosa o no, puede ser violada o no se expone a situaciones que la dejan en riesgo de sufrir un ataque sexual. Por eso, muchas veces se ha dicho que la mujer estaba provocando el ataque y, por lo tanto, consintiendo, o que una mujer honesta hubiera luchado hasta la muerte para defender su “virtud”. Asimismo, es imposible, aceptar la defensa de que el atacante creía que la víctima consentía, considerando meramente el punto de vista del atacante, pues ello implica adoptar desde el Derecho el punto de vista del que genera el ataque”.-

Orgueira trae a colación sobre el particular algunas reflexiones e inclusive unos casos puntuales, que al menos a los fines de una ilustración resultan atinados transcribir ⁽¹⁰⁴⁾.-

“Sobre el tema del consentimiento se ha escrito bastante y es necesario tomar en consideración que si bien el transcurso del tiempo no ha modificado para nada el carácter aberrante de la violación, no mantiene las condiciones sociales que tuvo. Aunque sigue siendo un episodio traumático que torna casi siempre necesaria la posterior asistencia psiquiátrica o psicológica, ya no queda la víctima a merced del escarnio ni el hecho se erige en un baldón para toda su familia. Preciso es tener presente

¹⁰⁴ ORGUEIRA José “Las condiciones que pone la víctima de una agresión sexual y el delito de violación” D.J. 1992 - 2 - 1009.



que en el tiempo pasado la mujer violada podía encontrarse después de la agresión sexual con un futuro sombrío, porque era muy posible que ningún hombre la aceptara en matrimonio.-

Dentro de este contexto, es lógico que la doctrina le diera particular importancia a la existencia de pruebas muy claras de la falta de consentimiento al acceso carnal y que la víctima ofreciera una resistencia casi heroica, precisamente por esa repercusión social. Desde luego que, como dice Ure⁽¹⁰⁵⁾, es imprescindible que haga conocer su rechazo, pues, de lo contrario mal puede haber delito alguno. Y en algunos casos cuando las personas involucradas se habían conocido previamente y aceptaron encuentros a solas en condiciones de mantener una relación sexual, se ha puesto en duda su real resistencia o se trató de un juego amoroso de pareja: la “*vis grata puellis*” – fuera grata a los jóvenes – a la que aludiera el poeta Ovidio en “El arte de amar”. Por eso dice Núñez que también es consentidor quien demore el ayuntamiento, que pone simple obstáculos, con el objeto de simular un mayor recato, honestidad o para excitar sexualmente al que intente el coito.-

Peco al abordar el delito de violación en su proyecto explica que no puede incriminarse el acto cuando acaece merced a los esfuerzos del hombre, dirigidos a despertar el instinto y a vencer la oscilante resistencia, pues “más que desbistar una plaza sitiada, es apoderarse de una plaza vencida” (Proyecto Peco, p. 340, La Plata, 1942).

Hoy el sexo se maneja con mayor franqueza; quien dice no, se opone en realidad y no hay que esperar que lo demuestre mediante una escena de pugilato o una lucha encarnizada, más allá de algún caso particular, que mucho tendrá de patológico. Por el contrario, frente a una seria amenaza a la integridad física o advertida la víctima de la inutilidad de su resistencia, si hay intimidación – aunque sea verbal – o se usa la fuerza en su contra, la circunstancia de que no se resista firmemente y que no queden pruebas materiales – ropa desgarrada, rasguños, moretones – no podrá ser tomado como manifestación de consentimiento ni justifica sin más el rechazo de la imputación.-

Es cierto que los signos o huellas exteriores despejan toda duda, pero es absurdo pretenderlos cuando, por ejemplo, el individuo imputado es persona desconocida del sujeto pasivo, que irrumpe en su ámbito de intimidad o la obliga de improviso a cambiar de rumbo, subir a un automóvil o entrar en un lugar desconocido; igualmente cuando el imputado es detenido con un arma descripta por la víctima como el instrumento empleado para doblegar su resistencia...” –

¹⁰⁵ URE Ernesto “*Los delitos de violación y estupro*”, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 43.



El autor citado menciona unos ejemplos que se reproducen: “el primero se ventiló en un juicio divulgado en nuestro país por los medios de prensa (La Nación 15/10/92). Resulta que el Gran Jurado del Tribunal de Texas de Estados Unidos absolvió a un violador porque la víctima, sorprendida y forzada a una relación sexual que no buscó ni aceptó libremente, le había pedido al violador que utilizara preservativo para no contagiarle alguna enfermedad. Esa solicitud o condicionamiento fue interpretado como una expresión de consentimiento y el caso concluyó con la absolución del enjuiciado. La decisión es sorprendente porque el acusado había entrado a hurtadillas en el departamento de la mujer, aprovechando la oscuridad de la noche y para reducirla le puso un cuchillo en la garganta.-

En nuestro país la sala II, de la Cámara Penal de Morón, juzgó en juicio oral y público, cuyas conclusiones también difundió la prensa (La Nación 16/10/92) a un albañil que en enero de 1990 sorprendió a una pareja que había salido de una confitería y se encontraba en un automóvil en la zona de Hurlingham; luego de reducir al hombre, el imputado puso en evidencia su propósito de acceder carnalmente a la joven mujer.-

Según reproduce la crónica, la propia víctima reconoció que “como ya estaba perdida, le pedí al violador que me penetrara por vía anal por temor a quedar embarazada si lo hacía en forma vaginal”.-

Para evaluar la seriedad de la intimidación que pudo ejercer el delincuente, sólo hay que agregar que el juicio en cuestión era por dos violaciones, porque según se reputó igualmente probado, un mes más tarde cerca del Camino de Cintura, asaltó a otra pareja ultimando al hombre porque intentó resistirse al atraco y mantuvo acceso carnal con la aterrorizada mujer que lo acompañaba.-

Aquí primó la cordura y el Tribunal de Juicio presidido por Ricardo Borinski condenó al imputado a reclusión perpetua por doble violación y homicidio. Como se precisó correctamente, no puede hablarse de consentimiento cuando “la voluntad está viciada por coacción o intimidación”.-

Después del análisis del tipo penal de violación, cuyas características fundamentales son prácticamente iguales en todo el mundo, parece ocioso recalcar que si no hay consentimiento libremente prestado para el acceso carnal, los pedidos de la víctima, satisfechos por el victimario, para evitar con el uso de un preservativo o mediante cópula anal un posible contagio – sobre todo



ahora que apareció en escena el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida – S.I.D.A – o un embarazo, resultan absolutamente irrelevantes para desincriminar el abuso sexual.-

Es más, como está en juego la libertad sexual no sólo es imprescindible que haya consentimiento inicial sino también que el acto se desarrolle de acuerdo a lo pactado cuando se aceptó la cópula, porque ni siquiera se puede alegar consentimiento cuando fue prestado a fin de realizar actos distintos al efectuado en definitiva. Por ejemplo, cuando se prestó conformidad para un acceso carnal normal y se lo concretó por la fuerza contra natura.-

En suma: 1) es preciso ante todo que exista consentimiento libremente prestado; 2) si ese requisito básico cuya ausencia pone en crisis la libertad sexual – que es el bien jurídico protegido por el delito de violación –, ningún pedido de la víctima para disminuir los riesgos que a su criterio entraña el acto puede modificar el cuadro y reputar consensuada la relación; 3) el consentimiento no sólo es preciso para tener acceso carnal sino también para la determinación del modo de su ejecución y desarrollo”.-

Con todo esto, no obstante a que en lo fundamental está referido al acceso carnal, las consideraciones son perfectamente aplicables al abuso sexual, ya que el acceso o antigua violación es una de las formas de ese abuso, de modo que lo que se quiere poner de resalto es que lo fundamental que se debe tener en consideración por parte del juzgador en relación a la víctima del abuso sexual en cuanto a la operatividad de la violencia es que “su voluntad fue quebrada”, circunstancia esta que debe acreditarse en forma atinada y prudente, de acuerdo al análisis de las distintas circunstancias históricas que rodean al hecho. Ello no quiere significar que se deba cargar a la víctima con la prueba de su resistencia, como si ésta deba darse, de modo inflexible para que haya un abuso sexual, sino buscar la verdad y llegar a establecerla, valiéndose de todas las pruebas legales que puedan colectarse (¹⁰⁶).-

II-VIII.- Amenazas.

En lo atinente al uso de *amenazas*, ya se dijo *ut-supra* que equivalía a la intimidación que imperaba en el anterior texto normativo. No es otra cosa que una violencia moral o *vis compulsiva* idónea para producir una alteración en el estado de ánimo y consecuentemente en la libertad del

¹⁰⁶ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 70)



sujeto pasivo, de modo tal que éste se encuentre compelido a tolerar o ejecutar la acción que el sujeto activo le impele. En esto se hace menester recurrir a ciertos conceptos que definen la amenaza contenida en el art. 149 bis del C.P..-

Es así que la amenaza contiene una dosis de energía física anunciada, ya que básicamente está destinada a causar miedo, infundir temor con el anuncio de un mal futuro, constitutivo o no de un delito, que recaerá sobre la víctima o sobre alguien que puede estar vinculado a ella, ya sea por alguna relación de afecto o parentesco, de manera tal que se pone en peligro un bien jurídicamente importante y valioso de la persona, llámese integridad personal, honor, familia, patrimonio, pudor.-

El contenido referenciado hace alusión en forma concreta al anuncio de un daño en cuanto a lesión o detrimento de un bien o interés de una persona en los términos más arriba comprendidos, que sea de carácter ilegítimo – no está obligado a sufrirlo – y futuro – peligro potencial –. Cualquiera sea la modalidad, es obvio que la amenaza coloca a la víctima en una situación crucial – dilemática, la llama Ure – (107).

¹⁰⁷ 1- "En caso en que la víctima deba elegir entre dos males, el que supone menor; se trata de vis compulsiva, el sujeto pasivo actúa voluntariamente pero con libertad comprometida, donde el mal anunciado podrá recaer sobre la propia víctima o sobre un tercero. La ley 25.087 al introducir el vocablo "amenazas" en lugar de "intimidación" permite concluir que el tipo penal se conforma con la causa y ya no requiere la verificación del efecto. Esta debe ser idónea, es decir, seria o grave, inminente y factible". S.C.J. Sala 2 - Mendoza - 2008/12/10 - "Fiscal c/ González Luque Luis José p/ abuso sexual con acceso carnal agravado s/casación.". elDial - MZ49F3.

2- "La conducta constituida por el acceso carnal producida sobre una hija menor aprovechándose del temor que produce su situación de padre y amenaza concreta de que en caso de contarlo le acarrearía consecuencias; encuadra en el art.119 3º párrafo y 4º párrafo inc.b) del Código Penal, que reprime el abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo por haber sido cometido por un ascendiente producido en al menos cinco oportunidades. Siendo hechos completamente independientes se concursan materialmente a tenor de lo dispuesto por el art.55 del Código sustantivo". C.Crim. San Martín - Circunscripción: 3 - Mendoza - 2003/05/21 - "Fiscal c/ Cuellar, José s/ abuso sexual agravado por el vínculo en forma reiterada" - elDial - MC3460.

3- "La fuerza y la intimidación que realizó el imputado desechan todo posible consentimiento de la víctima, lo que tiene correspondencia con las resistencias manifestadas por esta última, la imposibilidad fáctica y el temor para intentar huir del lugar. En este sentido se ha dicho que "no puede resistir notablemente aquel que padece una causa que excluye la capacidad física para la reacción (parálisis) o el privado materialmente de esa capacidad (por estar atado)" (Bonnet, "Medicina Legal", segunda edición, pág. 1031), y que en "la intimidación debe contemplarse el efecto psicológico sobre la víctima. La amenaza puede presentarse mediante palabras, actos o señales, en forma oral o por mímica. Lo importante es que influya de tal manera sobre la capacidad de elección del sujeto, que coarte su voluntad" (del voto de la doctora Camiña en la causa "VEIRA", sentencia del 30-08-91, CNac. Crim. y Correc., citado por Álvaro de Gregorio Bustamante, obra citada, pág. 319)". S.T.J. Río Negro - 22-11-05 - "M., A. G. s/ Abuso sexual c/ acceso carnal s/ Casación" - elDial - AX22D5.

4- "Incorre en el delito de abuso sexual agravado a quien, valiéndose de amenazas de muerte dirigidas a la madre de la víctima y de maldiciones vertidas en su carácter de curandero, logró doblegar la voluntad de ésta para someterla sexualmente ya que, en el contexto cultural en el que se desarrollaba su vida, tales circunstancias eran aptas para infundirle miedo. El delito de abuso sexual no sólo se configura ante la falta de consentimiento de la víctima, sino que también comprende los casos de consentimiento condicionado por amenazas, que da lugar a un acceso carnal tolerado, pero no libremente consentido". (T. Penal N° 1 Posadas. 02/07/2008 - Sánchez, Omar Pedro Antonio) LLLitoral 2008 -



De manera que debe reunir los requisitos que la misma sea seria, posible – dependiente de la voluntad del que ejecuta la acción –, grave, injusta, determinada y futura.-

No se pueden disponer criterios con carácter apodícticos, como por ejemplo con respecto a la gravedad, ya que esto es singularmente difícil, de modo que no se pueden esbozar pautas *ex - ante* realmente válidas y aplicables a todos los casos respecto al poder atemorizante de la amenaza, sino que es menester apreciar cada caso en particular *ex-post* recabando una serie de circunstancias relativas a tiempo, lugar, personas, edad, sexo y condiciones intelectuales de la potencial víctima⁽¹⁰⁸⁾. De manera que, según lo expone Ure⁽¹⁰⁹⁾ no “tendrá la misma incidencia la dirigida al asustadizo, tímido, supersticioso, ignorante, que al hombre corriente. La empleada para coaccionar a un adolescente puede no tener idoneidad para constreñir a un adulto; la suficiente en un bosque y de noche, puede ser insuficiente de día y en una ciudad ... Antes que a la gravedad objetiva y a la idoneidad genérica debe atenderse a la fuerza intimidatoria en relación con los indicados módulos”. La misma orientación le imprime Núñez al afirmar que la amenaza de un mal para algunas personas puede ser grave en tanto que para otras no, pues ello tiene que ver con la psiquis de cada individuo, sus miedos, su condición cultural, etc.⁽¹¹⁰⁾.-

Según Reinaldi la diferencia con la violencia radica en que el mal se sufre en el presente, cuando se amenaza, en cambio, el mal que se anuncia, es siempre futuro. Aunque la intimidación no deja de ser una amenaza de nuevos males o más graves, aún, que el ya padecido. También hace hincapié en la valoración del temor que se produjo en el caso concreto tomándose en consideración las circunstancias personales del protagonista del hecho ya que la amenaza que para alguien puede

1136.

5- “El temor efectivamente sufrido por la víctima -en el caso, se condenó al imputado por haber amenazado a la madre de la víctima del delito de abuso sexual, la cual habría manifestado que no tenía miedo por ella- no es un extremo que integre la figura penal del delito de amenazas, porque dicho ilícito es un delito formal y no de resultado, que se satisface con el hecho de proferir manifestaciones idóneas para amedrentar, con independencia de que ese efecto se concrete. Lo que caracteriza el delito de amenazas como infracción formal no es la concreta intimidación sufrida por su destinatario, sino la entidad objetiva que los dichos o gestos pueden tener para amedrentar -en el caso, se condenó al imputado por haber amenazado a la madre de la víctima del delito de abuso sexual, la cual habría manifestado que no tenía miedo por ella-, lo que deja al temor efectivamente infundido en la órbita del daño que ha de evaluarse a los fines del art. 41 del Cód. Penal (del voto de los doctores Garros Martínez y Posadas)”. (C.J. Salta - 21/04/2008 - Paz Chimba, Roberto) LLNOA 2008 - 766.

¹⁰⁸ FIGARI Rubén “*Casuística Penal Doctrina y Jurisprudencia*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 527 y sgtes, también sobre las demás características de la amenaza.

¹⁰⁹ URE Ernesto “*Once nuevos delitos*”, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 18.

¹¹⁰ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 31) citando a NUÑEZ Ricardo.



ser poco seria o no atemorizante, lo puede ser para otra más ingenua o menos reflexiva o cultivada⁽¹¹¹⁾.-

Donna destaca, que la amenaza de un mal también puede dirigirse a terceros, como a la propia víctima y sólo se podrá discutir si el tercero tiene un vínculo familiar o de otro tipo. “La doctrina alemana limitó el caso a la existencia del vínculo, pero no es impensable el caso que ponga a una mujer en la alternativa de aceptar la relación sexual, caso contrario se mata a otra persona. No hay duda que en estos supuestos, la aceptación de la relación no ha sido hecha con la libertad que exige la ley”⁽¹¹²⁾.-

II-IX.- Sorpresa.

Resta analizar el aspecto que ha sido asimilado a la violencia como es el factor *sorpresa*, pues es dable que acontezca que el sujeto pasivo sea sorprendido por algún acto abusivo del agente y por ende, no se puede dar concretamente una resistencia – en los términos que se han expuesto – pues al presentarse una situación intempestiva es inviable que pueda suponer la existencia de un peligro. El caso es que esa característica de ataque tiene lugar en contra de la voluntad de la víctima, en tanto y en cuanto no se encuentre en condiciones de resistir o impedir dicho abordamiento. Casos típicos se dan en actos abusivos como los manoseos, los besos – circunstancia que se vio anteriormente – y abrazos impúdicos. “El aprovecharse de la víctima por cualquier causa, de modo que no haya podido consentir libremente, también puede ser por vía de la sorpresa con que el ataque ha sido llevado a cabo... Tanto es así, que no escapa al reproche penal la conducta del autor, si no medió consentimiento por parte de la víctima, quien, dada la agresión sexual sorpresiva, no pudo ofrecer resistencia al comportamiento del agresor”⁽¹¹³⁾.-

Debe recordarse las dos posturas que propone Tenca y que se mencionaron *ut-supra*, la del criterio amplio considerándose que en el abuso deshonesto la sorpresa es una circunstancia que, respecto de determinados actos abusivos – como son los manoseos, besos y abrazos impúdicos - , ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirma la no aceptación del acto por su víctima; y el criterio restringido el que sugiere que teniendo en cuenta que el

¹¹¹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 73).

¹¹² DONNA Edgardo (ob. cit. p. 31).

¹¹³ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 29/30).



legislador no había tipificado en el anterior art. 127 del C.P. el simple manoseo, al remitir expresamente a la figura de violación, el tocamiento impúdico sin ejercicio de violencia alguna no resultaba constitutivo del delito de abuso deshonesto. Si ese hubiese sido su deseo, lo había indicado o bien no habría limitado la tipicidad a los casos en que se usan determinados medios de comisión. “La postura amplia es la que se impone. Si una persona camina por la calle y otra pasa corriendo y le toca un glúteo, la no existencia de violencia no elimina de ningún modo la sensación de sentirse abusada que seguramente sentirá la víctima. Lo mismo cabe decir si el sujeto pasivo viaja en un colectivo y, aprovechando la aglomeración el agente realiza la misma conducta. No quedan dudas respecto de que en estas situaciones cobraba vida lo prescripto en el inciso segundo del art. 119, en cuanto a que la víctima no pudo resistir, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sumadas a la velocidad del movimiento, le impidieron rechazar la acción. Lo señalado debe aplicarse a la nueva redacción del art. 119, en tanto hace específica referencia a que el delito se comete cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción” ⁽¹¹⁴⁾.-

Sin hesitación es la postura correcta, pues no cabe duda que la sorpresa con atinencia a determinados actos abusivos resta expresar un consentimiento válido al acto ante la desprevenición del sujeto pasivo que es aprovechado por el activo e impide a aquél expresar cualquier manifestación de voluntad ⁽¹¹⁵⁾.-

¹¹⁴ TENCA Adrián (ob. cit. p. 52/53).

¹¹⁵ 1- “Respecto del abuso deshonesto, la sorpresa es una circunstancia que respecto de determinados actos abusivos, como son los manoseos, besos y abrazos impúdicos, ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirmar la no aceptación del acto por su víctima” (C.N. Crim. y Correc., sala I, 1991/02/21, “Orellana, Héctor A.”), LL 1992-B, 71, con nota de Jorge Daniel López Bolado.

2- “La sorpresa en el abuso constituye una circunstancia que, respecto de determinados actos abusivos como los manoseos, besos y abrazos, ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirmar la no aceptación del acto por su víctima”. (C.N. Crim. y Correc., salaVII, 1994/09/29, “J. de B., G.”), LL 1995-E- 170.

3- “El sorpresivo tocamiento impúdico por parte del imputado dentro de un ascensor, indica que la víctima no habría podido resistir la agresión sexual como consecuencia del estupor que causó en su ánimo lo súbito de aquélla, de donde lo imprevisto de la conducta veda cualquier tipo de oposición y, por ende, se adecua al tipo del abuso deshonesto (art. 119, inc. 2º, Cód. Penal). Ante la categórica afirmación de la víctima que sufriera un tocamiento impúdico dentro del ascensor que compartiera con el imputado, quien no formuló explicaciones valederas sobre su presencia en el lugar y rápidamente proyectara su fuga, se justifica el auto de procesamiento por el delito de abuso deshonesto, no obstante la negativa del imputado y la inexistencia de otros testigos presenciales”. (C.N. Crim. y Correc., salaVII, 1995/04/06, “P., H. A.”), LL 1995-D, 533, con nota de F. J. D. - DJ, 1995-2-843.

4- “El abuso sexual con acceso carnal previsto en el art. 119 tercer párrafo del Código Penal también puede tener su base fáctica en el elemento sorpresa al cual alude el primer párrafo de la norma citada, modificada por la ley 25.087 (Adla, LIX-B, 1484)”. (C.Crim. 1ª Nominación Catamarca - 06/11/2007 - G., R. O). LLNOA 2008 - 272.

5- “Corresponde condenar como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa al imputado que, valiéndose de un accionar sorpresivo y engañoso para ingresar a la vivienda de la víctima -en el caso, se hizo pasar por un médico debido a que aquella estaba embarazada- y de fuerza después, pretendió acceder carnalmente a la menor, hecho no consumado por razones ajenas a la voluntad del mismo pues, dentro de la modalidad comisiva, al



II-X.- Abuso (¹¹⁶) coactivo (¹¹⁷) o intimidatorio (¹¹⁸) de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

Esta modalidad introducida por la reforma contempla la implementación de alguna forma compulsiva originada y respaldada en una situación de superioridad – autoridad o jerarquía – que tiene el sujeto activo, ya sea que devenga de una circunstancia funcional o laboral que se invoque en razón de esa preeminencia y tenga por destinatario a la víctima para el logro de objetivos sexuales (¹¹⁹).

En rigor a la verdad no constituye otra forma que poner en función, violencia o amenaza, lo que ya se contemplara anteriormente, de modo que aparecería esta modalidad en cierta forma reiterativa. En esto coincido con lo afirmado por Donna cuando sostiene que “estas tres formas de comisión ya eran típicas pues quedaban incluidas en las modalidades precedentes (violencia o amenazas), por lo que su especificación nos resulta redundante, en el sentido de que siempre debe existir, a raíz de la dependencia de la autoridad o del poder, una forma de violencia o amenaza por la cual la víctima accede a la pretensión del autor” (¹²⁰).

Se puede retomar conceptos de violencia moral o *vis* compulsiva que puede adoptar diversas formas y en este caso concreto la ley se refiere a la compulsión que genera en el ánimo de la víctima, una actitud o de situación ventajosa proveniente de un “superior” – sea en materia laboral, educacional, institucional, religiosa o similares – o de una persona de la cual se desprende de algún modo – sea de que esa dependencia tenga carácter económico, social, sanitario o de otra índole –. Asimismo se entiende que hay relación de poder entre el guía de una excursión y las personas

hablarse en el art. 119 del Cód. Penal de “por cualquier otra causa”, se incluye la sorpresa”. (C.Crim. 1ª Nominación Catamarca - 02/04/2004 - Cardozo, Marcelo F.) - LLNOA 2004 - 1413 - LLNOA 2005 - 423 - con Nota de María Virginia Duffy.

¹¹⁶ “Acción o efecto de abusar”; o sea, “usar mal, excesiva, injusta e impropriamente de algo o alguien” CAFFERATA NORES José “*El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual*” LL 2000-C-251

¹¹⁷ “Que ejerce coacción” o sea, “fuerza o violencia que se hace a una persona para obligarla a que diga o ejecute alguna cosa” Idem (ob. cit. p. 253)

¹¹⁸ Intimidar es “causar o infundir miedo” Idem (ob. cit. p. 253)

¹¹⁹ “...Se amplían los factores que anulan el libre consentimiento más allá de la fuerza física y la intimidación, incluyendo supuestos coactivos e intimidatorios de abuso de poder o de autoridad, aún cuando fuera en el marco de las relaciones conyugales e incorporando otras relaciones de autoridad y jerarquía que esfuercen el consentimiento...”. Antecedentes Parlamentarios, p. 1615.

¹²⁰ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 31); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 399); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 49)



guiadas por zonas muy inhóspitas o altamente riesgosas, como es un riguroso internado de menores, establecimiento de encierro, lugares de trabajo en condiciones rigurosa o de disciplina casi verticalizada como sería la estructuras u organismos o instituciones sobre la base de pautas de autoridad que imponen un tipo de obediencia o sometimiento a reglas de carácter – estructura policial, fuerzas armadas etc. – situaciones que obviamente deben ser evaluadas por el juez. También se interpreta que esto es una reiteración de conductas que podían ser comprendidas en los anteriores, según los supuestos de Villada ⁽¹²¹⁾.-

Para Reinaldi las relaciones a que se refiere la ley abarcan todas las situaciones en que una de las personas está colocada en un plano de superioridad frente a otra que le está subordinada o le debe obediencia, tanto en el ámbito público como privado. En esa inteligencia quedan comprendidas las relaciones entre padres e hijos no emancipados, entre jefes y empleados que de aquéllos dependen laboralmente, entre quienes tienen la facultad de mandar en razón de sus funciones y los que tienen el deber de obedecer y el empleo de los tres términos no los considera una repetición superflua, pues responde al propósito de abarcar toda situación de superioridad en la que el autor se halla en relación a la víctima y de la que aquél se abusa de modo coactivo – con fuerza para obligar o apremiar – o intimidatorio – causando, inspirando o infundiendo miedo – para que la víctima le brinde favores de naturaleza sexual o soporte actos de ese tipo, cuyo rechazo puede ser seriamente considerado por ella, principalmente cuando de relaciones de dependencias laborales o funcionales se trate, como causa de un mal vinculado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de esas relaciones ⁽¹²²⁾.-

La relación de dependencia se da cuando la víctima está subordinada al agente, circunstancia que normalmente ocurre en el orden laboral y se abusa de dicha relación cuando aquél se aprovecha de la alternativa de que el sujeto pasivo se encuentra sujeto a sus órdenes para anular la voluntad valiéndose de una especie de chantaje o la amenaza de sufrir consecuencias perjudiciales en su

¹²¹ VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 97/99). Consiste en el empleo de medios compulsivos que tienen su causa en una situación de superioridad de la que se prevalece el sujeto activo y que 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 y es esta situación de prevalencia de la índole señalada de la que se aprovecha el autor para el logro de sus objetivos sexuales. Esta modalidad supone la obtención de un consentimiento viciado, pues el tipo requiere que la conducta sea abusiva sexualmente, es decir, que el agente use indebidamente el cuerpo de la víctima como consecuencia del aprovechamiento de una relación de dependencia, autoridad o poder (Cfme. BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal” ob. cit. p. 370).

¹²² REINALDI Víctor (ob. cit. p. 75).



trabajo en caso de negarse a aceptar sus pretensiones sexuales, como las de ser propuesta/o en los ascensos o aumentos de sueldos a los que legítimamente podía aspirar ⁽¹²³⁾.-

En cuanto a la relación de autoridad atraparía aquellos casos en que el abuso se produce por parte de un superior jerárquico en el marco de una estructura u organismo que se basan sobre parámetros de autoridad o disciplina que derivan en obediencia o un sometimiento a reglas un tanto rígidas más propias de una estructura militar o de similar característica.-

En lo atinente al abuso intimidatorio por la relación de poder, constituye la más abarcativa expresión que debió utilizar el legislador en lugar de las dos anteriores ya que en este caso está claramente expresado el vínculo que une a víctima y victimario (preexistente). Una relación de cualquier índole, que establece una preeminencia ineludible de uno sobre el otro e incluye situaciones no contempladas como las de tutor, curador, padres, guardadores y otras personas, que tienen una efectiva preeminencia sobre la víctima.-

Donna parece entender que no es tan clara la anterior postura, pues considera un tanto difícil desentrañar cuáles “relaciones de poder” quedan abarcadas sin que hayan sido incluidas en los ítems antes descriptos y concluye que se trataría de personas unidas a la víctima por un vínculo de poder particular, del que se aprovechan para llevar a cabo el abuso. Cita el ejemplo de los que detentan una posición de garante y condicionan su auxilio a la concesión de favores sexuales como sería el caso de los guardavidas, guías de montaña, etc. ⁽¹²⁴⁾.-

Por su parte Creus considera a las relaciones de poder como todas aquéllas que colocan a la persona de sujeto pasivo en la posición de obedecer las decisiones del autor, no derivadas ni de la dependencia ni de la autoridad en sentido funcional (incluido el sentido laboral de lo funcional) ⁽¹²⁵⁾. Vale decir, que la conceptúa como una circunstancia remanente de las otras.-

En todos los casos hay un uso indebido de relaciones de prevalimiento para lograr los fines sexuales, de manera tal que el sujeto pasivo se ve obligado a soportar o tolerar la situación a la que se le es presentada, y el sujeto activo aprovecha en cierta forma el estado o situación de inferioridad en que se encuentra la víctima.-

¹²³ Idem (ob. cit. p. 74).

¹²⁴ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 32).

¹²⁵ CREUS Carlos (ob. cit. p. 808).



En el art. 181.3 del Código Penal español se habla genéricamente de un abuso por prevalimiento: “3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima” y a diferencia de lo que acontece con los supuestos anteriores aquí hay consentimiento pero viciado por encontrar el sujeto activo en una situación de superioridad con respecto a la víctima, que puede ser cualquier persona mayor de dieciséis años y el sujeto activo puede ser cualquier persona, aunque debe estar en una relación especial con el pasivo, o sea debe tener una posición de superioridad sobre éste, no importando las causas que originen dicha superioridad, no bastando con que haya una mera relación entre los dos sujetos, sino que es preciso que ésta sea de tal clase, que origine una superioridad del sujeto activo sobre el pasivo que determine en este su consentimiento para el acto sexual ⁽¹²⁶⁾.-

II-XI.- Aprovechamiento por cualquier causa ⁽¹²⁷⁾ del consentimiento libre por parte de la víctima.

Esta modalidad hace alusión a una situación un tanto especial en que se encuentra la víctima, ya sea por hallarse padeciendo una enfermedad o por encontrarse en una situación determinada que la coloca en una condición de inferioridad ante el agente, impidiéndole oponerse a la agresión sexual de éste.-

No se trata de otra cosa que de la hipótesis contenida en el art. 119 derogado que hacía referencia a la víctima privada de razón o de sentido o que por enfermedad o cualquier otra causa no haya podido resistirse al acto sexual. “Sin embargo, la diferencia reside en que, de acuerdo con la nueva normativa, será suficiente en el caso judicial con comprobar que la víctima se haya visto impedida de expresar libremente su consentimiento para el acto sexual. No habrá que probar, por consiguiente, si opuso o no resistencia a la agresión sexual, ni mucho menos la intensidad de tal resistencia” ⁽¹²⁸⁾. Imposibilidad de prestar válido consentimiento, aduce Arocena ⁽¹²⁹⁾.-

¹²⁶ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. ps. 202/203)

¹²⁷ Enfermedad, inconsciencia, sorpresa, propia del primer supuesto del art. 119, etc. CAFFERATA NORES José (ob. cit. p. 253)

¹²⁸ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 371).

¹²⁹ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 46).



“El nuevo texto del art.119, no requiere resistencia de la víctima sino que no haya podido consentir libremente la acción, con lo que un tocamiento sorpresivo encuadra en el tipo [(¹³⁰) quien pareciera entenderlo tanto como un supuesto de violencia como en la fórmula residual señalada (¹³¹): encuadra este supuesto en el art. 181 del Cód. Penal español, es decir, cuando se atentare contra la libertad sexual sin mediar violencia o intimidación y sin consentimiento de la víctima] y el consentimiento que haría que esa acción no fuera un abuso, habrá que encontrarlo en actitudes precedentes de los protagonistas que bien puede demostrarse por su desenvolvimiento posterior. Pero este último es un asunto probatorio ajeno a la dogmática. En la concepción del bien jurídico *no, quiere decir no*” (¹³²).-

De todas formas se requiere por parte del sujeto activo el conocimiento de dos elementos: que se aproveche de la situación de incapacidad o vulnerabilidad en que se encuentre el sujeto pasivo para comprender el sentido y el alcance del acto sexual que realiza y el conocimiento de tal incapacidad en la víctima (¹³³).-

II-XI-I.- Víctima privada de la razón.

En lo concerniente a la víctima *privada de la razón* es obvio que se trata de una cuestión susceptible de ser probada en cada caso particular, de modo que se está en presencia de un caso específico de una presunción “*iuris tantum*”. Entran dentro de esta categoría aquellas personas que han perdido el juicio, que han sufrido concretamente un trastorno de sus facultades mentales – insuficiente desarrollo intelectual o volitivo o sufre de alteraciones mentales que la colocan en una situación similar a la del inimputable por falta de salud mental (art. 34 inc. 1º del C.P.) (¹³⁴) – de allí que carezcan de la capacidad de comprender la significación del acto sexual al que son sometidas. Aquí se advierte una diferencia con el supuesto de la minoría de edad, que estriba en una razón biológica de ser menor de trece años, mientras que en la presente cuestión es necesario comprobar que la patología mental del sujeto pasivo le ha impedido efectivamente y en forma absoluta,

¹³⁰ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 26)

¹³¹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 47); PARMA Carlos (ob. cit. p. 61); CANCIO MELIA Manuel “*Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código Penal español*” en “*Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*” n° 8-A, Ed. Ad- Hoc, Buenos, 1998, p. 211.

¹³² DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t.4, p. 585)

¹³³ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 372).

¹³⁴ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 23); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 34).



comprender o valorar el acto, quedando al margen de la punibilidad los actos mantenidos con el alineado, voluntariamente, durante intervalos lúcidos de éste, o cuando consintió el acto con plena capacidad y después perdió la razón ⁽¹³⁵⁾.-

Se han citado como ejemplo ciertas enfermedades mentales como la locura epiléptica, erótica, la demencia senil, ciertos niveles de oligofrenia ⁽¹³⁶⁾, por ejemplo la idiotez – que es el grado más grave de retraso mental –, la imbecilidad – que representa un grado más moderado –,etc. ⁽¹³⁷⁾. Teniendo en cuenta esto tal como lo señalan algunos autores, y la propia lógica, aquí se advierte que en el caso concreto la importancia de una pericia médico-psiquiátrica para determinar tales condiciones es de suma relevancia. De más está decir que para que la conducta del agente sea típica se hace menester el conocimiento por parte de aquél del estado mental de la víctima en el sentido de que ella estaba impedida de expresar su consentimiento. El error de tipo elimina el dolo ⁽¹³⁸⁾.-

Clemente subraya que se debe tener presente en este caso las siguientes cuestiones: a) la necesidad de que el autor conozca positivamente el estado de privación de la razón que sufre el sujeto pasivo, debiendo estarse al principio de “notoriedad”, pues no es suficiente para la figura que

¹³⁵ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 400).

¹³⁶ “Se denominan *oligofrenias o retardos mentales* a los cuadros de tal tipo causados por una noxa material que actuaba antes del nacimiento, en el período perinatal o en el post natal y en los primeros términos del desarrollo. De este modo sucede en el *mogolismo*, en enfermedades virosicas durante el embarazo, en traumas obstétricos, en meningitis, y tantísimos otros cuadros que detienen el desarrollo intelectual en particular y el psíquico en general. Abarcan los grados *moderado, grave y profundo de las subnormalidades mentales*. Se distinguen fundamentalmente por la ausencia de juicio críticos abstracto y concreto. Aclaremos aquí que entendemos por juicio crítico abstracto a aquél que es apto para el manejo de objetos y símbolos, con capacidad analítica y sintetizadora. En el juicio crítico concreto el sujeto es apto sólo para el manejo de objetos, es mediocre y superficial y es proclive a las desadaptaciones. En las *oligofrenias* el disturbio psíquico es cualitativo porque hay una ausencia de inteligencia abstracta. El sujeto *oligofrénico* está desconectado del mundo cultural; sólo está relacionado con el mundo natural o medio ambiente. Debemos recordar que hay formas leves y limítrofes de subnormalidad mental que no se pueden atribuir a una consecuencia de enfermedad o malformación. No se encuentra noxa material aquí. A estos cuadros, que otros enfoques los denominan *debilidad mental, retardo mental débil u oligofrenia leve*, nosotros los llamamos *psicopatías frenasténicas*. En estas variantes en menos del intelecto se encuentra un débil juicio crítico abstracto y se conserva un suficientemente juicio concreto. El psicópata frenasténico comprende, quizás rudimentariamente, los valores. El salto cualitativo ocurre entre la *psicopatía frenasténica*, debida a una noxa inmaterial endógena, y las *psicosis oligofrénicas*, que aparecen por la acción de una noxa material identificable y prescindible. En Tribunales se deben considerar los *retardos mentales u oligofrenias*, cualquiera sea el nivel (moderado, grave o profundo), como psicosis que se traen al momento de nacer o se instalan antes del desarrollo intelectual en particular y mental en general. Los sujetos que han sufrido la detención de ese desarrollo antes de alcanzar la capacidad de abstracción, no poseen juicio crítico abstracto ni concreto. Desde la óptica jurídica son alienados o dementes. Las disminuciones leves de la inteligencia no son demencias. Las hemos englobado dentro de la *psicopatía frenasténica* donde al menos gozan de lo que hemos definido como juicio crítico concreto. Esto las incluye entre los sujetos que tienen capacidad para discernir acerca de valores jurídicos” (Cfme. ZAZZALI Julio “Manual de psicopatología forense”, Ed. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, ps. 114/115).

¹³⁷ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 372).

¹³⁸ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 57/58).



la persona esté privada de razón, pues si ese estado no es conocido su conducta no será abusiva; b) tener en cuenta que la ley también exige en ese caso que haya “abuso”. Esto resulta importante teniendo en cuenta que los enfermos mentales no están privados del derecho a la satisfacción de su vida sexual. Por ende, si no hay “abuso”, no habrá delito (¹³⁹). “La justificación de la punición reside en el abuso de la situación de la persona privada de la razón; por ello, no alcanza que el sujeto pasivo esté privado de la razón, sino, además, que el autor abuse de la situación. Por ende, el autor debe saber el estado de la víctima y querer realizar el acto sexual aprovechándose de tal situación” (¹⁴⁰). De allí que no es factible soslayar el hecho de que la ley habla del término “aprovecharse” y ello debe valorarse en cada caso en particular.-

Zaffaroni al hacer alusión al abuso sexual con incapaces expone que: “acceso carnal con una persona que no está en condiciones de ejercer la libertad sexual... el principio parece coherente en la medida en que se haga una juiciosa ponderación del mismo, porque de lo contrario implica una terrible lesión a la libertad sexual y a la dignidad humana. Si por persona enferma se entiende una perturbación más o menos permanente, análoga a la que en el caso de un sujeto activo determinaría la inimputabilidad, es incuestionable que las leyes penales estarían consagrando legalmente la esterilización eugenésica del nacionalsocialismo, condenando a cualquier persona con oligofrenia media a no tener relaciones sexuales, por la vía de comunicar penalmente en forma gravísima a quien las mantuviese con ella. La victimización es aquí, sin duda una forma de violar los derechos humanos ... la costumbre de no pensar los tipos desde el punto de vista de los derechos humanos de las víctimas, ha hecho pasar por alto que los enfermos mentales no están privados del derecho a la satisfacción de la vida sexual, no pudiendo el derecho penal convertirse en un instrumento de marginación social ... en síntesis ... que la tutela del incapaz no se convierta en una privación del derecho del mismo a relacionarse afectiva y sexualmente” (¹⁴¹). Una circunstancia similar la señala Donna al admitir que si no se aprovechara de tal situación se estaría condenando a una especie de abstención sexual perpetua (¹⁴²).-

Se ha considerado que no media un aprovechamiento abusivo cuando los tocamientos o accesos sexuales son realizados por uno de los cónyuges sobre y con el consentimiento del otro que

¹³⁹ CLEMENTE José (ob. cit. p. 46)

¹⁴⁰ DONNA Alberto (ob. cit. p. 34)

¹⁴¹ PARMA Carlos (ob. cit. p. 58) y CLEMENTE José (ob. cit. p. 46) citando a ZAFFARONI Eugenio “*Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*” Informe final del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 33/34.

¹⁴² DONNA Edgardo (ob. cit. p. 34)



ha perdido la razón, porque en tal supuesto resulta válida la anuencia, que con pleno goce de sus facultades mentales y de comprensión, prestó en la celebración del matrimonio. Y a la misma conclusión se arriba en el caso del concubinato o de una simple relación de pareja, más o menos estable, previa a la pérdida de la razón de uno de sus integrantes, de modo que, en tales supuestos, los tocamientos o accesos sexuales no resultan típicos a ninguno de los abusos previstos por el art. 119 (¹⁴³). Esta reflexión puede merecer algún reparo, tal como se ha concebido el tema de las relaciones sexuales no consentidas, tanto en el matrimonio como en el concubinato, circunstancias que se analizarán *ut - retro*.-

De esta manera se concluye que obra privado de la razón quien ejecuta voluntariamente el acto carnal, pero sin conocer la naturaleza fisiológica de él por la enfermedad mental que padece, y también quien conociendo esa naturaleza fisiológica no comprende su significado ético-social, producto de la misma enfermedad (¹⁴⁴). Cabe la posibilidad del dolo eventual (¹⁴⁵).-

El art. 181.2 del Código Penal español prevé situaciones de abuso sexuales con personas privadas de la razón o del sentido (¹⁴⁶) esto implica que si el sujeto pasivo se encuentra incurso en uno de estos supuestos se presume que no tiene capacidad para consentir o rechazar una relación sexual libre. Esta presunción queda desvirtuada, si se demuestra en el caso concreto que el sujeto pasivo podía autodeterminarse libremente en el ámbito sexual. El “trastorno mental” constituye situaciones similares a las que determinan la exención de responsabilidad del art. 20.1º, o sea la enfermedad mental en un sentido amplio, incluyendo también en esa la oligofrenia y todas aquellas otras alteraciones de psiquis que ponen al sujeto en situación de inimputabilidad. Sin embargo hay que tener en consideración que en este caso se hace menester, además, que el trastorno mental afecte la capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual con conocimiento de significado de los actos

¹⁴³ ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 52).

¹⁴⁴ TENCA Adrián (ob. cit. p. 32), citando a SANDRO Jorge “Violación (víctima privada de sentido)” Doctrina penal 1983 - 511.

¹⁴⁵ “La debilidad mental es el diagnóstico que lleva a considerar a una persona como privada de razón y, por ende, decidirá su inclusión en el inc. 2º del art. 119 del Cód. Penal. Para la aplicación del inc. 2º del art. 119 del Cód. Penal no resulta necesaria la existencia de una declaración judicial de demencia de la víctima; El significado del concepto “persona privada de razón o de sentido” al cual alude el art. 119, inc. 2º del Cód. Penal, debe ser dilucidado mediante la utilización de las mismas pautas establecidas en el mismo código como presupuesto de punibilidad, es decir, la imputabilidad o inimputabilidad según el caso” (C1aCrim. Formosa, mayo 9, 1997. Pérez More, Marco A.), LL Litoral, 1997967.

¹⁴⁶ Art. 180.2: “A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.



de esta naturaleza, de allí la importancia de la prueba pericial. “En este terreno se plantean al juzgador algunos casos límites que pueden ser resueltos más con ayuda de criterios sociológicos que psicológicos o psiquiátricos. En ningún caso debe ser suficiente con un determinado diagnóstico, *test* de inteligencia, etc., sino que debe valorarse el comportamiento del sujeto pasivo en el contexto y en relación también con las particularidades de la conexión que tenga con el ofendido (relaciones de noviazgo, amistad, matrimonio, etc.)” ⁽¹⁴⁷⁾ y para evitar una interpretación demasiado objetiva es exigible que además el sujeto activo “abuse” del trastorno mental, o sea, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Por ello tal abuso exige una actitud dolosa ⁽¹⁴⁸⁾.-

II-XI-II.- Víctima privada de sentido.

En lo que hace a la víctima *privada de sentido*, aquí también el autor aprovecha la circunstancia de que la víctima se encuentra con una ausencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas, aunque mantiene incólumes las facultades mentales, pero por razones patológicas o fisiológicas existe un impedimento en expresar su consentimiento. Los ejemplos válidos sobre este particular son el caso del sueño, sonambulismo, desmayo, epilepsia, debilidad en su máximo grado, consumo excesivo de algún estupefaciente, alcohol, etc. ⁽¹⁴⁹⁾ y también algunas incapacidades de orden físico, congénitas o provocadas por el autor, al igual que alguna dolencia transitoria o permanente física o mental, siempre condicionada a que impida al sujeto pasivo consentir libremente la acción. Así de esta manera se pone como ejemplo las secuelas, la parálisis, la amputación de los miembros, etc. siempre y cuando haya un impedimento de la autodeterminación sexual ⁽¹⁵⁰⁾. Aquí la víctima puede comprender el sentido del acto pero está imposibilitada de oponerse materialmente a su ejecución en virtud de una ineptitud física. “Tal imposibilidad física para repeler el acto sexual debe ser total, toda vez que ante la mínima fuerza que practique la víctima para resistir la acción del autor, que incite al sujeto activo a la utilización de fuerza para vencer tal

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 201)

¹⁴⁸ Idem. (ob. cit. p. 201)

¹⁴⁹ CLEMENTE José (ob. cit. p. 47); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 58); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 27); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 46).

¹⁵⁰ Idem anteriores y BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 373).



resistencia, estaremos frente a la hipótesis de la violencia” (¹⁵¹). La incapacidad por falta de sentido debe ser probada en cada caso y el autor debe aprovecharse de la situación en que la víctima se encuentra.-

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

Es menester aclarar, tal como lo puntualiza Donna, que: “el tipo penal no requiere que el autor haya puesto a la víctima en estado de inconsciencia por el uso de medios hipnóticos o narcóticos, ya que lo aludido hace al empleo de violencia, y nos encontraremos, entonces, ante la primera hipótesis analizada en el artículo en estudio. En consecuencia, en los casos en que el abuso sexual se efectúa sin el consentimiento de la víctima mientras ella se halla sumida en el sueño, se configura el delito, porque la víctima no pudo consentir libremente la acción, situación de la que el autor se aprovechó” (¹⁵²).-

El Código Penal español en el mencionado art. 181.2 también se refiere a otros supuestos – persona privadas del sentido – que refleja los casos de inconsciencia, durmientes, etc. y a estos casos se equiparan también aquellos en que se anula la voluntad de la víctima suministrándole algún tipo de sustancia que tenga ese efecto, como poniendo en una bebida una droga que desate su libido. Por ende, en la medida en que se sea consciente de que la ingestión de la droga o producto que se le ofrece es para facilitar la libido y favorecer el acto sexual, asumiendo que éste puede llegar a

¹⁵¹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 36)

¹⁵² Idem (ob. cit. p. 35); TENCA Adrián (ob. cit. p. 33).



producirse, no podrá hablarse de abuso, salvo que el acto sexual que se realice haya sido expresamente rechazado antes de tomar la sustancia – por ejemplo, negativa expresa a la penetración por vía anal o que se realice sin preservativo., etc –. “Ciertamente los límites entre la anulación plena de la voluntad de un simple debilitamiento de la misma no son fáciles de trazar por lo que habrá que tener en cuenta otros factores, como el tipo de producto que se ingiere, la relaciones previas entre los protagonistas del acto, la edad, etc. Cuando la ingestión del producto produce una privación total de sentido o un trastorno mental transitorio pleno, el hecho podrá incluirse igualmente en los dos supuestos anteriores salvo que por las circunstancias del caso pueda apreciarse violencia y por tanto agresión sexual” (153).-

II-XI-III.- Víctima que por cualquier otra causa no pudiera consentir.

Finalmente, la norma contiene otra enunciación que trata de completar o cerrar el abanico de las posibilidades al referirse a “*por cualquier otra causa no pudiera consentir*”. Esta frase en cierta forma resulta más amplia de la contenida en el anterior art. 119 inc. 2º cuando se requería que “por cualquier otra causa, no pudiese resistir”. Según lo consignado en los Antecedentes Parlamentarios el cambio tuvo como objetivo “garantizar que al examinar judicialmente un acto para determinar si un crimen sexual fue cometido no se exija que la víctima pruebe haber ofrecido suficiente resistencia al ataque, sino sólo que su voluntad fue quebrada”.-

Reinaldi pone como ejemplo al error y a la sorpresa. En cuanto al primero dice que debe recaer sobre la naturaleza sexual del acto cumplido por el actor, haya sido causado o no por éste o sobre la persona del que efectúa el abuso sexual. Pone por ejemplo el producido por el ginecólogo que simula la realización de un tacto vaginal cuando, en realidad, lo que hace es abusar sexualmente de su paciente (154). Similar ejemplificación hace Tenca (155). También un ejemplo de error era el hecho previsto en el anterior art. 121 que contenía al estupro fraudulento. Sobre este particular se explica que la desaparición de dicha figura y la incorporación de la norma vigente ahora, según la cual basta que el sujeto pasivo, por cualquier causa se haya visto impedido de consentir libremente la acción del autor no autoriza a diferenciar el hecho de quién acepta el acto por ignorar la naturaleza

¹⁵³ MOÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 202)

¹⁵⁴ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 59) citando a BARBERÁ de RISSO María “*Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*”, vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 313.

¹⁵⁵ TENCA Adrián (ob. cit. p. 36)



sexual del mismo, de quién lo acepta pero con voluntad viciada por el error sobre la persona que lo cometió, porque tanto en uno como en otro caso la víctima se vio imposibilitada de consentir libremente la acción. Creus rechaza esta conclusión alegando que: “no se trata del específico aprovechamiento del “error” de la víctima, sino de una genérica “incapacidad de resistencia” por lo que ella no dejaría de rondar los límites de la analogía” ⁽¹⁵⁶⁾. Reinaldi no acepta la crítica porque la referencia a “cualquier otra causa” lleva a aceptar todas las que puedan darse y produzcan el mismo efecto, no observándose razón para excluir a la señalada ⁽¹⁵⁷⁾.-

En lo atinente a la situación de sorpresa que normalmente consiste en actos abusivos intempestivos tales como manoseos, besos, o abrazos, dichos hechos bajo la órbita del derogado art. 127, fueron considerados como para privar de resistencia a la víctima y por ende conductas típicas ⁽¹⁵⁸⁾.-

Tan es así que en algunos casos la doctrina y jurisprudencia llegaron a asimilar la sorpresa a la violencia al no tener en cuenta que aquélla entraba dentro de “cualquier otra causa” impeditiva de la resistencia. Por ejemplo, Fontán Balestra consideraba que esos movimientos rápidos o sorpresivos eran un ejemplo muy claro de la *vis absoluta* porque en ellos la resistencia es mucho más difícil y entiende que en esos casos, la fuerza es ejercida ya antes de que ella pueda manifestarse ⁽¹⁵⁹⁾.-

Estrella no comparte esta opinión pues considera que en el acto sorpresivo de impúdico tocamiento, el agente no utiliza ninguna fuerza, solamente abusa de una víctima desprevenida que por ello no puede consentir libremente o resistir el acto o tocamiento no querido, el sujeto pasivo advierte el hecho cuando ya está consumado. Asimismo, tampoco considera atinado el criterio sustentado por la doctrina y jurisprudencia que sostenía que el tocamiento, caricia, beso sorpresivo, que toma desprevenida a la víctima, ejecutados con propósito deshonesto, no son típicos al derogado abuso deshonesto – abuso sexual – pues no son actos violentos, único medio admitido por la figura y convertir la sorpresa en violencia es sustituir el medio y proceder por analogía – circunstancia ya

¹⁵⁶ CREUS Carlos (ob. cit. p. 808)

¹⁵⁷ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 60)

¹⁵⁸ “Corresponde tener por configurado el delito de abuso sexual sin consentimiento de la víctima – en el caso, en concurso ideal con corrupción de menores –, si el factor sorpresa fue determinante para que el autor aprovecharse la imposibilidad de resistirse del adolescente, pues, con la reforma introducida por la ley 25.087 (Adla, LIX-B, 1484) al art. 119, primer párrafo, in fine, del Código Penal en la frase “...o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”, el legislador pretendió abarcar todas las formas comitivas en que no exista su consentimiento, encontrándose también contemplado en esta fórmula genérica el factor sorpresa”. (S.T.J La Pampa, sala B - 28/06/2006 - Lloyd, Edgar A. s/rec. de casación) - LL Patagonia 2007- 892.

¹⁵⁹ FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V. p. 119).



puesta de manifiesto más arriba por Creus –. Por ello concluye que el acto ejecutado sobre una víctima imposibilitada de consentir libremente la acción, de expresar su disenso o de cualquier forma resistirse, por cualquier causa, como es el acto sorpresivo sobre una víctima desprevenida, o practicado sobre persona que se encuentra totalmente maniatada, aunque realmente no sea violento, se adecua a las circunstancias comitivas que se analizan ⁽¹⁶⁰⁾.-

Entiendo que actualmente ante la redacción del nuevo texto se debe concluir que siendo el mismo un tanto más flexible que el anterior, la acción por parte del agente de tomar desprevenida la víctima, realizando intencionalmente un tocamiento, si bien no violento pero si sorpresivo y mediando un aprovechamiento impide, por el carácter de tal accionar, la expresión de una manifestación de voluntad en contra. Así también lo considera Reinaldi ⁽¹⁶¹⁾. Ya se habló *in extenso*, sobre este particular.-

Pero además de las causas señaladas anteriormente, en las cuales la víctima puede comprender el sentido del acto, hay situaciones quizás más extremas en las cuales no puede oponerse materialmente a la ejecución del acto por imposibilidad física, la cual debe ser total ya que ante la mínima fuerza que practique la víctima para resistir la acción del agente, que incite al sujeto activo a la utilización de fuerza para vencer tal resistencia se estará ante una situación de violencia ⁽¹⁶²⁾.-

Se señala que el origen de la imposibilidad puede provenir de cualquier causa, comprensiva de algún supuesto que prive a la víctima de poder resistirse. Se ponen como ejemplo distintas incapacidades de orden físico, congénitas o provocadas por el sujeto activo, como asimismo, dolencias transitorias o permanentes, físicas o mentales en la medida que impida a la víctima consentir libremente la acción. Tales son las parálisis, amputación de los miembros, proceso patológico en curso o las secuelas, etc. ⁽¹⁶³⁾.-

II-XII.- Tipo subjetivo.

No cabe duda que el delito en análisis requiere un contenido doloso pues el elemento subjetivo se centra en el conocimiento por parte del sujeto activo respecto a que realiza un acto de

¹⁶⁰ ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 54/55).

¹⁶¹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 49).

¹⁶² DONNA Edgardo (ob. cit. p. 36); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 55).

¹⁶³ ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 55); AROCENA Gustavo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 257); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 373); D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 235).



índole sexual sin el consentimiento de la víctima y sin que mediara penetración o un sometimiento gravemente ultrajante (¹⁶⁴).

Sobre el tema que se abordará a continuación ya se insinuaron las posiciones existentes, no obstante, y a riesgo de ser repetitivo se incursionará en el tópico.

La doctrina se divide en dos posturas: la denominada “subjetivista” para quienes la exigencia estriba en un elemento subjetivo especial en el agente que se ubica en una intencionalidad al realizar el acto deshonesto de poner en evidencia un acto de eminente corte sexual. Así para este sector el dolo está definido por el propósito de excitar la propia lascivia, con lo que se conforma un elemento subjetivo del tipo. Tal interpretación tiene su fuente en la doctrina italiana que fuera recogida por autores nacionales (¹⁶⁵).

“Este elemento consiste en poder excitarse, satisfacerse sexualmente, e incluso, causar algún tipo de displacer” (¹⁶⁶) por ende, se requiere un dolo directo.

Por otro lado la denominada tesis “objetivista”, tal como lo refiere su nombre, requiere que el accionar del agente tenga objetivamente un contenido sexual, prescindiendo del ánimo de aquél, pues es suficiente que el acto ofenda el pudor sexual de la víctima, vale decir, que sea objetivamente impúdico con independencia del propósito del mismo. “Para los que seguimos esta corriente, los actos objetivamente realizados de contenido sexual que avasallaron dolosamente la reserva sexual de la víctima, constituye abuso sexual aunque concurrieren otros móviles (v.g. *animus jocandi*, etc.). En este caso la exigencia es de un dolo genérico” (¹⁶⁷). Este mismo autor refiere que esos actos objetivos deben tener o revestir significados sexuales – actos objetivamente impúdicos, libidinosos, lascivos –. Teniendo en cuenta el bien jurídicamente protegido – reserva sexual – no interesa el móvil del autor, sino la ofensa a la libertad sexual o pudor de la víctima. Si bien no puede negarse el contenido subjetivo del delito no debe confundirse el dolo con el “*animus*”, tal como lo afirma Fontán Balestra.

¹⁶⁴ “El elemento subjetivo del delito de abuso sexual consiste en el conocimiento por parte del autor de que se realiza un acto de carácter sexual sin el consentimiento de la víctima, y sin penetración (del voto de la doctora Pettinari)”. (C. 1º Crim. de la Circunscripción Judicial, Comodoro Rivadavia - 21/09/2007 - A., J.A.) LLPatagonia 2008 - 71.

¹⁶⁵ Sostenida por PECO José “*Abuso deshonesto*” LL 4 - 93; GÓMEZ Eusebio “*Tratado de Derecho Penal*” t. III. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, p. 219; MORENO (h) Rodolfo “*El Código Penal y sus antecedentes*” t. IV. Editorial H. A Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 295; FONTAN BALESTRA Carlos “*Delitos sexuales*” Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 123; MOLINARIO Alfredo, actualizado por AGUIRRE OBARRIO Eduardo (ob. cit. p. t. I. p. 435); PANDOLFI Oscar (ob. cit. p. 29).

¹⁶⁶ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 39) citando a DIÉZ RIPOLLES José (ob. cit. p. 498).

¹⁶⁷ CLEMENTE José (ob. cit. p. 49)



“En conclusión: en la medida que el acto tenga entidad impúdica objetiva tipifica la figura aunque el autor en su *animus* haya tenido fines distintos pero intencionalmente realizados (v.g. el que levanta violentamente la ropa de una mujer con fines de broma). Pero si por el contrario, el acto objetivamente es indiferente en el terreno sexual o puede tener más de una significación, será el “*animus*” del autor el que permita su conversión en abuso sexual, situación que el Juez deberá valorar equilibradamente, según las circunstancias del caso” (168).

Arocena descarta la tesis subjetivista apoyándose en algunas consideraciones que sobre el particular realiza Polaino Navarrete, pero destaca que el abuso sexual comprende una hipótesis en la cual el tipo penal se configura subjetivamente en función de un componente distinto del dolo, consistente en un particular elemento del ánimo del agente que se aprovecha de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción. Por ello sostiene que el dolo requerido para el delito es, en principio, el directo. Así entiende que el acto sexual con persona imposibilitada de consentir libremente la acción, no se transforma en delito ya por el hecho de conocer que éste tiene lugar con

¹⁶⁸ Idem (ob. cit. p. 30) siguen esta tendencia SOLER Sebastián (ob. cit. p. 301); NUÑEZ Ricardo aunque haciendo algunas disquisiciones: “La distinta naturaleza de los actos constitutivos del *corpus* de un abuso deshonesto, tiene influencia en la estructuración del dolo del autor. Cuando ese *corpus* reside en el carácter libidinoso del acto, éste lleva inherente el dolo específico consistente en la finalidad sexual del autor. Si el *corpus* del abuso tiene como sustento material una conducta susceptible de tener una significación no abusiva, sólo el dolo específico representado por la finalidad impúdica del autor puede estructurar el tipo del abuso. Por el contrario, basta el dolo común cuando el *corpus* del abuso está constituido por una conducta material cuya significación es impúdica. En este caso, el dolo puede ser directo, indirecto o eventual, y es compatible con cualquier designio del autor no tendiente a la ofensa de la honestidad de la víctima” (Cfme. NUÑEZ Ricardo ob. cit. t. III, p. 316); LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 172); FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V. p. 163); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto acotando: “El acto deshonesto para nuestra ley es un acto de naturaleza impúdica con clara significación sexual, que el agente hace padecer a la víctima, sea para desfogar o excitar su propio libido, la de la propia víctima, la de un tercero, o simplemente por curiosidad, por chanza, por venganza, etc.. El dolo requerido por la figura se satisface con el conocimiento de ejecutar un acto de carácter impúdico y sexual y con el propósito abusivo de satisfacer o excitar el instinto sexual del autor o, genéricamente, de atentar contra el pudor de la víctima aunque no esté presente en el agente intención lasciva alguna ... Por supuesto que al elemento material del delito, el acto objetivamente impúdico, debe agregarse el elemento subjetivo consistente, como decíamos, en el conocimiento del carácter ofensivo que el acto reviste para el pudor de la víctima y en la voluntad de ejecutarlo, cualquiera haya sido el propósito perseguido por el autor... El fin libidinoso que guíe al agente será útil para la resolución de aquellos casos límite, en que la acción ejecutada es dudosa en cuanto a su verdadero alcance y significación sexual, y que puede importar un inocente acto expresivo de un sano afecto o una abusiva acción impúdica, según sea el propósito y el contenido que a la misma le otorgue su autor...” (Cfme. ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto ob. cit. ps. 393/394); ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 40/41); BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 375) quien exige un dolo común. VILLADA Jorge (ob. cit. p. 107); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 27); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 79) quien requiere dolo directo, al igual que DONNA Edgardo (ob. cit. p. 38); TAZZA Alejandro (ob. cit. t. I, p. 391); DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 72) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 520) quienes también admiten el dolo eventual como lo hace D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 168) referido al menor de trece años.



un incapacitado, por cualquier causa, de consentir libremente, sino que se exige que el acto sexual haya tenido lugar “gracias al aprovechamiento” de la imposibilidad de consentir libremente ⁽¹⁶⁹⁾.-

Tomando en consideración el bien jurídico protegido es prudente advertir, en principio, que cualquiera sea el móvil que ha regido al autor, se debe concluir en que sí el acto tiene en su contexto en forma objetiva un sentido sexual o impúdico, se ataca al bien de que se trata, no obstante que el sujeto activo no haya querido con dicho accionar demostrar sus impulsos sexuales. Pero es del caso también señalar, como atinadamente lo explica Creus, que la trascendencia sexual que el sujeto activo otorga subjetivamente tiene virtualidad para dársele a un acto que objetivamente puede no tener ese sentido, o que, cuando menos, es susceptible de tener un sentido distinto. Enfatiza que el concepto de abuso no sólo hace referencia a la ilegalidad del acto, sino también – y fundamentalmente –, a su indebida intrusión en la esfera de lo sexual al sólo conjuro de los objetivos que tuvo en cuenta el autor al llevarlo a cabo. “Resumiendo: cuando el acto es en sí objetivamente impúdico, constituirá abuso deshonesto, aunque subjetivamente el autor hubiese agregado miras distintas de las del ultraje sexual. Pero cuando objetivamente el acto es sexualmente indiferente o puede resultar equívoca su referencia a esa esfera de la personalidad, será el contenido sexual que subjetivamente el agente le otorgue lo que lo convierta en abuso deshonesto” ⁽¹⁷⁰⁾. Estimo que esta posición mixta es la más atinada que se adecua a las premisas de la figura en estudio y es la que ha adoptado la jurisprudencia conforme a la concepción de las dos alternativas: a) si el acto es objetivamente obsceno, el abuso sexual o abuso deshonesto quedará consumado; b) si objetivamente no lo es, de todas formas podrá constituir delito en casos en los cuales el sujeto activo le atribuye al acto un contenido sexual desde su obrar subjetivo ⁽¹⁷¹⁾.-

II-XIV.- Consumación y tentativa.

El delito se consuma cuando el autor con su accionar viola la reserva sexual del sujeto pasivo ya sea mediante tocamientos impúdicos o que los mismos lo fueran sobre el autor o un tercero.-

Se discute el tema respecto a si es factible la tentativa. Núñez la admite cuando por ejemplo, la víctima ofrece resistencia al autor y éste, tomándola de los brazos, luchando o intimidándola,

¹⁶⁹ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 49/50)

¹⁷⁰ CREUS Carlos “Derecho penal. Parte especial” t. I., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p.232.

¹⁷¹ FIGARI Rubén “Delitos...” (ob. cit. ps. 97/98)



demuestre por sus actos la intención de usar impúdicamente el cuerpo ajeno y que no lo logre y también es posible que no siendo el caso de la lucha cuerpo a cuerpo o de la intimidación, el autor realice actos demostrativos de su intención de consumir el abuso que no lo involucren ⁽¹⁷²⁾.-

Soler admite la tentativa cuando medie violencia real: “Bien puede suceder que los actos realizados violentamente no sean en sí impúdicos (tomar de los brazos a la víctima); pero que exterioricen inequívocamente la intención. Es, en cambio, sumamente difícil concebir la tentativa en los casos de violencia presunta, ya que allí el hecho (no mediando resistencia) consiste en el contacto. Antes de él, no hay nada, y después del primer contacto, el delito está consumado. No puede, sin embargo excluirse, en principio, esa tentativa, porque no puede negarse la posibilidad de que hechos inequívocos muestren la intención referible al abuso deshonesto” ⁽¹⁷³⁾.-

Creus - Buompadre la admiten en los casos en que el modo de comisión es la violencia o intimidación, así la tentativa aparecería cuando el agente ha empleado el medio violento o intimidatorio con la finalidad de llegar a consumir el acto sexualmente abusivo sin conseguirlo, por no haber podido vencer la resistencia de la víctima o por no haber logrado intimidarla, o porque otra circunstancia quebró la secuencia autoral ⁽¹⁷⁴⁾. En igual sentido Gavier ⁽¹⁷⁵⁾; Reinaldi ⁽¹⁷⁶⁾; Donna ⁽¹⁷⁷⁾; Villada ⁽¹⁷⁸⁾; De Luca - López Carariego ⁽¹⁷⁹⁾; Breglia Arias - Gauna ⁽¹⁸⁰⁾; Laje Anaya - Gavier ⁽¹⁸¹⁾; Arocena incluye tanto la tentativa acabada como la inacabada ⁽¹⁸²⁾.-

Directamente la niega Fontán Balestra, aún admitiendo que el abuso deshonesto es un delito material y por ende conceptualmente se debe admitir la tentativa “lo cierto es que la ejecución comenzada de un acto impúdico implica ya el delito de abuso deshonesto y que las acciones que no

¹⁷² NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III. v. II. p. 317)

¹⁷³ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 303)

¹⁷⁴ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 193)

¹⁷⁵ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 28)

¹⁷⁶ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 81/82) “Ofrece dificultades diferenciar la tentativa de un abuso sexual simple de la de otro gravemente ultrajante o de la de un acceso sexual por cualquier vía, por cuanto no hay otro modo de hacerlo que llegando a establecer el propósito del autor: si era el de satisfacer un torpe desahogo sexual o más que eso. Si no se logra acreditar que el autor abrigaba la intención de cometer algunos de los dos hechos previstos en los §§ 2º y 3º del art. 119 C.P., no se podrá darse por acreditada su tentativa sino la consumación del tipo básico del abuso sexual”.

¹⁷⁷ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 39/40)

¹⁷⁸ VILLADA Jorge (ob. cit. p. 109)

¹⁷⁹ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 74) y en BAIGÚN David- ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 592)

¹⁸⁰ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1041)

¹⁸¹ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 338)

¹⁸² AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 52)



son impúdicas no pueden situarse más allá de un mero acto preparatorio. Los ejemplos que se dan como tentativa, nos parecen bastantes dudosos”⁽¹⁸³⁾.-

Buompadre también se muestra escéptico porque entiende que 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 agente juega un rol preponderante⁽¹⁸⁴⁾.-

Tazza revela que previo a determinar si hay tentativa o no habrá que estarse a las circunstancias particulares de cada caso para poder determinar, el carácter de los actos realizados por el agente para saber si son o no impúdicos y luego determinar el propósito del autor si es que en sí mismo no constituye objetivamente conducta libidinosa y finalmente si el hecho ha logrado concretarse en toda su magnitud, entonces luego de aventar estos interrogantes se estará en condiciones de afirmar si el delito ha quedado consumado o sólo ha quedado en grado de conato⁽¹⁸⁵⁾.-

Cabe destacar que los argumentos vertidos en favor de la admisión de la tentativa resultan acertados, toda vez que al tratarse de un delito de acción, aquélla es factible, dado que son posibles los actos de comienzo de ejecución de la intención de lesionar la integridad sexual, sin que se llegue a consumir por circunstancias extrañas a la voluntad del autor.-

II-XV.- Concurso con otros delitos.

No cabe duda que cuando el sujeto activo lleve adelante su accionar con la intención de acceder carnalmente al sujeto pasivo o abusar en forma gravemente ultrajante a éste, ya sea que lo logre o no, los actos de abuso son absorbidos por aquéllos ya sea en forma consumada o en conato, de conformidad a lo establecido por el art. 119, segundo y tercer párrafo.-

Ahora bien, cabe hacer una distinción entre los actos de abuso sexual con los que constituyen una tentativa de abuso sexual con acceso carnal – violación –, pues lo mismo pueden aparentar en

¹⁸³ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 165); GOMEZ Eusebio (ob. cit. t. III. p. 227); PECO José (ob. cit. LL 4 - 93); TENCA Adrián en principio admite la tentativa pero seguidamente expresa que se tratarían de casos académicos (ob. cit. p. 29)

¹⁸⁴ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 374)

¹⁸⁵ TAZZA Alejandro (ob. cit. t.I, p. 307)



forma externa una semejanza, pero la distinción se finca en el dolo del autor, de modo tal que si se puede comprobar que el propósito de aquél es consumar el acceso carnal, se estará en presencia de una tentativa de abuso sexual con acceso carnal – violación –; en tanto que si se advierte un fin sexual genérico, habrá un abuso simple. Igualmente, es requerible objetivamente que en los actos abusivos haya un comienzo de ejecución.-

En cuanto a su relación con los delitos de corrupción y prostitución, éstos asiduamente se consuman mediante actos que en sí constituyen un abuso de la víctima. En estos casos la corrupción absorbe al abuso sexual (¹⁸⁶), no obstante también se opina que puede existir un concurso ideal “porque el tipo de la promoción o facilitación de la corrupción se sustenta en el mismo hecho constitutivo del abuso y sólo las circunstancias de éste generan la doble calificación” (¹⁸⁷). Villada entiende que la jurisprudencia que hace concurrir el delito de abuso simple reiterado o continuado con el de corrupción, siempre que se verifique la dirección intencional o alcance del dolo del autor y la otra que considera que una figura excluye la aplicación de la otra; resulta errada pues en los delitos de promoción y facilitación de la corrupción o la prostitución en su modalidad básica, ningún fin o dirección intencional o tendencia, exige dicha figura – aunque sí lo haga en sus formas agravadas subsiguientes –. “En resumen, si hay repetición de abusos sobre un menor (sea delito continuado o reiterado), perfectamente tales actos pudieron tener *entidad* corruptora o prostituyente y deben aplicarse las reglas del concurso ideal “sin complejos” (¹⁸⁸).-

Reinaldi hace una aclaración, el abuso sexual con menores no importa, al mismo tiempo, una promoción o facilitación de la corrupción, ya que como uno de los mencionados tipos penales no contiene al otro y es algo más que él, no hay concurso aparente de leyes que se resuelva por el principio de absorción de uno por el otro (¹⁸⁹). Pero cuando el delito de promoción o el de facilitación

¹⁸⁶ “Si bien el delito de corrupción de menores generalmente se consuma por medio de actos de tocamiento que conllevan el abuso de la víctima cuando, ellos aparejan la depravación de la conducta sexual de un menor, el tipo de corrupción absorbe al de abuso sexual”. (S.T.J Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal - 26/02/2008 - A. y C., M. A.) LL Litoral 2008- 405.

¹⁸⁷ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III. vol. II p. 318). “Si los actos de abuso sexual integran el conjunto de etapas que llevan a facilitar la corrupción y la prostitución (arts. 125 a 127 ter, Cód. Penal) se verificará un supuesto de concurso aparente”. (Cfme. DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio ob. cit. p. 76 y en BAIGÚN David- ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t.4, p. 593); TAZZA Alejandro (ob. cit. t.I, p. 303)

¹⁸⁸ VILLADA Jorge (ob. cit. p. 191)

¹⁸⁹ “Encuadra en la figura de abuso deshonesto y no en la de corrupción de menores, la conducta del imputado que, aprovechándose de la inocencia y candidez de una menor de cinco años, la obligó a soportar sobre su cuerpo los actos impúdicos que él realizó con el propósito de satisfacer sus apetencias sexuales – en el caso, se sobreseyó al acusado por prescripción de la acción penal –, pues la conducta del encartado en realidad se dirigió contra la humanidad de la ofendida, en desprecio de su pudor o reserva sexual, pero no para inducirla o convencerla a aceptar o adoptar en su



de corrupción de menores se consuma mediante actos configurativos de abusos sexuales, por tratarse de un mismo hecho con pluralidad de encuadramientos, media entre ambos delitos un concurso ideal⁽¹⁹⁰⁾.-

En lo concerniente a las lesiones leves que se produzcan al llevar a cabo el abuso sexual quedan absorbidas por esta figura, pues es una consecuencia normalmente esperable. En tanto que las graves o gravísimas o la muerte concurren en forma real con el abuso⁽¹⁹¹⁾.-

En el caso de las amenazas que puedan utilizarse por el agente para lograr el abuso sexual también son absorbidas por éste debido a que se trata de un medio típico de un atentado contra la integridad sexual. Al decir de Creus, la amenaza es un delito subsidiario de modo que puede ser absorbido por cualquier otro, en tanto y en cuanto sea un medio típico o una circunstancia agravante

conducta habitual una actividad sexual prematura como la que sufrió, sino solamente para hacerla instrumento de su lascivo desahogo, que fueron el móvil que le llevaron a abusar deshonestamente y dolosamente de ella". (T.S.J Santa Cruz - 09/12/2008 - B., L. R.) LL Patagonia 2009- 864.

¹⁹⁰ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 84).

1- En contra: "Abusar deshonestamente es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno o lascivo desde un punto de vista objetivo, contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima - en el caso, se calificó dentro de esta figura la conducta del imputado que en una única oportunidad había tocado a una nena con su miembro viril, eyaculándole en la espalda -, mientras que el delito de corrupción es la acción y efecto de corromper, denota la deformación, alteración o vicio que se introduce al estado o desarrollo sexual natural y sano del menor, ya sea por lo prematuro de su evolución o porque el sujeto pasivo llega a aceptar o asimilar como normal la depravación o excesividad de la actividad sexual". "Una diferencia que existe entre el delito de abuso deshonesto y corrupción de menores, se encuentra en la naturaleza del bien jurídico tutelado en ambos tipos penales, pues mientras en los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas contra las acciones que puedan lesionarlo - en el caso, se calificó dentro de esta figura la conducta del imputado que en una única oportunidad había tocado a una nena con su miembro viril, eyaculándole en la espalda -, en la corrupción de menores se protege el estado de desarrollo sexual espontáneo, natural y sano de las personas menores". (T.S.J Santa Cruz - 09/12/2008 - B., L. R.) LLPatagonia 2009 - 864.

2- "Incorre en el delito de abuso sexual agravado en concurso ideal con el de corrupción de menores, quien accedió carnalmente, en forma reiterada, a una menor de 10 años de edad provocándole un embarazo, ello en virtud de la capacidad para corromper que revisten los sucesos investigados por su precocidad, reiteración en el tiempo y resultado obtenido". (C.N. Crim. y Correc., sala V - 04/05/2007 - Guitan, Rodolfo O.) LL 2007-E- 272 - DJ 2007-III- 357.

3- "Una de las diferencias entre el delito de abuso deshonesto y el de corrupción de menores, se encuentra en la naturaleza del bien jurídico tutelado en ambos tipos penales, pues mientras en los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas contra las acciones que puedan lesionarlo, en la corrupción de menores se protege el estado de desarrollo sexual espontáneo, natural y sano de las personas menores" (T.S. Santa Cruz 2009/06/01 - Paz Enzo Paolo) DJ 2009/12/30 P. 3724.

4- "Configura abuso sexual simple - art. 119 del Código Penal -, y no corrupción de menores, la conducta de quien, aprovechando la inocencia de una menor de seis años y la oportunidad proveniente de convivir ocasionalmente con ella en la misma vivienda, la obligó a soportar sobre su cuerpo actos impúdicos, pues, el accionar se dirigió contra la humanidad de la ofendida, en desprecio de su pudor sexual, pero no para inducirla a aceptar una actividad sexual prematura, sino solamente para satisfacer con ella sus necesidades lascivas" (T.S. Santa Cruz 2009/06/01 - Paz Enzo Paolo) DJ 2009/12/30 P. 3724.

¹⁹¹ Se aplica la figura calificada por el inc. a) del art. 119 (DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio ob. cit. p. 75).



(¹⁹²). Desde luego que existen otras posibilidades concursales que de acuerdo a las situaciones que se presentan pueden encuadrarse tanto en concursos ideales como reales.-

III.- ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE

III-I.- Introducción.

Teniendo en cuenta la conformación progresiva de la tipología observada en el art. 119, es así que en el segundo párrafo se agrava el abuso sexual puniéndose con: *“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”*.-

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

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

¹⁹² CREUS Carlos “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 355).



una expresión que agrava de modo progresivo, conductas que son altamente dañosas para la víctima”⁽¹⁹³⁾.-

En la opinión de Laje Anaya - Gavier las hipótesis contempladas en esta figura, según los fundamentos del Proyecto, estaban destinados a acompañar el abuso sexual con acceso carnal como surge de varios pasajes del texto: “La concepción de la acción es más amplia que en el Código actual ya que *permite incriminar como violación*, a todo tipo de penetración incluyendo casos como la *fellatio in ore* y la penetración anal, situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración como *cunnin lingus*, la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino, el sometimiento *violento y prolongado* que no culmine en la penetración. La tradición y la oportunidad biológica han otorgado a la violación vaginal un lugar principal como crimen, pero la invasión puede ocurrir a través de la boca y el ano o por otros actos igualmente gravosos para la integridad sexual de la víctima, y si bien *el pene sigue siendo el arma favorita de los violadores*, no es de hecho su única herramienta, palos, botellas y aún dedos son muchas veces sus sustitutos. ¿Quién puede decir que la humillación sufrida por la penetración anal u oral forzada es una violación menor de los espacios íntimos, privados, una menor injuria a la mente, al espíritu, al sentido de sí misma de la víctima?. Todos estos actos forzados deben ser tratados como ofensas igualmente graves desde la perspectiva del derecho, dado que la vía de penetración es menos significativa que la degradación, a los efectos de la injuria al bien jurídico a tutelar”. No obstante, el criterio seguido por la ley se aparta de los fundamentos del proyecto, pues si bien se agrava la pena para dichas hipótesis, la separa del abuso sexual con acceso carnal⁽¹⁹⁴⁾. Tener en cuenta que estas atestaciones se esbozaban con anterioridad a la reforma introducida por la ley 27.352.-

Empece a esta solapada crítica, Gavier aprecia que la diferenciación ha sido introducida acertadamente por el legislador porque hay hechos de suma gravedad que no podrían estar reprimidos con la misma pena que un tocamiento furtivo de nalgas o senos en un colectivo repleto de pasajeros. De todas formas “en este nuevo tipo de abuso sexual que, en lo que hace a la estructura del tipo, sujetos, conducta material, aspectos subjetivos, y consumación y caracteres, son los mismos que en el abuso sexual del primer párrafo ... pudiendo ser sujetos activos y pasivos cualquier persona – varón o mujer – ... la razón determinante de la mayor criminalidad del hecho reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que

¹⁹³ Antecedentes Parlamentarios... p. 1614/15.

¹⁹⁴ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. ps. 340/341); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 31).



por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes”⁽¹⁹⁵⁾. El sometimiento equivale a un dominio o humillación, y lo hay cuando el autor y no la víctima es quien toma decisiones sobre su comportamiento sexual, tal como lo contempla Reinaldi⁽¹⁹⁶⁾.-

III-II.- Duración.

La conducta diseñada por la norma habla del abuso sexual ultrajante, en primer término por su *duración*. Esta palabra hace alusión a una suerte de reiteración o repetición de actos impúdicos, es decir, que no son ocasionales o circunstanciales y presentan características similares, realizados bajo alguna de las circunstancias previstas en el primer párrafo del art. 119.-

Donna señala que este tipo de abuso debe prolongarse temporalmente, es decir, que dure más tiempo de lo normal o que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo y esa excesiva prolongación implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima⁽¹⁹⁷⁾.-

¹⁹⁵ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 29).

¹⁹⁶ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 86).

¹⁹⁷ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 48); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 29); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 87).

1- “Para la configuración del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración - en el caso, contra un menor de edad - debe tratarse del mismo sujeto activo que reitera una y otra vez en el tiempo la conducta sexualmente abusiva sobre la misma víctima, el mismo tipo de actos abusivos o al menos la misma naturaleza sexual, probablemente influidos por una situación familiar o laboral, que los haga más o menos permanentes.” “Si no hay secuela psicológica que afecte la sexualidad de la víctima en desarrollo -en el caso, se condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración -, no hay delito de corrupción de personas”. (T. Crim. Nro. 1 Necochea - 09/09/2005 - C., N. O. o N. E.) LLBA 2006 - 94.

2- “Es constitutivo del delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo - art. 119, cuarto párrafo letra b en relación al segundo párrafo del Cód. Penal - el tocamiento en las partes íntimas que el imputado realizó respecto a su nieta de 10 años, pues la circunstancia de que el hecho endilgado se haya prologado por dos años y se haya cometido en el propio hogar de la menor y en el de sus abuelos llevan a la convicción de que fue sometida al degradamiento desproporcionado que describe la norma enunciada”. (T. Crim. Nro. 1 Necochea - 01/12/2003 - Rosales, Juan) LLBA 2004- 211.

3- “Corresponde condenar como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por la condición del agente y por la situación de convivencia, a quien abusó sexualmente, en forma reiterada, de su hijastra de nueve años de edad mediante tocamientos en las zonas genitales de la menor pues, la prolongación en el tiempo de los sucesos abusivos así como el aprovechamiento por parte del imputado de una situación de convivencia familiar, revela el “animus” de degradar la dignidad de la víctima”. (C. Crim. Paso de los Libres - 04/04/2007 - Cáceres, Alberto A.) LLLitoral 2007- 998.

4- “El requisito típico de la duración del abuso sexual gravemente ultrajante exige una prolongación del acto, en el sentido de que demore más tiempo del normal requerido para la realización de la conducta abusiva, o que se trate de una modalidad continuada o reiterada a través del tiempo entre idénticos sujetos”. (C.J. Catamarca - 22/12/2008 - L., J. R.) LLNOA 2009- 337 - DJ 17/06/2009, 1646.

5- “Para que se configure la figura de abuso sexual gravemente ultrajante no debe confundirse el tiempo de comisión del abuso sexual propio, en su realización individual, con su reiteración o continuidad -en el caso, la mayoría lo calificó



Clemente pone como ejemplo el victimario que sustrae o retiene a una persona de uno u otro sexo, menor de trece años dentro del domicilio, efectuando actos de abuso sexual reiterados, que no llegan al acceso carnal o a su tentativa, durante un tiempo prolongado ⁽¹⁹⁸⁾.-

Si el acto se alarga por un tiempo más prolongado que el necesario, no requiere necesariamente de reiteración sino que se refiere a un acto único indebido, que se prolonga en el tiempo de modo tal que provoca un ultraje grave. “Así, no es lo mismo un beso en la boca dado contra la voluntad de la víctima que se lleva a cabo valiéndose el actor de la cercanía circunstancial de los labios de uno y otro (producto de una aglomeración, por ejemplo), a que la víctima sea tomada por sus brazos debiendo soportar ser besada lascivamente durante dos horas” ⁽¹⁹⁹⁾.-

Parma indica que se trata de una excesiva prolongación temporal de la afección sobre el cuerpo de la víctima, que a su vez afecta la integridad física y la libertad de la víctima, sin llegar a constituir otro delito ⁽²⁰⁰⁾. En igual sentido se expresa Arocena ⁽²⁰¹⁾. Estrella también alude a una innecesaria o excesiva prolongación en el tiempo, más del que normalmente se requiere para la consumación del hecho y agrega al vejamen que por sí conlleva el abuso sexual, un plus vejatorio degradante para la dignidad de la víctima ⁽²⁰²⁾.-

A fuer de decir verdad la cuestión temporal o circunstancia fáctica temporal no reviste el carácter de una relación o ecuación de naturaleza cuantitativa, pues ello queda a criterio de la apreciación que realice el juzgador en cada caso concreto, lo que pone de manifiesto que se está en presencia de un tipo penal abierto, quizás excesivamente abierto. “El problema estriba en cuál es el

como abuso sexual simple-, pues una cosa es un abuso sexual que por su duración resulta gravemente ultrajante y otra muy distinta son varios abusos sexuales reiterados que pueden consistir en tocamientos fugaces instantáneos, de duración mínima, y que por consiguiente, ninguno de ellos reúne las difusas exigencias objetivas del tipo”. “El abuso sexual encuadra en la calificante prevista en el segundo párrafo del art. 119 del Cód. Penal, es decir, abuso sexual gravemente ultrajante, si se encuentra probado que el imputado, concubino de la madre de la niña, realizó tocamientos inverecundos sobre la menor, durante más de un año, pues tal comportamiento se prolongó en el tiempo, más allá del necesario para llevar a cabo el abuso sexual de que se trata (del voto en disidencia parcial del doctor Mazzucco)”. (C. Crim.1a Nominación Catamarca - 22/04/2008 - L., J. R) LLNOA 2008 - 789.

¹⁹⁸ CLEMENTE José (ob. cit. p. 83). Sobre lo último, el abuso presupone una cierta permanencia en el tiempo de un solo hecho o la repetición o la reiteración continua o discontinua en el tiempo de diversos actos abusivos sin penetración o acceso carnal sobre la misma víctima que implican un sometimiento humillante grave para ella. “Si solamente se tratara de un abuso simple repetido en el tiempo (muchos lo confunden), pero sin llegar a constituir sumisión gravemente ultrajante para la víctima, se debe tipificar la conducta del agente como *abuso sexual simple reiterado* (art. 119 - 1º párr.), con importantes diferencias en cuanto a la pena” (Cfme. VILLADA Jorge ob. cit. ps.140/141).

¹⁹⁹ TENCA Adrián (ob. cit. p. 58).

²⁰⁰ PARMA Carlos (ob. cit. p. 66).

²⁰¹ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 56).

²⁰² ESTRELLA Oscar (ob. cit. p 85).



tiempo, de modo que el tipo penal queda abierto a la apreciación subjetiva del juez, de manera que se ha creado un tipo penal que está en el límite de la inconstitucionalidad” (203).-

III-III.- Circunstancias de su realización.

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

Se trataría de hechos que por su inherencia en lo realizativo, en lo que hace a modalidades de circunstancias de modo o lugar y se agregaba, por la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino – circunstancia que ahora pasa al tercer párrafo del art. 119 con la reforma – violentan en forma grosera la dignidad de la víctima. De esta manera quedan incluidos en el caso los actos de abuso sexual en forma pública o escandalosa o privada pero humillante, ni más ni menos que la cosificación de la víctima.-

Parma, luego de describir los casos de abusos en lugares donde la víctima está expuesta públicamente o en lugares caros para sus sentimientos o valorados espiritualmente, va un poco más lejos y agrega que: “sin embargo, a contrario de lo que acabo de expresar, bien puede considerarse una verdad de perogrullo, que cualquier tocamiento en partes pudendas en contra de la voluntad de una persona, es en sí mismo “gravemente ultrajante” para quién lo sufre, y de allí sacar como conclusión lo redundante de esta técnica legislativa, que aclara una cuestión que por su naturaleza, se podría prescindir de tal sofisticación lingüística” (204).-

Gavier al abordar esta modalidad refiere que la ley alude a situaciones en que los actos en sí mismos, son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio para la víctima (205).-

Por su parte Reinaldi indica que estas circunstancias deben ser demostrativas de un mayor desprecio a la dignidad personal de la víctima que el que importa la comisión de todo atentado a la

²⁰³ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 48); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 84); BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal” (ob. cit. p. 389). “No es la víctima quien debe evaluar la gravedad del sometimiento sexual de que fue objeto, sino el juez, a través de parámetros objetivos”. (Cfme. CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 208).

²⁰⁴ PARMA Carlos (ob. cit. p. 69).

²⁰⁵ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 29).



integridad sexual encuadrable en la figura básica que, de por sí, ya es ultrajante. Tiene un “plus” de ultraje, que agrava el hecho al cumplir el acto sexualmente abusivo con trascendencia pública; a la vista de todos o ante la propia familia; el obligar a cumplir actos de bestialidad o zoofilia; o el de agregar al abuso actos de sadismo ⁽²⁰⁶⁾.-

Tal como en el caso de la duración o prolongación en el tiempo, las circunstancias que rodearon la comisión del ilícito deben ser evaluadas en cada caso concreto por el juzgador.-

III-IV.- Sometimiento ⁽²⁰⁷⁾ gravemente ultrajante ⁽²⁰⁸⁾.

El abuso que por su duración o circunstancias de su realización, dice la norma, tiene que configurar un *sometimiento gravemente ultrajante para la víctima* ⁽²⁰⁹⁾.-

Se da esta perspectiva en el caso, que mediando en términos generales algún tipo de fuerza o violencia, se expone a la víctima bajo el dominio de otra, reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosa sobre la que se ejerce un dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal ⁽²¹⁰⁾.-

Aboso asevera que la razón de esta agravante se basa en la mayor afectación que sufren los bienes jurídicos protegidos, libertad e indemnidad sexuales, como consecuencia de la forma que adquiere el abuso sexual mediante el sometimiento y que traspasa el límite – poco preciso – del ultraje natural que acarrea toda intervención dolosa de terceros en el ámbito de la esfera sexual. Pero también especifica que se plantea el problema de determinar cuándo la víctima sufre un sometimiento sexual altamente ultrajante, de modo que se hace menester considerar los conceptos de sometimiento, por un lado; y gravemente ultrajante, por el otro. En cuanto al primero, no parece

²⁰⁶ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 88/89).

²⁰⁷ Sometimiento es la “acción y efecto de someter”, o sea, “subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otra persona” CAFFERATA NORES José (ob. cit. p. 253).

²⁰⁸ Ultrajar es “tratar con desvío a una persona” Idem (ob. cit. p. 253).

²⁰⁹ Víctima: se pretende atrapar casos como el coito “*inter - fémore*”, o la penetración sexual con objetos, y otras vejaciones similares Idem (ob. cit. p. 253)

²¹⁰ “Lo gravemente ultrajante, para actuar como agravante del delito de abuso sexual, son los actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen, en la víctima, una humillación más allá de lo que normalmente se verifica en el abuso en sí, por lo que no se puede tomar en cuenta la sensibilidad extrema de la víctima y no puede quedar al arbitrio del juez lo que para él es ultrajante, sino lo que para la normalidad excede el límite del desahogo sexual, agregándose un contenido más sádico del autor”. (C.N Crim. y Correcc., sala I - 03/05/2005 - Albrecht, Mario E.) LL 21/09/2005, 21/09/2005, 12 - LL 2005-E- 470.



ofrecer mayores complicaciones en su significado, ya que el término se identifica con la idea de dominio, pues, indica de forma inequívoca que el autor debe reducir a la víctima mediante violencia bajo su dominio, situación que se extiende a los casos de violencia presunta. De modo que, en su concepto, en una primera aproximación para su concreto significado estaría dado por el uso de violencia por el autor para vencer la resistencia – inicial o sobrevenida – del sujeto pasivo con el propósito de proyectar sus impulsos sexuales. Pero, agrega, que esta explicación por sí sola no permitiría diferenciar, si de ejercicio de violencia real o presunta se trata, entre el delito de abuso sexual básico (art. 119, primer párrafo) y el abuso sexual agravado (art. 119, segundo párrafo), ya que ambos la prevén – a la violencia – como elemento esencial para su tipicidad. Por ende, se podría afirmar que el sometimiento sexual previsto por el segundo párrafo del art. 119 supera la simple idea de violencia real o presunta como medio para abusar sexualmente de la víctima y ella adquiere en esta relación de medio y resultado, un fin en sí mismo. En efecto: “El uso de violencia en el abuso sexual simple es el vehículo que permite al autor satisfacer su deseo sexual primario, el más elemental, que se consuma cuando éste transita el ámbito externo de la esfera de la libertad sexual ajena sin llegar al acceso carnal propiamente dicho (tocamientos impúdicos, besos no consentidos, etcétera). En cambio, dicha intrusión ilícita alcanza el grado de sometimiento demandado por la ley penal cuando el autor tiene la intención de someter a la víctima, es decir, ponerla bajo su entero control como mero objeto de placer, de acá que se explique que el abuso sexual adquiera la peculiaridad de sometimiento – hubiere configurado, dice la ley – en función de las circunstancias de tiempo o modo de su ejecución. Por lo dicho, se entiende que el significado de "sometimiento" se nutre de dos componentes, objetivo y subjetivo, que perfilan su significado, a saber: el uso de violencia y el ánimo particular de someter a la víctima como objeto sexual. Así, pues, la duración del abuso sexual o la circunstancia de su ejecución son condiciones necesarias, pero no suficientes para dar realidad al sometimiento: es condición esencial que el autor procure mediante estas modalidades de comisión subyugar a la víctima como simple objeto de sus apetencias sexuales. La degradación de la dignidad de la persona se consuma cuando ella es tratada como objeto, como medio para un fin – según prohíbe la máxima kantiana –, razón de la agravante del abuso sexual del segundo párrafo del art. 119 Cód. Penal ⁽²¹¹⁾.-

²¹¹ ABOSO Gustavo “Indemnidad Sexual y sometimiento sexual gravemente ultrajante de menor de edad: La cosificación de la víctima”, LL 2003-B- 828; FIGARI Rubén “Una acertada interpretación judicial sobre el abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del C.P.)” LLC 2004 (noviembre), 1017.



Creus - Buompadre aseveran que: “no parece que el vocablo *sometimiento* se refiera a otra cosa que a la ausencia de la voluntad del sujeto pasivo, que es reemplazada por la del autor. Pero el de *ultrajante*, como sabemos, no ha dejado de ser objeto de reparos en la doctrina comparada – aún cuando se emplease en tipos de formulación más precisa – por su imprecisión, dado que cualquier abuso sexual, justamente por ser abuso tendría carácter de ultrajante (Serrano Gómez, Morales Prats y García Alberó). Vale decir que aquí el legislador ha introducido un valor añadido de antijuricidad al ultraje que implica el abuso sexual en sí mismo: debe tratarse de una conducta de contenido sexual que importe para el sujeto pasivo una humillación particularmente degradante o vejatoria que, además de violentar su identidad sexual, implique un menoscabo a su dignidad como persona. De todos modos, hay que destacar que en el nuevo tipo penal lo *gravemente ultrajante* no radica – como decíamos – en la propia naturaleza del abuso sino en su duración (prolongación en el tiempo) o en las circunstancias de su realización (por el carácter degradante que puede tener para la persona sometida)” (212).-

Villada critica el término “ultrajante”, pues traducido literalmente, quiere decir ajar, deslucir, injuriar, despreciar o tratar con desvío a una persona. “Tal cantidad de sinonimias, anticipaba un término inespecífico, de cuya valoración, calidad, grado y hasta existencia depende la aplicación de cuatro a diez años de reclusión o prisión para el acusado del delito (cuestión para nada menor) y que se notó en los fallos emitidos por diversos tribunales. Pero desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que es de donde siempre se debe develar el sentido de la ley penal, puede sostenerse que “ultraje” como lo utiliza la ley refiere *al alcance de la degradación como persona*, de la *humillación* o del efectivo *daño psico-emocional que ha padecido y efectivamente experimentado una víctima* (no lo que le parezca ultrajante al Juez o al Fiscal, desde los prejuicios o criterios de valoración subjetiva que nada tienen que hacer en el derecho penal)” (213). Es lo que denomina “la cosificación” de la víctima, por ello la gravedad no sólo se refiere a que la víctima sufra a causa de ese proceso hasta grados severos, sino también en el caso de que la misma alcance la pérdida de estima por su autodeterminación sexual como consecuencia de esa conducta deteriorante, en cambio, si la afectación es parcial, la conducta podría quedar atrapada en el primer párrafo del art. 119.-

²¹² CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 207).

²¹³ VILLADA Jorge (ob. cit. p. 150). En contra CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 208) para quienes no es la víctima quien debe evaluar la gravedad del sometimiento sexual del que fue objeto, sino el juez, a través de parámetros objetivos.



Remarca el autor precedente, en otros trabajos, que considera esencial requisito de este tipo grave que el resultado de cualquiera o ambas conductas – por su duración o características de su realización – devenguen el sometimiento gravemente ultrajante para la víctima – casi un estado de cosificación o sometimiento excesivo –, ya que de lo contrario existiría un abuso sexual simple – cualquiera sea la modalidad de su realización o su duración –. Apunta, en tono admonitorio que existe una común confusión en algunos fallos que hacen radicar la gravedad de este delito en el primer supuesto comisivo – la duración – o en el segundo – por la modalidad del ataque – olvidando aparentemente la situación real de la víctima – sujeto objeto de la protección – que es donde pone el acento determinante la protección legal de este tipo penal y a tales fines deberían explicar acabadamente por qué ese comportamiento llevado a cabo de esa manera ha resultado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. “...es muy común omitir ese juicio de valor, que resulta necesario y que resulte esencial para la configuración perfecta del tipo penal bajo estudio, si se entiende que la ley no castiga con mayor rigor a través de esta figura, al reiterante o al sádico (que implica poner la mirada en el victimario), sino el hecho de causar un *mayor daño psico-emocional* en la víctima, al extremo de considerar que existió “sometimiento” de *manera gravemente ultrajante* (lo cual es correctamente poner la atención en el bien jurídicamente amparado). Entonces (aun arriesgo de cansar al lector), se debe corregir este criterio errado al que aludimos, especificando que como en todo delito, la sola reiteración delictiva (continuidad en el tiempo) o las más reprobables circunstancias en que se llevó a cabo el hecho de abuso (las circunstancias de su realización), no conducen automáticamente al encuadre legal de la conducta legal al abuso gravemente ultrajante (aunque ya pueden ser indiciarias del mismo), si es que esta última circunstancia o resultado de una consecuencia “gravemente ultrajante” no se ha verificado (ni probado) en la víctima o demostrado “objetivamente”, lo que puede ocurrir en los casos en los cuales la víctima no “registre” el ultraje (por circunstancia personales especialmente ya apuntadas)... Siendo esencial el requisito típico del *sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*, volvemos a reiterar empecinadamente (en contra de la opinión de autores como Donna) que debe verificarse este estado o situación de ultraje grave al comienzo de la causa (“ab initio”) por parte del órgano investigador, a través de una ponderación sobre tamaña circunstancia, que debe efectuarse en el mismo comienzo de la investigación del hecho...”⁽²¹⁴⁾.-

²¹⁴ VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 144/146).



Donna le hace una velada crítica a Villada en el sentido de que éste entiende que dicha gravedad ultrajante deberá determinarse a partir de la verificación de la extensión del daño psíquico o emocional causado a la víctima, el que el Juez deberá valorar en cada caso, hecho que no comparte pues ello no se tipifica *a priori* ⁽²¹⁵⁾, sino *a posteriori* y no se analiza lo objetivo de lo gravemente ultrajante, sino el resultado. En esta inteligencia entiende como actos gravemente ultrajantes los que objetivamente 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. De modo que entiende que no se puede tomar en cuenta la sensibilidad extrema de la víctima, sino el carácter objetivo del acto, tampoco depende el agravante de una víctima un poco sensible, como en el caso de una prostituta acostumbrada a ser sometida, ya que el hecho es objetivo, por lo que en este caso la mujer o el hombre que sufre el abuso tendrá la misma protección por la ley. Atendiendo a su punto de vista de naturaleza objetivo, sostiene que no queda al arbitrio del Juez lo que para él es ultrajante, sino lo que para la normalidad excede el límite de desahogo sexual, y se le agrega un contenido “más sádico del autor”. “Haciendo un parangón, no es lo mismo el robo con violencia y además golpes no necesarios a la víctima. Esto debería haber requerido una agravante que los legisladores olvidaron hacer” ⁽²¹⁶⁾.-

Reinaldi sigue la tendencia expuesta por Donna en el sentido que la valoración de la gravedad ultrajante del sometimiento, tanto por su prolongación en el tiempo como por las circunstancias que rodearon su comisión, corresponde ser hecha por los jueces prudentemente, asimismo, éstos serán los que deben evaluar si el sometimiento gravemente ultrajante reviste, objetivamente, dichas características, aunque no deberán entender que su apreciación queda librada a su arbitrio, sino que se deben tomar en consideración lo que para la normalidad excede el límite del desahogo sexual. Subraya que la apreciación de la gravedad del ultraje no queda reservada a la subjetividad de la víctima ya que el grave ultraje se da cuando el agente, con su conducta para con la víctima la reduce a una “cosa” y no cuando la víctima “le parece” que eso ha ocurrido, lo que puede no ser así. Aduna

²¹⁵ En sentido contrario. “La condición prevista en el segundo párr. del art. 119 del Cód. Penal de que el sometimiento sexual sea gravemente ultrajante para la víctima, es un requisito objetivo del tipo y por ello puede y debe ser analizado independientemente del resultado de la acción y desde una perspectiva “ex ante” y consiste en un comportamiento sexual abusivo que por ciertas características de tiempo, modo, lugar, medio empleado, etc. pueda ser calificado “objetivamente” como gravemente ultrajante, sin que importe si la víctima – en el caso, se cuestionaba la aplicación de esta agravante en un menor de tres años de edad – estaba o no en condiciones de “comprender” que está siendo ultrajada”. (C.N. Casación Penal, sala III - 23/02/2004 - Videla, Hugo L. s/rec. de casación) LL 2004-D, 173 - Sup. Penal 2004 - 45

²¹⁶ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 50).



que: “La expresión legal referida al sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima admite la razonable explicación de que ésta es víctima de semejante sometimiento y no que para ésta sea aquél gravemente ultrajante. Para entenderlo de este otro modo, hubiera sido necesario que en el texto legal figurara una coma después de referirse a la configuración del abuso de un “sometimiento sexual” y no la tiene. En vez de expresar “cuando el abuso... hubiera configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”, debió decir “cuando el abuso... hubiese configurado un sometimiento sexual, gravemente ultrajante para la víctima” (217).-

Puntualmente entiendo, tal como aconteció en el caso “González Orlando M.” (218) luego de hacer una reseña de diferentes opiniones, que se debe dejar en claro que el abuso sexual gravemente ultrajante se destaca por su duración, la cual implica una suerte de reiteración o repetición de actos impúdicos que no son ocasionales o circunstanciales y que deben prolongarse temporalmente, es decir más tiempo de lo normal, de modo tal que implique un peligro para la integridad física de la víctima y un innecesario vejamen para la dignidad de la misma. Aclaro que la cuestión temporal o circunstancia fáctica temporal no reviste el carácter de una relación o ecuación de naturaleza cuantitativa ya que ello queda a criterio de la apreciación que va a realizar el juzgador en cada caso en concreto. También este tipo penal contiene la llamada “circunstancia de su realización” lo que trae a colación el hecho alusivo al “plus”, esto es, a la existencia de un acto sumamente dañoso para la víctima en razón de ser el mismo degradante en lo que hace a las modalidades de circunstancias de modo o de lugar, transformándola en un objeto – cosificación de la víctima –. Todo ello lleva al sometimiento ultrajante lo cual constituye un elemento normativo del tipo penal en cuestión. Tal como lo señala atinadamente unas de las vocales del Tribunal, la figura no es más que un injerto de una intermedia, entre la figura base del abuso sexual – art. 119 1º párr. – y de éste con acceso carnal – art. 119, 3º párr. – teniendo en miras, el legislador, tratar de solucionar casos que en el ordenamiento derogado respondían a la misma calificación legal – abuso deshonesto – pero respecto de los cuales la diferencia cualitativa del daño provocado por unos y otros tornaba injusta la aplicación de la misma escala penal. Por otra parte, los casos que se encasillan en este segundo párrafo deben considerarse actos objetivamente impúdicos ya que se pone énfasis en la gravedad de la agresión sexual, como un dato objetivo, con independencia de una especial motivación que haya

²¹⁷ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 91/92).

²¹⁸ (T.S. Córdoba, Sala Penal 2004/09/09 – González Orlando M.) LL Córdoba 2004 – 1017. FIGARI Rubén “Una acertada interpretación judicial sobre el abuso sexual gravemente ultrajante (artículo 119, segundo párrafo del C.P.)” LL Córdoba 2004- 1017.



tenido el sujeto activo al llevarla a cabo. Asimismo, lo gravemente ultrajante son los actos sexuales que objetivamente considerados, presentan una desproporción con el tipo básico al producir en el paciente una humillación más allá de lo que normalmente ya implica el propio abuso sexual simple. Estos actos ya se han ejemplificado más arriba y la jurisprudencia los ha contemplado en su mayoría. Cabe remarcar que este tipo penal, tal como el abuso simple, se lleva a cabo en un marco no consentido o en el caso de un menor de trece años donde el consentimiento no tiene ninguna trascendencia para validar el acto y además la mayor tutela penal se justifica por la natural situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.-

Dentro de las circunstancias de su realización la doctrina y jurisprudencia incluían, para la perpetración del delito, la introducción – en la vagina o en el ano – de objetos de los más variados, dedos, *cunin lingus* e incluso la *fellatio*, cosa que a partir la reforma ha pasado a integrar el tipo del art. 119 párr. 3º, – cosa que se aclarará con mayor detalle al abordar este tema – por lo que varios coincidimos que en este aspecto se ha vaciado de contenido el abuso sexual gravemente ultrajante.-

En efecto, por ejemplo Aboso sostiene que: “La cuestión radica ahora, en cambio, en que en esa nueva regulación la introducción de objetos o partes del cuerpo en las vías señaladas de la víctima vacía prácticamente de contenido al segundo párrafo del art. 119 del Código Penal, que reprime, como señalamos, el abuso sexual agravado por sometimiento gravemente ultrajante. Recordemos acá que el acceso carnal por vía bucal o *fellatio in ore* y la penetración digital, lingual o de objetos por las vías vaginal y anal habían quedado confinados en su interpretación original al abuso sexual agravado por sometimiento gravemente ultrajante de la víctima...”⁽²¹⁹⁾ y propone que en todo caso, lo que debió hacerse y no se hizo fue el de incluir al sometimiento gravemente ultrajante como una causal genérica de agravación de la pena del abuso y la agresión sexual (párrafos primero y segundo del art. 119), a semejanza del art. 180 del Código Penal español⁽²²⁰⁾. Opinión para nada desdeñable.-

Tazza también entiende que la ley 27.352 al modificar el mencionado 3º párr. del art. 119 el texto primitivo ha considerado que la introducción por parte del autor de objeto parte del cuerpo o

²¹⁹ ABOSO Gustavo “La reforma al derecho penal sexual: máxima taxatividad y equiparación de conductas sexuales análogas” LL 2017-C- 939

²²⁰ Idem. (ob. cit. LL 2017-C- 939)



vía vaginal o anal es constitutivo del delito de violación, dejando en cierto modo vacía de contenido la figura del abuso sexual gravemente ultrajante ⁽²²¹⁾.-

Por mí parte considero que hubiera sido adecuado que el legislador hubiese suprimido la figura del abuso sexual gravemente ultrajante – que genera aún en la doctrina y jurisprudencia algunos entredichos – y parigual que el Código Penal español introducir las circunstancias vejatorias y degradantes ⁽²²²⁾ como agravantes del abuso sexual del primer párrafo del art. 119 del C.P. o la agravante del art. 180.1 – tal como se sugiere *ut-supra* – ⁽²²³⁾.-

En la legislación española no se advierte una figura independiente como la nuestra sino que el ejercicio de violencia o intimidación que revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio constituyen agravantes de los delitos de violación y abusos sexuales (art. 180. Inc. 1, art. 181.5) y se aclara que: “No cabe, sin embargo, el concurso entre la cualificación 1ª (carácter particularmente degradante o vejatorio) y el delito contra la integridad moral del art. 173. 1 pues, el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual” ⁽²²⁴⁾.-

En conclusión, en el abuso sexual gravemente ultrajante, quedan incluidos aquellos actos violentos o intimidatorios o a menores de trece años que impliquen, por su duración o por las circunstancias de su realización, un sometimiento o cosificación de la víctima que afecte física y psíquicamente a ésta – como podría ser, por ej. la eyaculación sobre el rostro u otra parte del cuerpo de la víctima – y se descartan – como se venía haciendo antes – los actos en los que se utilizaban “consoladores”, palos, botellas, dedos, *cunnin lingus* o cualquier otro elemento. Todo ello ya no constituye un abuso sexual gravemente ultrajante y pasa a ser abuso sexual con acceso carnal o violación con el consiguiente aumento de la pena. La propuesta deseable hubiera sido eliminar este tipo penal – intermedio – y sustituirlo por un concepto similar a los empleados en los arts. 173.1 párr. 1º o 180. 1 del Código Penal español.-

III-V.- Sujeto activo y pasivo.

²²¹ TAZZA Alejandro (ob. cit. t. I, p. 398)

²²² Al comentar el art. 173.1 párr. 1º MUÑOZ CONDE refiere que el trato degradante alude aquellas acciones que, vayan o no dirigidas a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sean realizadas de tal forma que den lugar a un sentimiento de vejación o de humillación (Cfme. MUÑOZ CONDE Francisco ob. cit. ps. 160/161)

²²³ FIGARI Rubén “La reforma del art. 119 por la Ley 27.352. Cambio de paradigma” eDial – DC2347; www.terragnijusta.com.ar; www.pensamientopenal.com; Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina – Número 3 – Noviembre 2017

²²⁴ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 199).



En forma similar que la figura básica el sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer al igual que el sujeto pasivo.-

III-VI.- Tipo subjetivo.

El delito es de naturaleza dolosa pues consiste en el conocimiento de que se realiza un acto de carácter sexual, sin consentimiento de la víctima y sin que se arribe al coito. A esto se le debe adunar un elemento subjetivo, cual es el *animus* del autor de someter al sujeto pasivo, degradándolo conforme alguna de las modalidades que se explicitaron más arriba ⁽²²⁵⁾.-

III-VII.- Consumación y tentativa.

Si el abuso es reiterado o su forma se extiende en el tiempo la consumación del ilícito se da en el momento en que excede el tiempo normal y en tanto y en cuanto se produce el sometimiento sexual gravemente ultrajante. Si esto tiene lugar en un acto único, allí se produce la consumación ⁽²²⁶⁾. Se admite la tentativa, pues están dados todos los elementos que concibe la figura básica.-

IV.- ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (VIA ANAL, VAGINAL U ORAL) O ACTOS ANÁLOGOS CON INTRODUCCIÓN DE OBJETOS U OTRAS PARTES DEL CUERPO

El párrafo tercero contenido en el art. 119 según la ley 27.352 ha quedado acuñado de la siguiente manera: *“La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”*. Tal como ha ocurrido con las otras figuras en esta tipología, que se corresponde con el anterior

²²⁵ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 51); ESTRELLA considera que no se requiere en el autor ningún ánimo o específica intención, que puede ser cualquiera (Cfme. ESTRELLA Oscar ob. cit. p. 87). En igual sentido CLEMENTE José (ob. cit. p. 84); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 29).

²²⁶ Idem (ob. cit. p. 51).



delito de violación, ha desaparecido dicha rúbrica para constituir un subtipo agravado del abuso sexual simple que se diferencia por la existencia del acceso carnal.-

IV-I.- Antecedentes históricos nacionales.

Como el núcleo de la figura en cuestión es el “acceso carnal”, siempre es necesario a los fines de su determinación concreta del significado recurrir a las fuentes históricas para así posibilitar a través de los diferentes proyectos y Códigos precedentes, hasta llegar a la normativa vigente, sobre cuál ha sido el perfil gramatical o teleológico del concepto.-

El Código Tejedor en el libro II, sección I, título III “De los crímenes y delitos contra la honestidad”, capítulo II, arts. 252 y 253 – “De la violación” – prescribía que: “*Se comete delito de violación cuando empleando la violencia física ó amenazas de un peligro inminente y actual para el cuerpo ó la vida se obliga á una mujer á sufrir aproximación sexual contra su voluntad*”⁽²²⁷⁾. Luego señalaba: “*Se reputa cometido el mismo delito: 1) cuando la víctima se halle privada de la razón ó de sentido por narcóticos ú otros medios á este objeto; 2) cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas*”⁽²²⁸⁾. El art. 254 establecía que: “*La pena de la violación será de tres años de prisión si recae en mujer honrada... (229). Se disminuía la pena si la mujer era prostituta y se aplicaban las penas de los artículos anteriores “al reo de sodomía”.-*

El Proyecto de Villegas-Ugarriza-García de 1881 abordaba el tema en el Título VI denominado “De los delitos contra el orden de las familias y la moral pública”, y en el capítulo II trataba de la “Violación, estupro, corrupción de menores, rapto, ultrajes públicos á las buenas costumbres”. Así en los arts. 269 y 270 definían el delito de violación como el que: “*Se comete delito de violación cuando empleando la violencia física, ó amenazas de un peligro inminente ó actual, se obliga á una mujer á sufrir la aproximación sexual contra su voluntad*”. “*Se reputará cometido el mismo delito 1) cuando la víctima se halle privada de razón ó de sentido por cualquier causa; 2) cuando fuera menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas*”. El art. 271 establecía: “*La pena de la violación será la prisión mayor, si*

²²⁷ Vid Nota de Tejedor en ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel (ob. cit. t. I, p. 373).

²²⁸ Vid Nota de Tejedor en Idem (ob. cit. t. I, ps. 373/374).

²²⁹ Vid Nota de Tejedor en Idem (ob. cit. t. I, p. 374).



se hubiera ejecutado sobre persona honrada, mayor de quince años cumplidos, y de la penitenciaría menor si fuese menor de esta edad...”. Las penas fijadas eran similares a las establecidas en el Código Tejedor.-

El Código de 1886 en el Título III cambiaba la rúbrica por la de “Delitos contra la honestidad” y en el Capítulo II “De la violación” disponía en su art. 127 que: “*Se comete violación en cualquiera de los casos siguientes, cuando ha habido aproximación sexual, aunque el acto no llegue á consumarse: 1) cuando se usa fuerza ó intimidación; 2) cuando la mujer se halle privada de razón ó de sentidos por cualquier causa; 3) cuando la mujer sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los incisos anteriores*”. El art. 128 estipulaba: “*La pena contra la violación será: 1) De seis á diez años de penitenciaría, si la mujer violada fuese casada ó menor de doce años;... 3) si la mujer violada fuese honrada, la pena será de penitenciaría por tres á seis años; 4) si fuese prostituta, la pena será de arresto de un mes á seis*”. La sodomía se castigaba con las mismas penas.-

El Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891 introduce dos modificaciones de suma importancia, pues se deja de lado el término “aproximación sexual” por la palabra “concúbite” y el sujeto pasivo pasa a ser de “mujer” a “persona de uno u otro sexo”. En efecto, en el Título II “Delitos contra la honestidad”, Capítulo I “Violación, estupro y ultrajes al pudor” en el art. 146 se establecía: “*Será reprimida con penitenciaría de tres á diez años, la persona que tuviere concúbite fuera del matrimonio, con persona de uno ú otro sexo en los casos siguientes: 1º Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2º Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón ó de sentido, ó por enfermedad ó cualquiera otra causa no pudiera resistir; 3º Cuando se usare fuerza ó intimidación*”⁽²³⁰⁾.-

El Proyecto Segovia de 1895 en el Título II “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres” en el Capítulo II “Violación, estupro y ultraje al pudor” en el art. 162 reproducía el texto del Proyecto de 1891 solamente cambiaba la pena que era de dos a seis años de penitenciaría, hablaba de víctima menor de doce años cumplidos y presentaba únicamente dos incisos y en el caso de fuerza o intimidación la pena se agravaba de tres a seis años de penitenciaría y cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o de sentido, o por enfermedad o por cualquiera otra causa no pudiera consentir. En tanto que se imponían agravantes en los supuestos de estupro, art. 163, y en el

²³⁰ Vid Exposición de Motivos en Idem. (ob. cit. t. III, ps. 409/410.).



abuso del error de una mujer casada fingiéndose su marido y tuviese con ella comercio carnal, art. 164. El art. 165 en dichos casos aumentaba un tercio a la mitad la pena: 1º. Cuando resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima; 2º. Cuando se cometiere el hecho con un sacerdote mediante abuso de su ministerio, para ascendiente descendiente, legítimo natural, o afín en línea recta ascendiente o descendiente, o por un hermano o un encargado de la educación o guarda de la persona ofendida y 3º. Cuando fuere cometido en el concurso con dos o más personas. El art. 166 aplicaba la pena de doce años hasta tiempo indeterminada si resultare la muerte de la persona ofendida en los casos del art. 162 y la de presidio por diez a quince años en los del art. 163.-

El Código de 1903 (Ley 4189) en el Título III “Delitos contra la honestidad” Capítulo II “De la violación” en el art. 19 reemplazaba los arts. 127 a 138 del Código de 1886 por el siguiente texto: *“a. Será castigado con penitenciaría de seis á quince años, la persona que tuviere concúbito fuera del matrimonio, con persona de uno ú otro sexo, en los casos siguientes: 1º. Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2º. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón ó de sentido ó por enfermedad ó por cualquier otra causa, no pudiera resistir. 3º. Cuando se usare de fuerza o intimidación... d) La pena será de presidio quince a veinte años cuando en los casos del número a) resultare un grave daño en la salud de la víctima o cometiere el hecho de un ascendiente descendiente, afín en línea recta, hermano, encargado de la educación o guarda de la niña, sacerdote o con el concurso de dos o más personas; c) Cuando el caso del número b) resultara alguna de las circunstancia comprendidas en el número anterior se aplicará penitenciaría de seis a diez años. En los casos de ambos números se resulta la muerte de la persona ofendida se le impondrá la pena de diez a veinticinco años de presidio”.-*

Recién en el Proyecto de 1906 aparece la fórmula “tener acceso carnal” introducida en su art. 121 que rezaba: *“Será reprimido con prisión de tres á diez años, el que tuviere acceso carnal con personas de uno ú otro sexo en los casos siguientes: 1º Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2º Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón ó de sentido ó por enfermedad ó por cualquier otra causa, no pudiera resistir. 3º Cuando se usare de fuerza o intimidación”.* El art. 124 decía: *“La prisión será de tres a quince años cuando en los casos del art. 121 resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote, o encargado de la educación o guarda de aquélla, o con el concurso de dos o más personas”.* El art. 126 consignaba: *“Se impondrá presidio de quince a*



veinticinco años cuando en los casos en el arts. 121 y 122 resultare la muerte de la persona ofendida”. Esta fórmula, pasa al Proyecto de 1917 (art. 119) aumentándose la pena de seis a quince años de reclusión o prisión y finalmente se incorpora al “Código de 1921”.-

El Proyecto Coll-Gómez de 1937 en el Título II “Delitos contra la honestidad” en el art. 160 disponía: “*Se impondrá reclusión o prisión de diez a diez y ocho años, al que tenga acceso carnal con otro en los casos siguientes: 1º Cuando mediare violencia o intimidación; 2º Cuando la víctima fuere no mayor de catorce años; 3º. Cuando la víctima tuviera menos de diez y seis años y el autor fuere ascendiente, tutor, guardador o persona a quien el menor le hubiere sido confiado para su educación o instrucción profesional, para su custodia o para cualquier trabajo a realizar bajo su autoridad o dependencia; 4º. Cuando la víctima padeciere alienación mental o se encontrare, por cualquier causa, en estado de inconsciencia; o si, por inferioridad psíquica o física, no pudiere resistir.*”. El art. 161 decía: “*Se impondrá prisión de reclusión de diez y ocho a veinticinco años, si en los casos del artículo anterior, y a consecuencia del hecho, resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las previstas en los artículos 128 y 129, o si el hecho se realizare con el concurso de dos o más personas*”.-

El Proyecto Peco de 1941 en el Título V “Delitos contra las buenas costumbres” Capítulo I “Delitos contra la libertad sexual” en el art. 186 (violación) se disponía: “*Al que, fuera del matrimonio o del concubinato, tuviere acceso carnal con otra persona, se le aplicará privación de libertad de dos a seis años, en los casos siguientes: 1º Si mediare fuerza o intimidación; 2º Si la víctima no tuviere doce años cumplidos; 3º Si la víctima padeciere de enajenación mental o se hallare en estado de trastorno mental transitorio; o si por cualquier causa se encontrare indefensa*”⁽²³¹⁾.-

El Proyecto de 1951 en el Título V “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres” en el Capítulo I “Delitos contra la libertad sexual” el art. 264 consignaba: “*El que tuviere acceso carnal con otra persona, se impondrá prisión de seis a quince años cuando: 1º mediare violencia física o amenaza; 2º El sujeto pasivo no tuviera capacidad de comprender o de querer o, por cualquier circunstancia no hubiere podido evitar el hecho; 3º La víctima no hubiere cumplido doce años*”. El art. 268 decía: “*Al funcionario público que tuviere acceso carnal con una persona detenida, que se hallare bajo su custodia en razón de su oficio o que le hubiere sido*

²³¹ Vid Exposición de Motivos en Idem (ob. cit. t. V ps. 268/273).



confiada en ejecución de una providencia de la autoridad competente, se impondrá prisión de uno a tres años”.-

El Proyecto de 1953 adoptaba el Título V y el epígrafe “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres” y en el Capítulo I se seguía con la denominación “Delitos contra la libertad sexual” y el art. 192 disponía: *“El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo se le impondrá prisión de cinco a quince años: 1º Cuando se empleare violencia o intimidación; 2º Cuando la víctima se encontrare en la imposibilidad de resistir; 3º Cuando la víctima no hubiera cumplido doce años”*. El art. 195 tenía similar redacción al art. 268 del Proyecto de 1951.-

El Proyecto Soler de 1960 denominaba en el Título III “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual” y en el capítulo I “Violación, estupro y abuso deshonesto” en el art. 156 punía el hecho de la siguiente forma: *“Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos: 1º Cuando se usare de violencia corporal o intimidación; 2º Cuando la víctima fuere menor de doce años; 3º Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando, por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir”*. El art. 159 disponía: *“La reclusión o prisión será de ocho a veinte años cuando los casos de los artículos 156, resultare un grave daño en la salud de la víctima o cuando el autor fuere un ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, afín en línea recta, hermano o encargado de la educación, guarda o custodia de aquella, o cuando en la ejecución del hecho concurrieren dos o más personas”* y el art. 161 establecía: *“Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de reclusión no menor de diez años en el caso de violación, y reclusión o prisión de cuatro a diez en el caso estupro. Si además el hecho hubiere sido cometido por alguna de las personas enumeradas en el art. 159 la pena será de reclusión perpetua en el caso de violación y de reclusión prisión de ocho a quince años en el caso de estupro”*.-

La ley de *facto* 17.567 no produce ninguna modificación en la normativa del art. 119, como tampoco lo hace la 21.388. El Proyecto de 1979 (art. 161) reitera la redacción del Proyecto de 1960.-

La ley 25.087 introduce las modificaciones sustanciales anteriores a la 27.352.-

El Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del M.J.D.H.N. bajo el Título V “Delitos contra la integridad y la libertad sexual” en el art. 154 (violación) establece: *“Se impondrá prisión de cuatro a doce años al que con violencia o intimidación, o aprovechando que la víctima por*



cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción, penetrare a otro por la vagina o el ano. Se impondrá la misma pena, cuando la víctima fuera menor de trece años. En los supuestos de los párrafos anteriores, se impondrá igual pena al que penetrare a otro por la boca. La pena será de seis a quince años de prisión: a) Si el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) Si el autor fuera ascendiente por consanguinidad o afinidad, tutor, curador, encargado de la educación o guarda de la víctima; c) Si la víctima fuera menor de diez años; d) Si el hecho fuere cometido por un funcionario público, en ocasión de sus funciones. Será reprimido con las mismas penas, el que, sin realizar las acciones por sí mismo, facilitare por cualquier medio su comisión por otro” (232).-

El Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal de 2014 en el Título V “Delitos contra la integridad y la libertad sexual” en el art. 126 disponía: “1. Se impondrá prisión de seis a quince años, al que practicare coito vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los siguientes supuestos: a) mediando violencia o intimidación; b) cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción. 2. el máximo de la pena será de diez y ocho años de prisión: a) Cuando la víctima fuere menor de trece años, aunque mediare consentimiento; b) Si el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; c) Cuando el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima; d) Si el hecho fuere cometido por un funcionario público, en ocasión de sus funciones. e) Si el hecho fuere cometido por dos o más personas o con arma real o simulada” (233).-

Finalmente, la ley 27.352 modifica el 1º párr. del art. 119 eliminando la frase “persona de uno u otro sexo” y en el 3º párr. la configuración que se transcribe al principio del acápite IV.-

Si bien se observa, de acuerdo a la evolución legislativa que ha ido cambiando sus términos, en un principio se hablaba de “aproximación sexual”, luego de “concúbite” y finalmente de “acceso carnal”, esto no hace más que evidenciar que se ha ido trabajando sobre la misma base conceptual, porque la última acepción tiene los mismos alcances que los que se mencionaron. “En este sentido y a mayor abundamiento cabe transcribir en forma textual las palabras de Moreno (h) quien señaló: “Para calificar la acción que debe ejercitarse se usan términos distintos: Tejedor habla de aproximación sexual; Villegas, Ugarriza y García de aproximación sexual y el Código de 1886 usa la misma expresión, el Proyecto de 1891 se refiere a concúbite, el de 1906 emplea los términos de

²³² Vid Exposición de Motivos.

²³³ Vid Exposición de Motivos.



acceso carnal; y el Código vigente reproduce estos últimos. *Pero todos ellos expresan un mismo y único concepto, entendiéndose que el delito se ejecuta por la unión sexual completa en las condiciones determinadas por la ley*”⁽²³⁴⁾.-

IV-II.- Bien jurídico protegido. Remisión.

A los efectos de consignar el bien jurídico protegido entiendo pertinente remitirme a todo lo dicho al respecto en el acápite I.-

IV-III.- Consideraciones previas.

Lo que resulta realmente trascendente es como se redefine el párr. 3º del art. 119 a partir de la reforma introducida por la ley 27.352 pues ello trae a colación una serie de cuestiones que forzosamente se deben volver a analizar, ya que tanto la doctrina como jurisprudencia habían tomado rumbos disímiles en cuestiones interpretativas con respecto a la polémica frase “por cualquier vía” que parece ser despejada en virtud de esta reforma, aunque esto no acaba ahí.-

Señala atinadamente Buompadre que el delito de violación ha tenido en la historia del Código penal tres etapas bien definidas a saber: la primera, tiene su origen en el Código penal de 1921, hasta el año 1999, durante la cual el delito consistió en “*tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo*”, mediante violencia real – inc. 1, art. 119 – o violencia presunta – incs. 2 y 3, art. 119 –. La segunda etapa data desde el año 1999 hasta el año 2017, a raíz de la reforma de la ley N° 25.087, en la que impuso al artículo 119 un nuevo texto cuyo tenor significó una transformación significativa del delito, pues de constituir una figura autónoma durante todo el transcurso de la primera etapa, pasó a configurar un tipo agravado de abuso sexual, con sus propias circunstancias de agravación. El párrafo 3ro. del art. 119 introducido por dicha ley prescribió una pena de seis a quince años de reclusión o prisión “*cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*”. Finalmente, la última etapa, tiene inicio con la reforma de la Ley N° 27.352 3,

²³⁴ TENCA Adrián (ob. cit. p. 77/78) citando a MORENO (h) Rodolfo (ob. cit. t. IV ps. 237/38).



cuyo nuevo texto del art. 119 sanciona con la misma pena cuando, “*mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*”⁽²³⁵⁾. Texto por otra parte que no es novedoso pues ya figuraban en el Código Penal español (art. 179⁽²³⁶⁾); el Código Penal colombiano (art. 212⁽²³⁷⁾); el Código Penal chileno (art. 363⁽²³⁸⁾); el Código Penal venezolano (art. 374⁽²³⁹⁾); el Código Penal peruano (art. 170⁽²⁴⁰⁾); el 10 U.S. Code (el § 920⁽²⁴¹⁾); la Sexual Offences Act 2003⁽²⁴²⁾; el Código Penal portugués (art. 164⁽²⁴³⁾), entre otros⁽²⁴⁴⁾ y también en la disidencia que había realizado la Dra. María Elena Barbagelata en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014.-

IV-IV.- Conducta típica. Acceso carnal.

²³⁵ BUOMPADRE Jorge “*El delito de violación...*” (ob. cit. en www.pensamientopenal.com.ar)

²³⁶ Art. 179. “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.”

²³⁷ Art. 212. “Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.”

²³⁸ Art. 363. “Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes (...).”

²³⁹ Art. 374. “Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años (...).”

²⁴⁰ Art. 170. “Violación sexual. El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años (...).”

²⁴¹ El inciso g) contiene distintas definiciones aplicables a esa sección, entre las que nos interesan ahora, la definición de acto sexual (“sexual act”) que abarca la penetración, aunque sea leve, de la vagina, el ano o la boca, o de cualquier otra parte del cuerpo o con algún objeto, con la intención de abusar, humillar, hostigar o degradar a cualquier persona o excitar o gratificar el deseo sexual de un tercero.

²⁴² En la Parte Primera de la Sexual Offences Act 2003 se define la violación (“rape”) como la penetración intencional de la vagina, el ano o la boca de cualquier persona con el pene, sin consentimiento expreso presunto del afectado. A su vez, se define la agresión con penetración (“assault by penetration”) como la ofensa cometida por una persona con la intención de penetrar sexualmente la vagina, el ano de otra persona con una parte de su cuerpo o con algún objeto sin consentimiento expreso o presunto del afectado.

²⁴³ Art. 164. “Violação. 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.”

²⁴⁴ Ejemplos dados por ABOSO Gustavo en “*La reforma...*” (ob. cit. LL 2017-C- 939)



Queda claro que en el caso de marras al aludir la norma con la expresión: "...cuando mediando las circunstancias del primer párrafo" está remitiendo a la mediación de 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 ha podido consentir libremente la acción, todas estas actitudes que fueran analizadas. Hecha esta advertencia, quizás superflua, pero no por ello menos trascendente, se entrará a analizar la conducta típica.-

El núcleo típico de la figura lo constituye la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona por vía normal o anormal, de modo de hacer posible el coito o acto equivalente sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir, que se produzca la eyaculación (*inmissio seminis*) ni que la penetración sea completa (*inmissio penis*)⁽²⁴⁵⁾. Así la ley requiere sólo la penetración cualquiera sea su intensidad aunque solamente fuera superficial, bastando para ello el llamado "coito vestibular o bulbar". Con ello se deduce que no ha menester la defloración y se descartan los actos de acercamiento o tocamiento sexuales que no importen una penetración física del órgano genital masculino, tales como los actos de molicie, los torpes desahogos o el coito interfémora⁽²⁴⁶⁾ ⁽²⁴⁷⁾.-

²⁴⁵ FIGARI Rubén "*Casuística...*" (ob. cit. p. 363); FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V. p. 63); NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III vol. II p. 248); URE Ernesto "*Los delitos...*" (ob. cit. p. 15); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 95).

1- "No obsta para tener configurado el delito de abuso sexual con acceso carnal el hecho de la que la menor se haya higienizado luego del acto sexual, pues no resulta esencial que la eyaculación haya tenido lugar dentro del cuerpo de la víctima". (C. Crim. 1^º Nom. Catamarca 2009/3/10 - Vizcarra Juan Ramón) LL NOA 2009 - 56.

2- "El delito de violación se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración aunque no fuera perfecta o completa, haya o no habido eyaculación - en el caso, se tuvo por consumado el delito al haber introducido, el acusado, su órgano sexual a la víctima en la boca durante unos pocos segundos -, tratándose de un delito instantáneo pues se consuma y desaparece, no requiriendo resultado material alguno". (C.N Casación Penal, sala III - 04/02/2004 - Ramírez, Sergio M. s/rec. de casación) LL Sup.Penal 2004- 2, con nota de Eduardo Aguirre Obarrio.

3- "No obsta a la configuración del delito de abuso sexual con acceso carnal que el acceso peneano no haya sido profundo -en el caso, le había provocado a la menor doble desgarró del himen-, pues para el ataque a la libertad sexual que significa haber procedido contra la voluntad de la víctima, basta una introducción parcial, no siendo exigible para la consumación plena, la perfección fisiológica del acto". (C. 1ra Crim. Rio Cuarto - 27/09/2004 - Rivera, Manuel O.) LL 2005 - 450.

4- "El delito de abuso sexual con acceso carnal se satisface sin necesidad de que el órgano masculino ingrese en el introito vaginal totalmente y menos que la eyaculación se produzca en este recipiente, pues el coito vestibular satisface la consumación del delito por cuanto implica, por sí, el ataque a la integridad sexual, con penetración, la que se verifica por el ingreso del miembro entre los pliegues externos que protegen la vulva, como labios menores y mayores". (C.1a Crim. Salta - 23/08/2004 - L., V.) LLNOA 2005- 794.

²⁴⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. t. III. p 282); TENCA Adrián (ob. cit. p. 77); MORAS MON Jorge "*Los delitos de violación y corrupción*" Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 20; LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 136); DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 83) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 599); ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 98/99); CREUS Carlos - BOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 211).

²⁴⁷ 1- "El acceso carnal que tipifica el delito de violación no debe necesariamente alcanzar su perfección fisiológica por lo que aun siendo parcial configura el delito referido". (CCivil, Com. Crim. y Correc. Pergamino, noviembre 28 996. S., A.



En cuanto a lo referente a la conjunción copulativa existen dos concepciones que se han dado a través del tiempo y que en cierta forma han determinado el alcance del concepto: a) la biológica que atiende la problemática desde un ángulo eminentemente fisiológico que impone el acoplamiento por vías naturales del cuerpo de la víctima, normales o anormales. De esta manera a la primera las ubica únicamente en el conducto vaginal, es decir, que accede el hombre y es accedida la mujer, o sea, es el denominado coito normal. Pero ante la posibilidad de reacciones eróticas similares, ya sea por dotación glandular o sensibilidades de zonas erógenas se admite también la vía rectal femenina o masculina. Este criterio impone una visión concreta y aproximada del órgano apropiado para el coito propiamente dicho; b) la otra concepción es la jurídica, que es donde los límites del acceso carnal se amplían en forma considerable admitiendo toda actividad directa de la libido, natural o no en la que exista una intervención de los genitales del actor, que pueda representar el coito, o una forma degenerada o equivalente de éste ⁽²⁴⁸⁾.-

Así se arriba a que no hay controversia en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a que el acceso carnal puede ser por vía normal (vaginal) o anormal lo que incluye el coito rectal o anal, homo o heterosexual y eventualmente el bucal tal como se ha consignado actualmente por medio de la ley 27.352.-

Sin reflejar un pronunciamiento en favor de un criterio u otro, por ejemplo Soler define el acceso carnal como la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal. “Es una enérgica expresión – refiriéndose al acceso carnal – que significa la penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. Esta inteligencia se deduce, además, de la referencia que hace el C.P., 127, a otros abusos deshonestos *sin que haya acceso carnal*. Al referirse la ley a “acceso carnal” clara y castizamente descarta que se puedan considerar como violación los actos de

E.), LLBA, 1997215.-

2- “El delito de violación no exige un acto sexual completo, bastando la penetración para tener por consumado el delito”. (CNCrim. y Correc., sala VI, agosto 30 991. Veira, Héctor R.), LL, 1992B, 58 DJ, 1992167 JA, 1991IV345 ED, 144326.

3- “Para la consumación del delito de violación no se requiere que la penetración del miembro viril sea perfecta, como así tampoco que el acto sexual se agote fisiológicamente, bastando con que el acceso carnal sea parcial”. (CNCrim., sala III, noviembre 28 981 P., A. C.), ED, 97539.

4- “El delito de violación contemplado en el art. 119 del Cód. Penal no requiere para su configuración la perfección fisiológica del acto sexual o el ingreso en el conducto vaginal”. (SC Buenos Aires, mayo 11 982 Demichelis, Luis O. y otro), DJBA, 12377.

²⁴⁸ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. ps. 391/393).



molicie, los torpes desahogo, mientras no importe unión sexual, conjunción, penetración normal o abnorme... no se requiere un acceso carnal completo o perfecto, bastando que haya penetración; pero ésta es necesaria pues la ley vigente ha sustituido los términos vagos “aproximación carnal” del P. Tejedor o “aproximación sexual” del P. Villegas-Ugarriza-García, por la frase que ahora emplea. No es necesaria la desfloración; pero no es bastante el *coitus inter femora*” (249).-

De acuerdo a la óptica de Ure la acepción “acceso carnal” se entiende como la penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal (250).-

Núñez consigna que empuja a la carencia de antecedentes explicativos de la fórmula no ha impedido a la doctrina llegar a un absoluto acuerdo por lo menos acerca de que “tener acceso carnal” significa introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima. Agrega que: “la posibilidad de que el acceso sea con “persona de uno u otro sexo” (art. 119), señala en forma indudable que la ley no sólo se refiere al ayuntamiento carnal, según natura, entre un varón y una mujer, por la vía copulativa de ésta, sino también el concúbito contra natura por vía rectal” (251).-

Donna considera que no hay duda de que el acceso carnal es la penetración del órgano masculino en la vagina de la mujer, considerando de esta manera el concepto básico de acceso carnal, dentro de una concepción cultural más conservadora, ahora, si se busca un concepto más amplio, que abarque una idea de lo sexual no discriminadora del “otro”, se puede extender la idea de acceso carnal a la penetración del órgano masculino vía anal. “En estos dos conceptos se engloba la idea de acceso carnal, como forma análoga de cópula sexual. Como el término es normativo, varía según las épocas, de allí que el legislador debe esforzarse en conceptualizarlo más. Pero está claro que se trata de un concepto de claro contenido sexual y, además, que tiene que ver con el acto sexual básico” (252).-

Creus - Buompadre en forma contundente sostienen que como el acceso carnal abusivo tiene como sujetos pasivos posibles tanto la mujer como el hombre, hay que concluir que la penetración es

²⁴⁹ SOLER Sebastián (ob. cit. t. III ps. 281/282).

²⁵⁰ URE Ernesto (ob. cit. “Los delitos...” p. 15).

²⁵¹ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III. vol. II, p. 248); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 95)

²⁵² DONNA Edgardo (ob. cit. p. 61).



típica tanto cuando se realiza por vía vaginal como cuando se la realiza por vía anal ⁽²⁵³⁾. En igual sentido Fontán Balestra ⁽²⁵⁴⁾, Peco ⁽²⁵⁵⁾, Manigot ⁽²⁵⁶⁾, Pagano (h) ⁽²⁵⁷⁾, Estrella - Godoy Lemos ⁽²⁵⁸⁾, etc..-

Este es un panorama un tanto sintético de lo que la doctrina entendía por el acceso carnal, término, también usado por la legislación española, pero que ha traído ciertos cuestionamientos en cuanto a su verdadera concepción y la ley 27.352 creo que ha perdido la oportunidad de corregir o de suplir dicho concepto mutándolo por otro más conciso como sería el de “penetración”, teniendo en consideración lo abarcativo en cuanto a las modalidades ejecutivas del párr. 3º del art. 119.-

Si se toma en cuenta los antecedentes legislativos nacionales se puede observar que tanto el Código Tejedor, el Proyecto de 1881, el Código de 1886 han utilizado el término “aproximación sexual” y el Proyecto de 1891 alude al “concúbito” y el sujeto pasivo pasa a ser de “mujer” a “persona de uno u otro sexo”, también lo hacía el Proyecto Segovia de 1895, y el Código 1903 – ley 4189 –. Recién inopinadamente en el Proyecto de 1906 aparece la fórmula “tener acceso carnal”, luego pasa al Proyecto de 1917 para plasmarse en el “Código de 1921”. Posteriormente se reitera en los Proyectos de 1937, Proyecto Peco de 1941, Proyecto de 1951, Proyecto de 1953, Proyecto de 1960, leyes *de facto* 17.567, 21.338 y Proyecto de 1979. La ley 25.087 (B.O. 14/5/99) solamente cambia la expresión “tuviere acceso carnal” por la de “hubiere acceso carnal”. Es en el Anteproyecto de reforma del M.J.D.H.N. que se cambia la frase en cuestión por la palabra “penetrare” y se aumenta la pena cuando la acción se realizare por la boca. En el Anteproyecto de reforma integral del Código Penal de 2014 se utiliza la palabra “practicare coito” con la disidencia de la Dra. María Elena Barbagelata que propone el término “penetrare”. En mi colaboración aportada al mencionado Anteproyecto también sugerí el término “*penetrar*” con el aditamento “*con el pene*”, en el entendimiento que ese era significado que la doctrina y jurisprudencia le habían dado al verbo “*acceder*” ⁽²⁵⁹⁾. Por otra parte se debía tener en cuenta el art. 18 sobre los fundamentos para la

²⁵³ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 209).

²⁵⁴ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 63).

²⁵⁵ PECO José “*El delito de violación*” L.L. - 5 - 42.

²⁵⁶ MANIGOT Marcelo “*El Código Penal anotado y comentado*”, t. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 369.

²⁵⁷ PAGANO (h) José - RODRIGUEZ GRONDONE Carlos “*Manual de Derecho Penal*”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 41.

²⁵⁸ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 419).

²⁵⁹ FIGARI Rubén “*Tratamiento de los delitos sexuales en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación*” en ZAFFARONI Eugenio - CARLES Roberto (Directores), BAILONE Matías (Coordinador) “*Anteproyecto del Código Penal de la Nación. Aporte para un debate necesario*” Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 900.



determinación de la pena: "...4. En todos los casos serán circunstancias de máxima gravedad: ...b) La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual..." con lo cual podía incurrirse en el "abuso sexual gravemente ultrajante", figura que no estaba contemplada.-

Villada también apoyaba la fórmula propuesta por Barbagelata en estos términos: "El delito – conforme al *anteproyecto* –, consiste en "*practicar coito*" con persona de uno u otro sexo, por vía vaginal, anal u oral. Desde ya es plausible que sea explícito en cuanto a las cavidades receptantes pero poco claro respecto al sujeto activo. Es que "practicar el coito", es un acto bilateral y sigue dando lugar a que se incluya la violación inversa. Con lo dicho, la fórmula propuesta por Barbagelata nos parece mejor ("penetración por vía anal, vaginal u oral")" (260).-

Precisamente Buompadre realiza un repaso de lo que acontece a través de los antecedentes mencionados con el término que se que se critica a partir del verbo "yacimiento" manifestando que históricamente y sobre todo desde el Código penal español de 1848, – que es el digesto que introduce la fórmula que habría de permanecer invariable por varias décadas, acaso siglos –, la violación sexual se caracterizó como el *yacimiento con una mujer*, empleando fuerza o intimidación, hallándose la víctima privada de razón o de sentido o cuando fuera una menor de doce años El término "yaciendo" era interpretado por la doctrina de la época como "penetración heterosexual vaginal", de manera que otras modalidades posibles de la conducta, por ejemplo, penetraciones anales heterosexuales u homosexuales, quedaban marginadas del tipo de violación para pasar a configurar hipótesis de abusos deshonestos, delito que, por propia definición, excluía la posibilidad de penetración sexual. El yacimiento, entonces, era la conducta rectora, nuclear, del delito de violación en los mencionados precedentes, siendo entendida por la doctrina de la época como equivalente a "acceso carnal". Lo cierto es que, tanto el término yacimiento como acceso carnal, tienen, en el fondo y desde el punto de vista del Derecho penal, el mismo significado, debiendo entenderse – ambas hipótesis – como "penetración", y el concepto de penetración implica, materialmente, la introducción de una cosa en otra. Entonces, para un grupo de autores, cuyas opiniones datan de finales del siglo XIX y principios del XX, la expresión yacimiento era equiparada al concepto de cópula, por lo que no sólo se requería la penetración del órgano genital masculino en la vagina de la mujer, sino también la "*seminatio intra vas*", esto es, la eyaculación. Continúa

²⁶⁰ VILLADA Jorge "Reflexiones en torno al Anteproyecto de Reforma al Código Penal en materia de delitos sexuales" en Idem. (ob. cit. p. 822).



relatando el autor que otro sector de la doctrina ha estimado que la expresión yacimiento debe ser entendida como “simple aproximación de los sexos”, aunque no hubiere penetración sexual. En opinión de Salvagno Campos, la perfección del delito no requiere la penetración, es suficiente con la aproximación sexual. Término que se utilizó en el Código Tejedor, Proyecto de 1881 y Código de 1886, pero que es criticado, con acierto por Buompadre por su inespecificidad y porque abría un campo muy amplio de discrecionalidad por parte del juzgador.-

Por último, otro grupo de autores sostiene una interpretación intermedia o mixta del concepto, poniendo el acento en la idea de penetración sexual, sea total o parcial, en la vagina de la mujer. Según esta opinión – sostenida mayoritariamente en la doctrina –, el concepto de yacimiento implica la *coniunctio membrorum*, aunque sea incompleta, esto es, la penetración del pene en órgano genital femenino, aunque fuera superficialmente – pero siempre que exista introducción –, resultando totalmente indiferente que la penetración sea total o parcial o que hubiera habido eyaculación. Coincidiendo con González Rus en que ésta última resulta ser la tesis más aceptable. Yacimiento no significa otra cosa que penetración sexual. Así debió ser entendido el concepto en aquellas épocas históricas y así debe ser hoy entendido.-

Continúa refiriendo el comentarista que el término yacimiento que existía en los viejos precedentes españoles, fue sustituido con la reforma de 1978, por la que se introdujo el concepto de “acceso carnal” en el artículo 434 del Código penal, que regulaba el delito de estupro de prevalimiento, en los siguientes términos. “*La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menos de dieciocho, prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado*”. Así concluye que la acción típica del delito de violación, en definitiva, yacimiento y acceso carnal tienen un mismo significado, conceptual y jurídico, pues ambos implican la penetración del miembro sexual masculino en cavidad natural de la víctima que, si bien en los precedentes históricos se limitó a la vagina de la mujer, en la actualidad se ha ampliado al ano y a la boca, tanto de un hombre como de una mujer, mientras que la introducción – penetración – de partes del cuerpo humano u objetos se ha limitado sólo a las dos primeras vías –vagina y ano – (art. 119, 3er. párr., CP) ⁽²⁶¹⁾.-

²⁶¹ BUOMPADRE Jorge “Violación...” (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)



Teniendo en consideración que prácticamente las innovaciones en este párrafo se han nutrido, en su fuente del art. 179 el Código Penal español es interesante aludir a algún comentario doctrinario al respecto. Estimo que es más representativo es Muñoz Conde quien señala que el círculo de sujetos activos que puede llegar a cometer la calificante del art. 179 depende de la conducta que se realice, de esta manera, por ej. no hay duda que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos de la modalidad cualificadora consistente en la introducción de objetos – palo, dedo (i), etc. – y a cavidades – vaginal o anal – que tengan una evidente connotación sexual – meter un cucharita de café o un dedo en la boca o en el oído no puede constituir esta modalidad agravada e incluso no constituirá una verdadera agresión sexual –. Cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal o bucal parece evidente que el sujeto activo puede serlo el hombre, siendo indiferente que el sujeto pasivo de tal penetración sea hombre o mujer. Más compleja es la respuesta cuando el sujeto activo del acceso carnal es una mujer “un acceso carnal con sujetos activo y pasivo, femeninos, conseguido mediante violencia o intimidación puede incluirse, desde luego, en el tipo cualificado del art. 179 sin violentar el sentido literal posible de “acceso carnal”, entendido como relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé la penetración, bastando, pues, la práctica fricativa o “*coniunctio membrorum*”. Pero el problema es más carácter valorativo que gramatical: ¿debe ser valorada penalmente una relación de este tipo así conseguida como las otras conductas de penetración? La cuestión se complica aún más cuando el sujeto activo es femenino pero el sujeto pasivo es masculino. Ciertamente, es difícilmente imaginable un acceso carnal en el que la mujer, mediante violencia o intimidación, se hace penetrar por un hombre, pero teóricamente cabe incluir este caso dentro del concepto de acceso carnal, aunque de nuevo se plantean aquí las mismas dudas de carácter valorativo, presentadas por la rareza de este tipo de práctica. Este podría ser el caso cuando la mujer (o el hombre) se introduce el pene de la víctima (en estos casos en los que se emplean violencia o intimidación, generalmente flácido) en la boca, también se plantea esta posibilidad si se le da al hombre una droga o medicamento (por ej. viagra) que le produzca un estado de gran excitación sexual, pero ello no constituye de por sí la violencia o intimidación que requiere el delito de agresión sexual. La ambigüedad de la expresión “acceso carnal” admitiría, pues, prácticamente todas las posibles combinaciones: hombre - mujer, mujer - hombre, hombre - hombre, mujer - mujer. Pero la cualificación del art. 179 debe reservarse para los casos verdaderamente graves y no parecen serlo tanto, desde luego, aquello en los que una mujer realiza una práctica fricativa con otra mujer o en los que la mujer (o el hombre) se hacen penetrar



mediante violencia o intimidación por el hombre. Parece, pues, que la mujer no puede ser sujeto activo de la conducta consistente en una penetración (vaginal, anal, bucal), por lo que, en relación con el art. 179, ésta sólo puede cometer la modalidad de introducción de miembro corporales u objetos, o responder como coautora si ejerce violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal. Fuera de estos supuestos, la agresiones sexuales de la mujer hablan de ser reconducidas al tipo básico de agresión sexual” (262).-

Donde mayores conflictos de interpretación se presentaban, tanto antes de la reforma por la ley 25.087 como después de ella, es en lo referido a qué papel juega en cuanto a la calificación, la denominada *fellatio in ore*.-

Es así que con anterioridad a la reforma introducida por la mencionada ley las aguas se encontraban divididas, pues algunos con un criterio restrictivo consideraban que dicho acto incursionaba en el ámbito del abuso deshonesto, en tanto que otro sector, calificado de amplio, encontraba que la mentada *fellatio* constituía una modalidad de violación. Según los primeros, la expresión que adoptó la nueva legislación “por cualquier vía” no había saneado la anterior disputa y lo asimila a la nueva figura del abuso sexual agravado por sometimiento gravemente ultrajante previsto en el párrafo segundo del art. 119; en tanto que el otro sector considera lo contrario, pues la expresión “por cualquier vía” abarcaría la *fellatio* como otra forma de violación.-

Por la tesis restrictiva – con anterioridad a la reforma –, Núñez decía que la interpretación condicionada que reduce la violación al acceso vaginal y rectal y excluye la penetración por boca, tiene por otra parte su razón científica. Si bien el ano no es un órgano destinado por la naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural, por poseer, lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas en su contacto con el órgano masculino cumplen, aunque antinaturalmente, una función semejante a la que realiza la vagina. Eso no ocurre con la boca, la cual, careciendo de este tipo de glándulas, no resulta apta como elemento constitutivo del concubito, aunque por razones psicológicas y mecánicas sirva para el desfogue libidinoso del actor y del paciente. La boca, como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta incapaz de generar un coito, aunque sea anormal. Su uso violento o fraudulento no puede por consiguiente, implicar un coito violento o abusivamente logrado. Su utilización sexual

²⁶² MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. ps. 193/195)



violenta o abusiva sólo significa un abuso deshonesto del cuerpo ajeno (antiguo art. 127 del C.P.)⁽²⁶³⁾.-

Creus, citando al anterior autor agrega que con todo, al margen del valor dogmático de este argumento – el citado por Núñez – moviéndose la ley con los contenidos sociales de lo sexual, no hay duda de que la reserva sexual protegida por el tipo de violación se refiere a la prestación, voluntaria o no, al acto del agente por parte de la víctima de aquellos orificios de su cuerpo que normalmente permiten la cópula, con una significación sexual propia para ambos protagonistas del trato carnal; por lo cual, tanto el coito oral como otras penetraciones anormales con las que el agente puede desahogar su libido, no entran en el concepto de acceso carnal que es propio de la violación y del estupro, quedando en su caso reservadas para la punibilidad del abuso deshonesto⁽²⁶⁴⁾.-

Este autor al producirse la reforma, destaca en su artículo publicado en la Jurisprudencia Argentina que: “Si bien en nuestra doctrina el concepto de acceso carnal no es tan restringido como en otras (p. ej. la española, para la cual significa “la conjunción del miembro viril masculino a través de la vía vaginal”) extendiéndolo a la penetración del miembro viril masculino por cualquier orificio del cuerpo de la víctima en cuanto revista un “contenido” sexual de contacto carnal en la cultura media de la sociedad, no faltarán quienes sigan negándose a calificar como acceso carnal el coito bucal, pese a la expresión “por cualquier vía”, no obstante que la inclusión de esos casos fue uno de los motivos que al legislador le suscitó el deseo de reforma (impulso suficientemente conocido por la proyección periodística). Quienes participen de la tesis negativa a lo más podrán radicar la función del coito bucal en el párrafo segundo del art. 119 por las circunstancias de su realización, en cuanto lo califica de poseer “gravedad ultrajante”, y aún así podrá discutirse ya que en tal caso lo “ultrajante” radicará en la naturaleza del abuso antes que en las circunstancias de su realización”⁽²⁶⁵⁾.-

Laje Anaya - Gavier ya venían sosteniendo con anterioridad a la reforma que la introducción del órgano sexual masculino por vía bucal no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119 del C.P. sino un abuso deshonesto (art. 127 del C.P.) fundándose en los conceptos que vertía Núñez. Así lo siguen sosteniendo en base a los antecedentes del Código Penal Español de 1995 y a los proyectos posteriores al Código Penal Argentino de 1921 argumentando que: “el acceso carnal violento, como

²⁶³ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III. vol. II p. 249).

²⁶⁴ CREUS Carlos (ob. cit. ed. 1992, p. 188).

²⁶⁵ Idem “*Delitos Sexuales...*” (ob. cit. J.A. 1999 - III - p. 809); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 210).



ofensa al bien jurídico protegido por el párrafo tercero del art. 119, derecho de las personas a un consciente y voluntario trato sexual, por las razones expuestas debe tener el contenido de una forzada conjunción sexual propiamente hablando y no una forma impropia como mera manifestación de lujuria, debiendo realizarse por vía idónea para realizar el coito: la *vaginal*, que conlleva el peligro adicional de contaminación de la prole y la *rectal* porque así lo ha impuesto la estructura del tipo legal de la violación desde nuestros más remotos antecedentes vernáculos y no por la *boca*, pues estos actos lujuriosos, si bien tienen contenido sexual y han sido incorporados por el ser humano al listado de relaciones sexuales anormales, lo fueron por su avidez de encontrar nuevos placeres y sensaciones, pero *per se*, no le confiere a la boca el carácter de un vaso receptor apto para la realización del coito, pues esta indebida extensión podría también hacerse respecto a otros orificios naturales de la persona según se especificara *ut-supra* y con el mismo criterio hacerse también respecto del elemento que penetra, para llevar a la extrema y no recomendable conclusión de que la introducción de los dedos y la lengua, que pertenecen a las personas, y que también son de carne, son aptos para realizar el acceso carnal, tesis que aunque no prosperó fue sostenida en alguno de los proyectos presentados a la Cámara de Diputados”⁽²⁶⁶⁾.-

Se inclinan también por la negativa varios doctrinarios cuyos argumentos se exponen a continuación, dejando a salvo que algunos de éstos postulan que frente a la nueva regulación, la *fellatio* configura un caso de abuso sexual agravado por el sometimiento gravemente ultrajante que reprime el párrafo segundo del art. 119 del C.P.-

Haciendo un repaso de las razones que esgrimen estos autores para sustentar sus posturas – restrictiva – en tal sentido, Gavier advierte que si bien la ley al decir “por cualquier vía”, las comprende a todas, carece de una mención sobre de cuales se trata, tal como lo hizo el Código Penal de España de 1995 (arts. 179 y 182), fuente de la ley 25.087. Cita la argumentación que brindara Núñez, expuesta *ut-supra* y agrega que de acuerdo a su entender, la violación generalmente supone una actividad a cumplir por el sujeto activo varón tendiente a penetrar con su órgano sexual a la víctima por vaso receptor apto para el coito mediante la fuerza, el temor o cualquier otra circunstancia impeditiva de la resistencia, en tanto que resulta muy difícil de concebir, aunque no es fácticamente imposible una actitud pasiva del violador, la que sí es muy frecuente en el abuso sexual, en este caso gravemente ultrajante, en que el autor obligue a la víctima a acercarse y succionarle el miembro. Analiza que el Código Penal Español, tanto en su art. 179 como los arts. 182 y 183, si bien

²⁶⁶ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 349, edición 2000).



tienen una misma pena, distingue entre el concepto de acceso carnal y el de penetración anal o bucal cuando dicen: “...Cuando la agresión sexual o el abuso sexual consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal ...”, con lo que se viene a demostrar que para esas normas los dos últimos conceptos no están incluidos en el primero. Algo similar ocurre con el Derecho Penal italiano.-

Buompadre, luego de efectuar una reseña de los autores que se enrolaban en una u otra posición antes de la reforma, remarca que ésta no ha contribuido a mejorar la situación, por el contrario, la ambigua como equívoca frase “acceso carnal por cualquier vía” ha venido – según su apreciación – a traer mayor confusión y oscuridad al problema, de modo que realiza dos observaciones al nuevo precepto justificando de esa manera el rechazo de la tesis amplia. Así, si se tienen en cuenta los Antecedentes Parlamentarios se puede evidenciar que la idea del legislador ha sido equiparar la *fellatio* al tipo de abuso sexual agravado por acceso carnal previsto en el párrafo tercero del art. 119 y se pregunta que si había una clara intención de castigar la *fellatio* a título de violación, porqué no se introduce expresamente la figura, como su antecedente español, en vez de recurrir a una frase imprecisa como equívoca que iba a reeditar viejas discusiones. Alega que: “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)”. Por otra parte, la otra observación consiste en que de acuerdo al concepto elaborado por Núñez, la *fellatio* si bien sirve para producir el desfogue sexual del autor no constituye una modalidad del concepto de acceso carnal incursionando en el párrafo segundo del art. 119, esto es, el sometimiento gravemente ultrajante ⁽²⁶⁷⁾.-

Edwards, por su parte, consideraba que la expresión “por cualquier vía” no clarifica la problemática referida a la cuestión de la *fellatio in ore* sino que vuelve a plantear el interrogante inicial y para superar la cuestión, la norma penal tendría que haber sido más contundente en su redacción, ya que la única manera de finalizar este debate es que el propio tipo penal señale

²⁶⁷ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. ps. 395/396); “La “*fellatio in ore*” no es violación”, LL 1984-A- 861.



expresamente que la penetración por vía bucal es acceso carnal y que configura el delito de violación o la agravante de abuso sexual con acceso carnal, según la nueva ley. Luego de analizar los diversos proyectos, concluye en que la ley 25.087 utiliza una deficiente técnica legislativa y sí la intención del legislador fue equiparar a la *fellatio* como una modalidad de acceso carnal no ha sido suficiente explícito y la expresión “por cualquier vía” quedará librada a la interpretación judicial reinstalándose el debate anterior a la reforma ⁽²⁶⁸⁾.-

Donna a su turno, entendía con anterioridad a la reforma, que el concepto de acceso carnal no abarcaba a la *fellatio* y considera que en la medida en que la normativa mantenga la expresión “acceso carnal” con la significación que se le ha dado no hay otra alternativa que sostener que es la introducción del órgano masculino por vía vaginal o anal, no abarcando, en consecuencia la vía bucal por más que el legislador haya inventado esta reforma para solucionar el tema, ya que con la expresión “por cualquier vía” tomada en forma literal “se ampliaría el tipo de manera descomunal”. De modo que habría que haberse realizado una enumeración taxativa ⁽²⁶⁹⁾.-

Pandolfi realiza una argumentación bastante amplia sobre la cuestión, pero en su parte más sustancial concluye en que: “El denominado coito oral y su consecuencia, la violencia oral, no solamente no existe en la ley penal vigente por razones exegéticas y dogmáticas, sino también por implicaciones de carácter lingüístico, anatómico, fisiológico, psicológico, entre otras ... la *fellatio in ore* no constituye acceso carnal, y por ende que si la misma es impuesta contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, la figura penal afectada es la del viejo art. 127 y no del 119. Es por ello que luego de la reforma encontrará alojamiento en el párrafo segundo del art. 119, y no en el tercero” ⁽²⁷⁰⁾. -

Tenca siguiendo esta línea interpretativa, aduce que el agregado “por cualquier vía” no cambia el significado de la expresión “acceso carnal”. También hace un racconto de los proyectos y critica la deficiencia legislativa en nuestro país por la celeridad con que se tratan, de modo que resultan incomprensibles y terminan por no reflejar ni siquiera la voluntad de los legisladores. Concluye, en que la expresión “acceso carnal” no contempla de ningún modo la *fellatio in ore* y el agregado “por cualquier vía” aparece como sobreabundante o aclaratorio de lo que no cabe duda: la expresión se refiere sólo al coito vaginal y anal ⁽²⁷¹⁾.-

²⁶⁸ EDWARDS Carlos (ob. cit. ps. 29/30)

²⁶⁹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 66).

²⁷⁰ PANDOLFI Oscar (ob. cit. ps. 45 y sgtes.).

²⁷¹ TENCA Adrián (ob. cit. ps. 85 y sgtes.) y remarca su postura en otro trabajo: “La tipificación de la *fellatio in ore*: Lineamientos para una reforma legislativa que se impone” LL Sup. Act. 17/04/2008, 2.



Clemente explica que la ley 25.087 en forma expresa pretendió dar una respuesta al conflicto de las dos posiciones antagónicas intentando mediante la fórmula “por cualquier vía” dejar incluida la *fellatio in ore* como abuso sexual con acceso carnal, pero a su entender no solucionó la problemática, incluso el propio Senado Nacional dejó constancia de ello (locución del senador Yoma). Es así que se inclina por una tesis restrictiva que se basa en argumentos de índole científica estructurados sobre razones anatómicas y fisiológicas que siguen teniendo vigencia con la nueva ley: “La vagina es el órgano destinado por la propia naturaleza para ser vía receptora natural de copulación al poseer glándulas de evolución y proyección erógena, función similar que cumple el ano antinaturalmente, al contacto con el órgano sexual masculino por cuanto también tiene glándulas erógenas. Esto no ocurre por el contrario con la boca, la cual carece de este tipo de glándulas y es inidónea para mantener concubito, sin desconocer su utilización como sustituto de la vagina y que sirva para el desfogue del libido del autor y aún del pasivo”. Expone como apoyatura el Código Penal español y el italiano ⁽²⁷²⁾.-

Breglia Arias - Gauna, quienes previamente critican algunos autores – puntualmente a Pandolfi – que han tomado como fuente de comentario al Código español de 1995 sin haberse percatado de la existencia de una modificación estatuida en mayo de 1999 que en aquellas latitudes aclara más la cosa, pues habla de “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, y penetración de objetos”. Descartan el argumento de Núñez respecto a la noción de la existencia de glándulas de proyección erógenas porque se ha comprobado que de acuerdo a la sexología moderna el cuerpo humano tiene sensibilidad sexual particular en muchas partes. No obstante, entienden que el tema se encuadraría en el sometimiento gravemente ultrajante. “En primer lugar, en el inconsciente colectivo, la palabra que designa a la actividad sexual vía vaginal o anal no se aplica a la *fellatio*, y sí a una relación por vía vaginal o anal, lo que denuncia una concepción instintiva - social diferente de la cuestión. En segundo lugar, no existe la posibilidad de embarazo por vía anal y bucal. En tercer lugar las posibilidades de contagio grave son mínimas por vía bucal” ⁽²⁷³⁾.-

De Luca - López Casariego postulan que en realidad el problema, para dilucidar la cuestión, consiste en que la ley no define, ni tampoco lo hacía antes, qué es un acceso carnal pues la palabra acceso fue interpretada como sinónimo de introducción o penetración sin que el diccionario lo autorizare, tampoco éste ayuda cuando se equipara la expresión “acceso carnal” a “cópula”, porque

²⁷² CLEMENTE José (ob. cit. p. 96).

²⁷³ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. ps. 1147/1149).



no se explica cómo debe ser ese trato sexual. “Véase que si un sujeto obliga a una mujer u hombre a masturbarlo con la mano, con cualquier otra parte del cuerpo o con algún adminículo, esa situación podría ser considerada dentro del mismo concepto, porque hay un “acceso”. Para colmo, la imposición sobre el sujeto activo podría habilitar la interpretación de que una mujer puede ser sujeto activo de una *fellatio in ore*, con lo cual los logros obtenidos por un lado por grupos que defienden los derechos de las mujeres, paradójicamente verían aplicadas la punibilidad hacia ellas. La equiparación valorativa de significado entre una *fellatio* y una cópula no puede servir de criterio para sostener que la primera es un supuesto de la segunda. En este contexto la expresión “cuándo... hubiere acceso carnal”, redactado de un modo impersonal, permitiría concluir que también una mujer puede ser sujeto activo cuando obligue a un hombre a “accederla”, porque también en esa situación hay acceso carnal. Es que “acceso carnal puede referirse gramaticalmente a la carne que accede o a la que es accedida, de modo que la introducción de objetos en orificios “carnales” debería ser considerada en la hipótesis, o más disparatado aún, la acesión del pene en un objeto de la víctima podría ser interpretado como un acceso carnal. Por otra parte, lo que define al ano como una vía apta para la violación no es la expresión “acceso carnal”, sino el párrafo que expresamente prevé que el sujeto pasivo puede ser persona de uno u otro sexo, con lo cual la ley – la anterior y la actual – está dando una pauta cultural de lo que entiende por violación” (274). En definitiva, consideran, luego de efectuar otras argumentaciones destinadas a tratar de desentrañar el significado de “acceso carnal”, que no les satisfacen los argumentos gramaticales ni tampoco los biológicos pues lo único que hacen es confundir con definiciones de dos áreas muy distintas del conocimiento, de modo tal que el tema debe rondar por el lado cultural, esto es, por lo que la mayoría de la gente en un determinado lugar y momento histórico entienden por acceso carnal, y en el caso de ambigüedad, adoptar un criterio restrictivo de punibilidad, ello es así porque entienden que éste fue el único criterio que se ha tenido en cuenta durante siglos para definir que había violación sólo cuando la penetración del pene era por vía vaginal o anal debido a que haya sido considerado más grave que una *fellatio* o una masturbación o una conducta más humillante y vejatoria según la costumbre de cada época. En conclusión, estiman que la situación no ha variado con la reforma legislativa y habrá que seguir recurriéndose al significado cultural del “acceso carnal” para definir una violación, el cual excluye a la *fellatio in ore*.-

²⁷⁴ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 87/88) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, ps. 599/603).



Finalmente, y como corolario de este racconto, se puede mencionar como partidario de la tesis restrictiva a Gonzalez (275) quien en sendos trabajos, comentando los fallos “Ledesma” (276) y “Fiscal c. N. F., M. A.” (277) se pronuncia por la acotación de la punibilidad en casos de dudosa interpretación de la ley, atendiendo al principio de mínima intervención del Derecho Penal.-

En la posición amplia y con la anterior redacción se ubican varios autores. Así, por ejemplo, Peco definía al acceso carnal como la intromisión del órgano sexual masculino o femenino, en vaso normal o anormal, practicado sobre persona de cualquier sexo, con miras al coito o a un acto sucedáneo, admitiendo la mujer como sujeto activo del ilícito, incluso el coito entre mujeres (278).-

Manigot al referirse a la cuestión, habla de la penetración por vía normal y anormal, de modo que dé lugar al coito o su equivalente anormal de él (279).-

Pagano (h) - Rodriguez Grondonde se refieren a la penetración del órgano genital viril en el cuerpo por medios normales o anormales, parcial o totalmente, no siendo necesario el coito para configurarlo ni tampoco que el pene penetre totalmente en la vagina (280).-

Fontán Balestra, por su parte, sostiene que el criterio jurídico del acceso carnal, más amplio que el biológico, ha sido entendido como actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del actor, que puede representar el coito o una forma degenerada

²⁷⁵ GONZALEZ Ramón “*Fellatio in ore e interpretación restrictiva de la ley penal*”, LLLitoral 2005 -580; “*Otra vez sobre la fellatio in ore y la interpretación judicial*”, LLGran Cuyo 2009 - 22.

²⁷⁶ “A partir de la reforma introducida por la ley 25.087 (Adla, LIX-B, 1484) a los delitos contra la integridad sexual, debe interpretarse que la “fellatio in ore” constituye abuso sexual con acceso carnal en los términos del art. 119, tercer párr., del Cód. Penal, pues la expresión “acceso carnal por cualquier vía” comprende la penetración del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, sin limitar esta acción a la vagina o ano del sujeto pasivo, bastando para ello que esa vía permita la introducción, aun imperfecta, de ese miembro”. (S.T.J Chaco, sala II en lo crim. y correc. - 2005/02/28 - Ledesma, Luis A.) LL Litoral 2005 - 581.

²⁷⁷ “La vía oral o fellatio in ore constituye una de las vías idóneas para el acceso carnal, previsto y sancionado por el art. 119, párrafo tercero del Código Penal –en el caso, se condenó al imputado como autor de este delito agravado por el vínculo-, luego de la reforma de la ley 25.087”. “La fellatio in ore sólo puede significar un abuso deshonesto del cuerpo ajeno, pero no una violación, por no concurrir el acceso carnal, que es el núcleo del tipo de la violación, pues este delito se consuma cuando se tiene acceso carnal, es decir, cuando se penetra y el criterio que rige la materia está circunscripto al concepto jurídico y no meramente fisiológico ni puramente biológico (del voto en disidencia parcial del doctor Salvini)”. “Los cambios introducidos en el art. 119 del Código Penal por la ley 25.087 no autorizan ni implican aceptar que la fellatio in ore constituya abuso sexual con acceso carnal, es decir, que la boca sea vía apta para el acceso carnal (del voto en disidencia parcial del doctor Salvini)”. (S.C.J Mendoza, sala II, 29/04/2008 - Fiscal c. N. F., M. A.) LLGran Cuyo 2008 -571.

²⁷⁸ PECO José (ob. cit. p. 42).

²⁷⁹ MANIGOT Marcelo (ob. cit. t. I, p. 369).

²⁸⁰ PAGANO (h) José - RODRIGUEZ GRONDONE Carlos (ob. cit. p. 41).



o equivalente de éste, de modo tal que el coito oral no se diferencia esencialmente de otra penetración *contra natura* ⁽²⁸¹⁾.-

Soler lo conceptúa como una enérgica expresión que significa penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. No obstante ello, Laje Anaya enrolla a este autor dentro de la tesis contraria apelando al hecho de que no considera como delito a los actos de mollicie, o torpes desahogos, mientras no importen una unión sexual, aunque la penetración fuere anormal ⁽²⁸²⁾.-

Moras Mon, luego de hacer un análisis de la posición biológica y jurídica, adopta ésta última y añade que no interesa que ese orificio (identificado como conducto vaginal, anal o bucal), como boca de *conducto* que se interna en el cuerpo del sujeto pasivo esté dotado o no de zonas circunvecinas erógenas; no interesa porque lo que aquí cuenta es la anormalidad del conducto y función que es usado, por el que accede, como sustituto de la vagina y para *su* propia satisfacción erótica, sin que le importe cómo va a reaccionar sexualmente el sujeto que lo soporta. Esta es la razón por la que, sumado al recuerdo permanente de que lo que se analiza es el acceso carnal violento – como delito –, se descarta la coparticipación sensual de la víctima y nos conduce directamente a rechazar la postura de la doctrina que aspira a eliminar a la boca como orificio apropiado para la comisión del delito, por carecer de condiciones erógenas ⁽²⁸³⁾.-

Vázquez Iruzubieta al realizar un acercamiento a este conflictivo tema remarca que la ley protege la libertad sexual, sea que se trate del pudor o a un criterio ampliado a título del Código que agrupa a todos los delitos contra la honestidad – antigua redacción – y no debe desatenderse el factor subjetivo de la víctima que en el delito de violación está padeciendo el acto ilícito consciente o inconscientemente. Ese padecer no está referido únicamente a la mayor o menor alteración física producida por el obrar delictivo mediante la penetración vaginal o rectal, porque no se puede negar que *se padece una violencia sexual*, que es en lo que definitivamente consiste la violación, si la penetración libidinosa del órgano sexual masculino se lleva a cabo por vía oral. “Así pues, para nosotros la violación ha de consistir siempre *en un padecimiento consciente o inconsciente y una*

²⁸¹ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 64) y “*Delitos sexuales*”, (ob. cit. p. 63).

²⁸² SOLER Sebastián (ob. cit. p. 305).

²⁸³ MORAS MON Jorge (ob. cit. p. 23).



violencia sexual que se produce mediante la penetración del órgano viril en cualquier orificio natural de una persona, sin distinción de sexo” ⁽²⁸⁴⁾.-

Ure, se basa en la interpretación de un fallo de la Corte de Casación italiana y en el voto del Dr. Fragueiro en una sentencia analizada por Núñez, y admite el coito oral como una de las formas anormales de la violación previstas por el art. 119 del C.P., aunque la boca no sea un órgano sexual ni tenga la actividad erógena de éstos ha sido reemplazante de los mismos por parte del sujeto activo y objeto de una verdadera penetración sucedánea del coito vaginal o anal ⁽²⁸⁵⁾.-

Garona se inclina por tal criterio al indicar que el concepto carnal debe entenderse como un atentado a la libertad de la víctima resultando de ello que no existe diferencia si la introducción del pene se realizó por la vagina, ano o boca, siempre y cuando el propósito sea efectuar el coito o un acto sucedáneo ⁽²⁸⁶⁾.-

En esta línea de pensamiento Goldsztern alegaba que al entender que el concepto jurídico de acceso carnal es más amplio que el biológico, ya que comprende toda penetración del órgano genital masculino en algún orificio natural de la víctima, sea en forma normal o anormal, dando lugar al coito o a un sustituto anormal de éste, resuelta evidente que la *fellatio in ore* queda comprendida dentro de este concepto, ya que no presenta diferencias con cualquier otra penetración contranatural ⁽²⁸⁷⁾.-

Chiappini, como los demás autores, distinguía entre la posición biológica y jurídica y finalmente concluía en que toda discriminación fisiológica, anatómica o “funcional” rápidamente cede ante la obvia noción de que la boca es *cavidad* a los fines de la violación, y que es la penetración masculina y en ella importa un ataque a la libertad y a la dignidad sexuales sino mayor por lo menos del mismo calibre que la vaginal o anal: tres prácticas alternativas, sucedáneas, en suma, en los términos de la figura que prevé el art. 119 del C.P.. Agrega que toda interpretación histórica a veces intentada en doctrina y jurisprudencia valedera como rastreo hermenéutico debe acoplarse a esta dirección, dada la evidente equivalencia funcional - sexual habida entre la boca y las cavidades vaginal y rectal, a los fines de la satisfacción erótica ⁽²⁸⁸⁾.-

²⁸⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA Carlos “Código Penal comentado”, t. II, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 277.

²⁸⁵ URE Ernesto (ob. cit. p. 17).

²⁸⁶ GARONA José “Violación, estupro y abuso deshonesto”, Ed. Lerner, Córdoba, 1971, p. 32.

²⁸⁷ GOLDSZTERN Noemí “Manual de Derecho penal” LEVENE (h) Ricardo (Director), Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1978, p. 185.

²⁸⁸ CHIAPPINI Julio “Cuestiones de Derecho Penal” Ed. Librería Editora Platense S.R.L., Buenos Aires, 1982, p. 68.



También Estrella - Godoy Lemos postulaban la tesis que admite que el coito oral es un acceso *ab normen* constitutivo del delito de violación ya que el concepto jurídico de acceso carnal es comprensible a toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe una penetración del órgano genital del autor, que pueda representar el coito o una forma degenerada o equivalente a éste, por lo que no se advertía una diferencia esencial entre el coito oral con otra penetración *contra natura* como sería el coito anal – siguiendo en esto las atestaciones de Fontán Balestra – y que no interesa que la boca, conducto que se interna en el cuerpo del sujeto pasivo, carezca de condiciones erógenas. La misma es usada por el accedente como sustituto de la vagina y para su propia satisfacción erótica, sin que le importe la reacción sexual del accedido debido a que en el delito de violación, acceso carnal violento, es indiferente la coparticipación sexual de la víctima, por lo que debe rechazarse la postura que elimina la boca como orificio apropiado para la comisión del delito ⁽²⁸⁹⁾.-

Con posterioridad a la reforma introducida por la ley 25.087 se agregan las opiniones de Reinaldi, quien luego de hacer un racconto de los antecedentes de Derecho Comparado, afirma que son tres las vías para los diputados autores de los Proyectos presentados ante la Cámara a la que pertenecen, en especial, el Dr. Cafferata Nores que en el artículo 2º proponía una norma en la que hacía una interpretación auténtica, la que no fue recogida en el Proyecto que se convirtió en ley, según la cual a los efectos del artículo 119 del C.P. “acceso carnal es toda penetración anal o vaginal realizada mediante el uso de cualquier parte del autor” (comprendía, además del órgano viril, los dedos y la lengua, con lo que no está de acuerdo) – el autor en cita – y la penetración peneana de la cavidad bucal. Asimismo, son tres para el diputado González Gaviola en cuyo Proyecto propone castigar como autor del delito de violación al “que tuviere acceso carnal mediante relación sexual, anal, oral y/o vaginal con persona de uno u otro sexo...”. “La mención legislativa es válida porque si los citados Códigos extranjeros y proyectos vernáculos admiten inequívocamente que son tres las vías de acceso sexual, porque son otras tantas las vías del cuerpo humano o vasos receptores aptos para la realización del coito por vía normal o anormal, al expresar nuestra ley “por cualquier vía” ¿qué lógica obliga a excluir una de ellas?” ⁽²⁹⁰⁾. Aduce que rechazar la boca como vía alternativa para el acceso carnal configurativa del delito de violación, porque de aceptársela, tal como proponen algunos autores, habría que admitir otros orificios del cuerpo como las orejas o la nariz, resulta un

²⁸⁹ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 420).

²⁹⁰ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 101/102).



argumento falaz ya que el diccionario de la lengua, al definir al “*felator*” como “la persona que practica el *coitum cum ore*”, ignora que puede existir alguien que practique el “*coitum cum auricula*” (oreja) o el “*coitum cum naso*” (nariz), posibilidad que no admite el sentido común. Acota, que ya no cabe tomar en cuenta razones científicas que no serían rigurosamente exactas y que tantas veces y por tantos repetidas han sido desvirtuadas por descubrimientos de especialistas en sexología. Últimamente, resalta que es absurdo pensar que si la reforma se efectuó con la finalidad de que la *fellatio* se considere uno de los accesos carnales y que haya mantenido la declaración de que el delito podía ser cometido en “persona de uno u otro sexo” tal como lo hacía la norma sustituida, la cual ya permitía aceptar la vía vaginal y la rectal, al haberse agregado la expresión “por cualquier vía” se considere que esta frase carece del sentido que el legislador le asignó y se lo suprima ⁽²⁹¹⁾.-

Por su parte Villada reflexiaba que la tradicional discusión doctrinaria, respecto de qué parte del cuerpo de la víctima debía ser penetrada – aunque fuera parcialmente – para que se considerara “acceso carnal”, fue superada por la reforma de 1999, que al mencionar “por cualquier vía” refiere a las tres formas clásicas referidas de contenido expresamente sexual. *Entonces, habrá acceso carnal cuando la penetración del pene u órgano genital masculino se produzca en forma vaginal, anal u oral* ⁽²⁹²⁾. Agregaba en otro trabajo, que la ley atrapa situaciones humanas reales y no abstracciones, ideologías o dogmas, de modo que si se avanza en la interpretación sobre el concepto más amplio y humano de lo que significa *sexualidad*, se entenderá que la penetración oral tiene un marcado componente erótico - sexual y además es vivenciada por la víctima como una verdadera agresión sexual, cuando se le impone obligadamente y sin su consentimiento tal clase de coito – *in ore* – ⁽²⁹³⁾.-

Según Parma se ha mutado la concepción terminológica hacia el “abuso sexual con acceso carnal”, modificándose lo que se denomina académicamente el “*nomen iuris*”, en consecuencia deberá construirse el concepto en torno a lo dispuesto por este art. 119 del C.P.. 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 esa discusión “*sine die*”. Agrega más adelante, que el acceso carnal como sinónimo de coito supone un sujeto accedente y un

²⁹¹ Idem (ob. cit. p. 103).

²⁹² VILLADA Jorge “*Delitos contra la integridad sexual*” (ob. cit. p. 64).

²⁹³ Idem “*Delitos sexuales...*” (ob. cit. edición 2006, p. 123).



accedido. La penetración del órgano viril masculino deberá ser vía vaginal, anal o bucal, resultando absurdo maquinar otro orificio – oreja o nariz – (294).-

Estrella - Godoy Lemos con posterioridad a la reforma aclaraban que les parecía claro e indiscutible que uno de los principales motivos que propulsaron aquella fue la de dar por concluido el insalvable debate doctrinario y jurisprudencial respecto al encuadre legal de la *fellatio in ore* pero lamentablemente la redacción que utilizó el legislador en la formulación del tipo previsto por el apartado tercero del art. 119 no tuvo la necesaria claridad para evitar que se siguieran produciendo diferencias interpretativas sobre el verdadero alcance de la figura. No obstante, entienden que una correcta interpretación normativa debe llevar a la conclusión de que la *fellatio* resulta típica al derogado art. 119 y con mayor precisión al apartado tercero del actual art. 119 modificado por la ley 25.087. No se puede tener en cuenta consideraciones puramente biológicas pues el concepto “acceso carnal” es jurídico y está dado por el legislador a través de la ley. Si se tiene en cuenta que si con los términos “acceso carnal” a secas, sin ningún tipo de aclaración que contenía el derogado art. 119 se admitía pacíficamente por los sostenedores de las posturas amplias y restringidas, que la vía vaginal y anal eran aptas para el acceso carnal, el agregado introducido por la ley en cuestión – “por cualquier vía” – no puede estar dirigido a aclarar lo que ya era suficientemente claro, sino a incorporar otra vía – la bucal – de allí que no parece sobreabundante tal agregado (295).-

Según Achaval las posibilidades de acceso carnal por cualquier vía suponen la existencia de capacidad inmisiva y receptiva, esta última considerada como “vía de acceso carnal”, es decir, aptitud funcional y orgánica: vagina, ano – recto o boca en mujer y ano – recto o boca en hombre. Las “cópulas” extravaginales o extraanorrectales, sea interfemorales o interglúteos, no constituirían acceso carnal para este delito, pero en cambio sí lo es la cópula anorrectal o el coito bucal o *fellatio*. Acceder carnalmente tiene un significado sexual: llegar, entrar en la “carne” de quién es víctima, tener acceso o paso o entrada. Al incluir “cualquier vía” se agrega boca, que si bien tiene capacidad inmisiva, también tiene capacidad activa y que puede ser activa en forma indiferente por ambos sexos y que puede ser delictuosamente destinada a conseguir espermatozoides para procreación negada o para identificación o para simular una cópula, etc. (296).-

²⁹⁴ PARMA Carlos (ob. cit. p. 74/76).

²⁹⁵ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. ps. 422/424); ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 102/107).

²⁹⁶ ACHAVAL Alfredo “Las modificaciones al art. 119 del Código Penal efectuadas por la ley 25.087: “Delitos contra la integridad sexual”” J.A. 1999 - III - 1025.



Encaramado en esta posición también se encuentra Arocena, quien interpreta que la norma al aludir a “cualquier vía”, incluye todos los canales del cuerpo humano que permitan realizar un acceso carnal. “Cualquiera” son todas las vías de acceso carnal que permiten aquella acción. Es decir, alude a la disyunción inclusiva de todas las formas de acceso carnal. Si el giro “acceso carnal” carece de autonomía semántica, explica el autor, parece justificado ascender desde el enunciado hacia su emisor, el legislador. “Es que si consideramos a la norma como una regla que persigue motivar, parece razonable tener en cuenta la intención de quién profiere esa expectativa de conducta para dar con la completa referencia que el acto motivador está teniendo en cuenta. Debe, pues, desentrañarse que ha hecho el legislador argentino *al* decir tal cosa. Los debates parlamentarios que precedieron al dictado de la ley, ya citados, dan sobrada cuenta de la intención de los legisladores de que la *fellatio in ore* se equipare a la penetración vaginal o anal. Igualmente claro resulta que la norma ha receptado, *al menos, algo* de esa voluntad. Gráficamente, no ha habido *dislexia* en el legislador. *Su* norma ha reflejado *su pensamiento*. Este, no puede ya discutirse, radicó en la pretensión de reformar la ley para equiparar la *fellatio in ore* con la violación. Es en tal sentido, que puede afirmarse sin temor al error que ella *dice* lo que el legislador *ha pretendido decir*. O que, al menos, ella no excluye a la inequívoca voluntad que motorizó la reforma, en relación con la aludida equiparación. La *fellatio in ore* lograda por los medios o en las circunstancias del párrafo primero del art. 119 del C.P. es, en el sistema normativo penal vigente, acceso carnal por cualquier vía en los términos del párrafo final de esa norma” (297). Adopta, según lo refiere, un canon genetista, esto es, incursionar en la gestación de la reforma.-

D’Alessio también se enrola en esta postura aduciendo que el hecho de decir “por cualquier vía” supone la posibilidad de acceder carnalmente por más de una. Nadie discutirá que la primera y fundamental vía es la vagina, entonces se pregunta cuáles serán las vías de acceso distintas a aquella, respondiéndose que todos coincidirán en que la segunda vía de acceso será la anal, pero sí estas dos son las únicas posibilidades de acceder carnalmente en el sentido del art. 119, como algunos autores insisten en sostener, surge también la pregunta de cuál es el sentido de incluir el concepto de “cualquier vía”, cuando esas dos nombradas aparecen incluidas, por el sólo hecho de considerar como posibles víctimas de la violación tanto a la mujer como el varón. “De este modo consideramos, aún omitiendo cualquier consideración vinculada con la voluntad del legislador y lo que se desprende

²⁹⁷ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 72); AROCENA Gustavo - BOUVIER Hernán “Sobre la *fellatio in ore*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, p. 77 y sgtes.



con claridad del debate parlamentario, que “cualquier vía” viene a incluir la oral, es decir, una vía distinta de la vaginal y de la anal” (298).-

Finalmente, y sin agotar la lista, Riquert aporta lo suyo al puntualizar que no se viola el principio de taxatividad al interpretar que la frase “por cualquier vía”, incluye el sexo oral. No tratándose de una interpretación extensiva, ni una analogía *in malam partem*, sino que tanto partiendo desde una interpretación gramatical, ideológica, la postura no resulta forzada. Desde luego debe descartarse la inclusión de cavidades en la cual resulta imposible el coito como lo sería la oreja o el ombligo, por carecer de aptitud. Aduna que desde el punto de vista sociológico en las sociedades existe consenso en considerar a la *fellatio in ore* como un caso de “acceso carnal violento” y no obstante las serias críticas que merece la reforma, en este punto, no hizo más que capturar legalmente una necesidad de zanjar un debate teniendo en cuenta el desarrollo de la sociedad en cuanto a la materia sexual y su protección, especialmente con sectores discriminados y desprotegidos como lo son las mujeres y los niños, sin perjuicio de considerar que el sujeto pasivo del delito puede ser tanto el hombre como la mujer.”En este contexto la actividad sexual deja de ser un tabú ligado solamente a la reproducción, sino que también incluye al placer, por lo que las posturas que consideran al concepto solamente en su aspecto biológico, se quedan a mitad de camino. Lo expuesto, en definitiva, se puede traducir en el derecho de cualquier persona a la autodeterminación sexual” (299).

Por mi parte había sostenido que es preciso dejar en claro que el concepto de acceso carnal es de naturaleza jurídica, pues contiene una expresión equivalente a ayuntamiento carnal, concubito, cópula carnal, vocablos estos que factiblemente involucran la exigencia de penetración sexual neutra, es decir, por vía normal o anormal, y por ende, abarca no sólo la vía vaginal o rectal sino también la oral (*fellatio in ore o irrumatio*). De modo que no hace a la cuestión que ese orificio o conducto que se interna en el cuerpo del sujeto pasivo esté dotado o no, como lo asevera Núñez, de zonas circunvecinas erógenas, lo que cuenta y es verdaderamente relevante, es la normalidad del conducto y función, que es usado por el que accede, como sustituto de la vagina para su propia satisfacción erótica, con prescindencia de la reacción del sujeto pasivo que la soporta. Es relevante para el caso recordar que desde el punto de vista de la moderna sexología se ha descartado la tesis que asienta la proyección erógena en determinadas partes del cuerpo y no en cada parte de él, pues según Kinsey,

²⁹⁸ D'ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 177).

²⁹⁹ RIQUERT Fabián “El bien jurídico protegido en los delitos sexuales. La *fellatio in ore*: ¿Constituye un abuso sexual con acceso carnal? en “Temas del Derecho Penal argentino” FERRARA Juan (director), SIMAZ Alexis (coordinador), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 427/428.



Poneroy y Martín: “Si bien es en los genitales donde residen las zonas que más intervienen en la estimulación y la respuesta erótica, es erróneo pensar exclusivamente en los genitales como órganos del sexo, y no lo es menos conceptual una estimulación o respuesta que abarque cualquier otra zona ... La estimulación de la boca, los senos, el ano y otras partes, envuelve al mismo sistema nervioso (esto es, todo el sistema nervioso) que interviene en la respuesta genital y la excitación o el orgasmo obtenidos por la estimulación de las demás zonas involucran el mismo complejo fisiológico (al menos en cuanto sabemos hasta aquí) que en la excitación y el orgasmo obtenidos por estimulación de los genitales”⁽³⁰⁰⁾ ⁽³⁰¹⁾.-

Resultaban atinadas las críticas que realiza Tenca, a pesar de estar enrolado en la tesis restringida, al rebatir la postura de Núñez respecto a la proyección erógena de determinadas partes del cuerpo, apelando también a lo expuesto por Kinsey - Poneroy y Martín. Asimismo, critica la postura de Pandolfi cuando éste aduce que la boca carece de glándulas y terminales nerviosas erógenas y se trata de una cavidad cuya abertura depende para su regulación de la exclusiva y consciente voluntad del sujeto pasivo, exponiendo que no basta con abrir la boca para que se pueda consumir el acto completo, sino que la víctima tiene que succionar lo cual no puede constituir un sucedáneo del coito impuesto, mediante el sometimiento de la víctima por la fuerza. Además no se puede olvidar que detrás de una boca cerrada hay dos mandíbulas apretadas con nada menos que treinta y dos dientes, lo cual entraña un potencial medio de defensa de terribles consecuencias para el agresor, circunstancia ésta que no se presenta en las otras vías. A ello le responde que es irrelevante y ya no está vigente la circunstancia de que la boca carezca de proyección erógena. Por otra parte si se aceptara el término utilizado de “voluntad consciente” con respecto a la apertura de la mandíbula no se estaría refiriendo a delito alguno ya que el ataque sexual requiere justamente la falta de voluntad o vicio de aquélla. Tampoco es menester que para que exista la *fellatio* haya una voluntad positiva por parte del sujeto pasivo pues si una persona introduce su pene en la boca de otra y se masturba volcando el líquido seminal dentro de ella, nadie dudaría que se está en presencia de una *fellatio*. Finalmente, que ésta le presente a la víctima mayores medios de defensa que el ataque anal o vaginal – lo cual es discutible – no es óbice para la existencia del delito y se podría llegar al absurdo de que sólo podrían ser víctimas de él aquellos que carecen de dentadura.-

³⁰⁰ KINSEY Alfred - PONEROY Wandell - MARTÍN Clyde “*Conducta sexual del hombre*”, tr. CLEMENTI J., Ed. Siglo XX, Buenos Aires, 1967, p. 586.

³⁰¹ FIGARI Rubén “*Casística...*” (ob. cit. ps. 371/372) y en “*Delitos...*” (ob. cit. p. 156)



En síntesis, más allá de las intenciones concretadas o no de los legisladores para plasmar una correcta enunciación en la norma legal, más allá de los antecedentes tomados o tenidos en cuenta para la redacción de aquélla lo cierto es, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes fallos (³⁰²), la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que las palabras, en tanto y en cuanto el texto lo consienta, han de ser tomadas en el sentido más obvio al entendimiento común, no en significaciones oscuras o abstractas teniendo en cuenta para dicha interpretación que se debe evitar poner en pugna las disposiciones legales.-

Se ha dicho que el texto legal constituye en sí un punto de referencia, pero no un criterio sólido y definitivo, de allí que se puede advertir una distinción entre el denominado tipo de texto y tipo de interpretación. Por el primero, se entiende el tipo legal tal como se presenta en sentido literal, según el lenguaje corriente y ordinario, en tanto que el tipo de interpretación será aquél que está diseñado a los fines de la aplicación del derecho. Para una mayor claridad se puede decir que el tipo de texto tiene su apoyatura en la comprensión de la ley cercana al sentido original de las palabras y el texto de interpretación es una comprensión de la ley exigida en función de la aplicación del derecho. Como el legislador no se expresa a veces en un lenguaje riguroso sino apelando a formulaciones un tanto amplias y a veces imprecisas, es válido apelar al tipo de interpretación, pero para ello también es necesario recurrir a una toma de posición, es decir, una decisión cuyo límite es que el texto legal pueda exhibirse como deducible del fundamento elegido (³⁰³).-

En la inteligencia de todo ello resulta evidente, desde mi punto de vista, que cuando la ley hablaba de que “hubiere acceso carnal por cualquier vía” (³⁰⁴) ello admite la vaginal, rectal y oral. Como se ha dicho *ut-supra*, ya no tiene cabida la argumentación referida a que sólo la vagina y el ano eran ámbitos con proyección erógena, pues la boca también lo es, ya lo adelantaba en ese sentido Ure, al considerar que el acto del beso suele ser el prelude de los episodios sexuales. Pero aún haciendo abstracción de ello, si no se compartiere tal criterio, y ateniéndose a una concepción jurídica, debe destacarse que no importa que ese orificio, como conducto que se interna en el cuerpo

³⁰² Fallos 302:973; 310:937; 299:167; 300:700; 295:376; 287:79.

³⁰³ BÄRWINKEL Richard “Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den uneschten Unterlassungsdelikten”, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 4 Berlin, 1968, p. 16 y sgtes.; BACIGALUPO Enrique “Delito y punibilidad”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 23.

³⁰⁴ La utilización de la palabra “vía” no es casual: ella fue escogida en el sentido siguiente: “Cualquiera de los conductos por donde pasan, en el cuerpo... los humores” (líquidos), “el aire, los alimentos y los residuos de la digestión”. Este párrafo atrapa, sin dudas, el caso de la “*fellatio in ore*”; así lo quisieron quienes lo sancionaron. CAFFERATA NORES José (ob. cit. p. 253).



de la víctima, esté dotado o no de zonas circunvecinas erógenas, y no interesa porque lo que cuenta es la anormalidad del conducto y función, que es usado, por el sujeto activo como sustituto de la vagina para su propia satisfacción erótica sin que se tenga en cuenta cómo va a reaccionar el sujeto pasivo que lo soporta. Cabe recordar que se está hablando de un acceso carnal violento donde se descarta de plano la coparticipación consensual y sensual de la víctima. Por ello y teniendo como máxima premisa que la violación, por sus características es un acto esencialmente violento, enmarcado por el goce de una persona utilizando a otra contra su voluntad, debe deducirse que toda esta conjunción carnal puesta de manifiesto sobre una persona de cualquier sexo y que involucre la actividad directa de la libido del sujeto activo de modo que pueda representar para el mismo el coito o una forma análoga del mismo, con intervención de los órganos genitales, existiendo una penetración – por mínima que esta sea – en un orificio corporal de la víctima – entendidos éstos por las tres vías posibles – sin atender a que esa cavidad es normal o anormal para la concreción de tal acto, debe reputarse como acceso carnal en el más lato sentido del vocablo y consecuentemente configura el delito de violación, debiéndose descartar la tipificación del abuso sexual gravemente ultrajante.-

Como última reflexión y a fin de reafirmar los anteriores conceptos, colijo que en estos menesteres se da una situación paradójica – si así puede rotulársela – debido a que ante la observación de los usos y costumbres habituales o modalidades culturales en esta materia, en pleno siglo XXI se advierte que en las relaciones sexuales consentidas, sean heterosexuales u homosexuales, la práctica del coito vaginal, anal u oral, como así también los tocamientos y el *cunin linguis* – en la medida de la amplitud mental o desprejuicio de las partes – se erigen en fuentes de expresión de amor y/o placer recíprocos, mas súbitamente ello se troca en actos sórdidos, vituperables y vejatorios, al tiempo que se den las circunstancias establecidas en el art. 119 primera parte – menor de trece años, violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidación 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 – o cuando se incurre en las agravantes que estipula la misma norma. Es en estos casos cuando interviene el Derecho Penal tipificándolos como delito y aplicando la severa sanción que la ley prevé. Ello es así por la sencilla y poderosa razón de que se vulnera el bien jurídico protegido: libertad sexual – de los mayores de trece años –, en el sentido de elaborar el propio plan de vida sexual – con quién, cuándo, dónde y cómo – y la intangibilidad de los



menores de aquella edad y de quienes carecen de capacidad para consentir libremente la acción del agente ⁽³⁰⁵⁾.-

Es claro que las argumentaciones restrictivas referentes a la *fellatio* han perdido vigencia ante la contundencia de la nueva redacción del 3º párr. del art. 119 llevada a cabo por la 27.352 lo que en definitiva, deja en pie las atestaciones de la tesis amplia.-

No obstante, y volviendo al comentario realizado por Buompadre sostiene sobre este particular “Nosotros creemos – aun después de la reforma de la Ley 27.352 – que identificar el concepto 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, por ej., las fosas nasales y auditivas. Por idénticas razones quedan también fuera del tipo penal que estamos heridas, analizando la penetración en orificios o cavidades artificiales, por ej., o en transexuales, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales en sujetos etcétera” ⁽³⁰⁶⁾. Aunque reconoce que “Es claro que, en la actualidad, la problemática relativa al llamado coito oral ha perdido interés debido a su expresa regulación en el código penal”. Sigue diciendo “Aportamos otra razón más que nos persuade de que la expresión “coito oral” no es una expresión equivalente a “acceso carnal”, la cual nos permite sostener la idea de que resulta imposible la existencia de un “acceso carnal por vía bucal”, como hoy se regula en el nuevo artículo 119 del Código penal. Ello así, habida cuenta de que, si por acceso carnal hemos de entender, o debe traducirse, como equivalente a cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc., que involucran acciones sexuales por penetración del órgano sexual masculino en la vagina o el ano de la víctima, entonces la referencia a un posible acceso carnal por vía bucal implica una extensión inadmisibles del concepto (y de la punibilidad) y una utilización impropia del término “coito”, si entendemos por tal el concepto que nos brinda el Diccionario de la Lengua en su primera acepción gramatical, “ayuntamiento carnal del hombre y la mujer” En consecuencia, no es posible admitir la existencia de un coito oral, por cuanto ni es coito ni es acceso carnal. La equiparación que se realiza en el artículo 119 es, simplemente, a los fines de la pena, por lo que dejamos sentada nuestra posición contraria a dicha equiparación, no sólo por las razones

³⁰⁵ FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 156/158)

³⁰⁶ BUOMPADRE Jorge “Violación...” (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)



anteditas –en el sentido de una equivalencia valorativa entre la *fellatio* y el acceso carnal- sino, fundamentalmente, porque se trata de una conducta que, aunque pueda ser reprochada severamente desde el campo de la moral social, no tiene el desvalor de acción ni de resultado del acceso carnal por vía vaginal y anal.”⁽³⁰⁷⁾. Concluye en que en definitiva la equiparación de la *fellatio* con el concepto de acceso carnal no implica que ello constituya violación en un sentido cultural o social sino solamente visto desde la óptica normativa, desde el punto de vista formal y a los fines de la pena.-

Lo concreto y real que de acuerdo a la reforma introducida en el párr. 3º del art. 119 por la ley 27.352 el acceso carnal – que equivale a la penetración – es punido con una pena de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediaren las circunstancias del 1º párr. cuando lo sea por vía anal, vaginal u oral o se realizaren otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. Se adopta el mismo texto del art. 179 del código penal español y en cierta forma se compatibiliza con la disidencia de la Dra. Barbagelata quien en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014 proponía la siguiente fórmula dando la razones del caso: “1. Se impondrá prisión de seis a quince años a quien **penetrare** a otra persona, u obligare a la víctima a penetrar por vía vaginal, anal o bucal con miembros corporales o con objetos en el caso de las dos primeras vías, en cualquiera de los siguientes supuestos...”⁽³⁰⁸⁾.-

³⁰⁷ Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

³⁰⁸ Son tres los cambios significativos en relación al texto aprobado por mayoría: 1. La sustitución, en el inciso 1), de la expresión “practicare coito” por “penetrar”, utilizando una expresión adoptada por el Anteproyecto 2006. 2. La inclusión de la conducta de “obligar a la víctima a penetrar”, que de lo contrario quedaría configurada como un abuso sexual con pena sensiblemente menor. 3. La inclusión, en el mismo inciso, de la conducta de introducción de objetos que no merece a nuestro juicio la pena menor de dos a diez años de prisión prevista para el abuso sexual del art. 127 del Anteproyecto, sino la de seis a quince años de prisión. La introducción de objetos constituye una hipótesis de violación de entidad similar a la producida a través del órgano sexual o partes corporales como dedos etc. por las secuelas psicológicas tan o más graves que puede dejar en la víctima. En relación a ello, es importante destacar que la introducción de objetos es tipificada como violación en el art. 179 del Código Penal de España; en el art. 164 inciso b) del Código Penal de Portugal; en el art. 308 del Código Penal de Bolivia, y en el Anteproyecto de Reforma del Código penal de la República Oriental del Uruguay – art. 50 –, entre otros. Por otra parte, la introducción de objetos por vía vaginal o anal configura violación en los términos de los Artículos 7 1) g); 8 2) b) xxii; y 8 2) e) vi del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conforme los Elementos de los Crímenes aprobados en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte (3 al 10 de septiembre de 2002). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por su parte, ha establecido que “las variaciones en el acto de violación pueden incluir actos que incluyen la inserción de objetos y/o el uso de orificios del cuerpo que no se consideran intrínsecamente sexuales”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Penal Castro Castro vs. Perú” ha determinado que “la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales sin consentimiento de la víctima. Además, en la perpetración de este delito se pueden usar otras partes del cuerpo del agresor u objetos e inclusive la penetración bucal del miembro viril”. Por todo ello se propone incluir dentro del tipo penal de violación la introducción de objetos por vía anal o vaginal, y además su supresión del art. 127 inciso 2, b). Se propone, además, la supresión en el



IV-V.- Introducción de otros objetos o partes del cuerpo por vía anal o vaginal.

Aventada la cuestión referida a la *fellatio* conviene analizar la frase “otros actos análogos” y en ese transe se debe considerar que ello significa actos similares, parecidos, idénticos, semejantes, equivalentes, etc. al acceso carnal, introduciendo otros objetos o partes del cuerpo lo cual implica una redundancia pues ya se ha afirmado que acceso carnal implica penetración – introducción de una cosa a la otra – y esos objetos o partes del cuerpo, desde luego deben tener una significación sexual⁽³⁰⁹⁾.-

El *objeto* es una cosa inanimada, es decir algo inerte, inane sucedáneo del pene o de otra parte del cuerpo, de modo que cualquier cosa introducida contra la voluntad del sujeto pasivo mayor de trece años, y haciendo abstracción de la voluntad del menor de trece – porque no la tiene – implica una agresión sexual que contraviene el bien jurídico protegido. Lo que implica una variedad de objetos inespecíficos que van desde consoladores, palos, botellas, hortalizas, etc. De allí que la aserción de Buompadre resulta positiva en cuanto a que “la imprecisión del concepto de objeto – por cuanto el legislador no ha brindado ninguna pista esclarecedora en tal sentido –, revela que el concepto puede hacer referencia a una inabarcable lista de instrumentos o materiales que pueden ser usados por el agente activo para consumir el delito sexual, con lo cual se presentaría un escenario notable de inseguridad jurídica”⁽³¹⁰⁾ y agrega que se produce una cierta desproporcionalidad al equiparar introducción de objetos con otras partes del cuerpo, pues lo primero resulta más degradante que lo segundo.-

Como se va ver *ut-retro* el sujeto pasivo es indiferenciado al igual que el sujeto activo. Entonces surge la inquietud sobre si la mujer que no está dotada de órganos masculinos para penetrar pueda utilizar algún tipo de prótesis que se sujeta a su cuerpo con determinados correajes para ejecutar los actos violatorios. En mi concepto esto puede catalogarse como un objeto que con fines sexuales se introduce en el ano o en la vagina de la víctima. Esto también lo afirma Buompadre al señalar una prótesis no es cuerpo humano, sino una pieza, una herramienta artificial, que se integra al cuerpo de una persona humana para reemplazar a un órgano que falta en esa persona. Pero, no es un órgano humano. Hasta aquí estoy de acuerdo. Pero discrepo con el siguiente párrafo: “Por lo tanto, la

inciso 1º, apartado b) del artículo 126, de la referencia a la imposibilidad de “resistir” por parte de la víctima, a fin de despejar cualquier posibilidad de exigencia de resistencia de parte de la misma para que se configure el delito, bastando para ello la falta de consentimiento o la imposibilidad de comprensión de la acción, sin más”.-

³⁰⁹ En tal Sentido BUOMPADRE Jorge “Violación...” (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

³¹⁰ Idem. (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)



introducción de una prótesis en la vagina o en el ano de otra persona no sería típico de violación, sino un ultraje encuadrable en el segundo párrafo del art. 119 (sometimiento gravemente ultrajante), en la medida que concurren sus elementos típicos” pues si se acepta que se trata de una pieza una herramienta artificial, desde luego se está hablando de un objeto y por ende entraría en el supuesto del párr. 3º del art. 119 y no en el 2º párr.-

Las *partes del cuerpo* son todas aquellas partes del cuerpo humano, superiores o inferiores, internas o externas, distintas del pene, que pueden ser utilizadas por el agente activo para la consumación del delito sexual – dedos, lengua, manos, etc. –. Villada excluye el *cunnilingus* haciendo una sutil diferenciación, pues entiende que no hay acceso carnal propiamente dicho, salvo que se penetre aunque sea parcialmente con la lengua, lo que será considerado penetración y la conducta quedará incurso en el 3º párr. – violación – (³¹¹). En realidad si uno se atiende al origen de esta palabra *cunnilingus* –del latín: *cunus*, "vulva"; y *lingō*, *lingere*, "lamer" – es la práctica del sexo oral en los genitales femeninos – clítoris, vulva y vagina –, se debe concluir que para llegar, por ejemplo al clítoris de una mujer se hace menester la introducción de la lengua en la vagina, de modo que se produce una suerte de penetración que es lo que ocurre con frecuencia.-

IV-VI.- Sujeto activo y sujeto pasivo.

Con la anterior redacción del art. 119, en lo referente a la violación, era doctrina mayoritaria que el sujeto activo del delito sólo podía serlo el hombre pues era quien mediante una actividad viril consistente en la introducción o penetración, completa o incompleta, llevaba a cabo con su órgano sexual el acceso en cavidad del sujeto pasivo, pues suponía un sujeto accedente y un sujeto accedido. El término especificado en la ley al requerir que el autor “tenga acceso carnal” impide que se pueda considerar sujeto activo a la mujer o al pederasta pasivo que se hace penetrar por el varón. No obstante ello, había un sector de la doctrina que entendía que era posible la violación inversa. Entre ellos se encontraba Carrara, Maggiore y la mayoría de la doctrina italiana, como así también en nuestro país Peco, Molinario, Gómez y Fontán Balestra.-

Luego de la reforma realizada por la ley 25.087 al sustituir el término “tenga acceso carnal” por el de “hubiere acceso carnal” las posiciones se dividieron en tesis restrictivas y tesis amplias, las

³¹¹ VILLADA Jorge (ob. cit. p. 185)



cuales obviaré comentarlas dado que de acuerdo a la nueva redacción los sujetos pasivos y activos son tanto la mujer como el hombre.-

IV-VII.- Violación entre contrayentes y convivientes.

Se plantearon algunas cuestiones interesantes respecto, por ejemplo, a la *violación entre cónyuges* – ahora contrayentes y convivientes –, circunstancia ésta que derivaron en algunas discusiones en el marco de la doctrina y jurisprudencia local.-

A partir de la sustitución del Código Civil por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se han derogado algunas normas respecto a esta materia como así también ha cobrado un nuevo enfoque la relación entre contrayentes – recordar la vigencia del matrimonio igualitario ley 26.618 (15/07/2010, B.O. 22/07/2010) – y la nueva institución como la unión convivencial. Esto desde luego ha repercutido en la visión penal, no obstante que ya sobre el particular había consenso al respecto.-

Había una tendencia con el texto anterior que entendía que no resultaba punible la violación del marido contra la esposa y ello se fundaba en la existencia del débito conyugal que emergía del vínculo matrimonial, cuya obligatoriedad estaba prevista en los arts. 198 ⁽³¹²⁾ [actuales arts. 431 ⁽³¹³⁾],

³¹² Art. 198 C.C.: “Los esposos se deben mutuamente, fidelidad, asistencia y alimentos”.

³¹³ Art. 431 C.C. y C.: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”, “La norma comienza dejando en claro que el matrimonio está indisolublemente unido a un proyecto de vida compartido. Esta idea presupone conjugar las aspiraciones de uno con las del otro, para trascender hacia una construcción compartida. Necesariamente implica el compromiso de repartir esfuerzos y que las decisiones que se tomen respeten los intereses de ambos, todo bajo la perspectiva de la responsabilidad familiar. La nota definitoria del matrimonio es, pues, ser una comunidad de vida sustentada en el apoyo mutuo, la contención y la búsqueda de bienestar de sus integrantes... Se reconoce al matrimonio como un potente cauce para la realización del proyecto de vida de sus miembros, que trasciende el destino impuesto por la tradición, orientado a la procreación y la educación de los hijos. La utilización de la fórmula “proyecto compartido” tiene una indudable función pedagógica, en tanto denota la idea de comunidad de vida, que supone el respeto, la tolerancia, y la búsqueda de consensos para el logro de objetivos comunes... El concepto de “cooperación” tiene un alcance amplio que deberá ser evaluado en cada caso concreto, pero esencialmente implica el deber de colaborar con el otro para la consecución de un mismo fin, y la obligación de compartir esfuerzos y sacrificios en pos del objetivo buscado. Encuentra su fundamento en el principio de solidaridad que se proyecta en el ejercicio de la responsabilidad familiar... La norma reincorpora el deber de convivencia el que desde una obligada mirada sistémica del texto legal y la interpretación coherente al que alude expresamente el art. 2 C.C. y C., también debe ser considerado un deber moral ya que su violación no produce efectos: ni existe posibilidad de obtener su cumplimiento coactivo, ni sanción para el cónyuge que rompe la convivencia, ni tampoco, puede admitirse acción de daños y perjuicios, que con tanta reticencia son vistos hoy en el derecho matrimonial, incluso en la práctica judicial en los últimos años de la vigencia del régimen civil derogado... Durante la vigencia del CC, la fidelidad era considerada un deber jurídico derivado del carácter monogámico del matrimonio. El nuevo texto no la incluye dentro de las



432 y 490 del C.C. y C.] y 199 del C.C. (³¹⁴) [actual art. 431 del C.C. y C.] (ley 23.515). De esto también se deducía que los cónyuges tienen el deber jurídico de no incurrir en adulterio y a tener relaciones sexuales únicamente entre ellos (arts. 202 [derogado por el C.C. y C.], 214 [derogado por el C.C. y C.] y 220 del C.C. [actual art. 425 del C.C. y C.] (³¹⁵)).-

Pero esta tendencia presentaba algunos matices de opinión que se reducían a los siguientes:

1) Un sector consideraba que el acceso violento o abusivo de la esposa legítima no es ilícito cuando se consuma por vía normal, ya que el autor tiene derecho a exigir la relación sexual. Pero ésta pasa a ser ilegítima cuando en aquélla hay actos contra natura. Eran partidarios de esta postura Soler (³¹⁶), Núñez (³¹⁷), Fontán Balestra (³¹⁸), Peco (³¹⁹), Creus - Buompadre (³²⁰). No obstante la reforma, apuntaba Buompadre, algunos sostienen que es condición necesaria para que el acceso carnal constituya un abuso sexual punible es que el autor no tenga derecho a exigirlo, lo que ocurre en la relación carnal entre cónyuges que jurídicamente están obligados a prestar el débito conyugal y en

consecuencias jurídicas, dejándolo reservado al ámbito privado de las personas. En su lugar, fomenta la libertad de intimidad, de conciencia y religiosa, valoradas como pilares indiscutibles de la sociedad democrática que se propicia. La fidelidad escapa a la esfera jurídica, no puede exigirse coactivamente, ni su incumplimiento sancionarse por el derecho. No es más que una manifestación de la conducta humana que pertenece al terreno íntimo de los cónyuges y de cada pareja. Naturalmente, ello no implica que la ley promueva un matrimonio en el que no se respeten los compromisos asumidos, ni que propicie conductas reñidas con las pautas culturales vigentes, o que la conciencia social reprocha o subestima. Simplemente, lo que la norma está reconociendo es que la fidelidad está incluida en el propio proyecto acordado por los cónyuges, y que no puede ser impuesta por el ordenamiento jurídico, porque trasciende su ámbito de incumbencia... Para finalizar, consagra el único deber jurídico exigible, que da título al artículo: la obligación de prestarse asistencia mutua. Aunque utiliza la voz genérica "asistencia", comprensiva tanto de los cuidados que ambos cónyuges deben dispensarse, la ayuda y el respeto recíproco – que desbordan el aspecto meramente patrimonial— como la prestación alimentaria en sentido estricto, en los artículos siguientes se limita a regular expresamente los alimentos (arts. 432 al 434 CCyC)". (Cfme. MOLINA DE JUAN Mariel en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" t. II, HERRERA Marisa - CAMELO Gustavo - PICASSO Sebastián (Directores) Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 48/51)

³¹⁴ Art. 199 C.C.: "Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas..."

³¹⁵ Art. 202 C.C.: "Son causas de separación personal: 1º el adulterio..."

Art. 214 C.C.: "Son causas de divorcio vincular: 1º las establecidas en el art. 202..."

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

³¹⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 285).

³¹⁷ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 252).

³¹⁸ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 66).

³¹⁹ PECO José para quien cualquiera sea la forma, el acto, aunque inmoral, no es contrario al derecho. (ob. cit. LL 5-42.).

³²⁰ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 214/215). Agregando los casos de evitación de contagios, o daños en las relaciones sexuales pre o posparto o cuando se agrave el pudor de la esposa por el lugar por la oportunidad en que pretende realizarla.



ese caso el delito podría quedar excluido, sin perjuicio de la figura de lesiones o de coacción que pudiera corresponder si se utilizó violencia o amenazas ⁽³²¹⁾.-

Esta última consideración parece ser el sustento de la posición de Reinaldi quien concretamente expresaba que entre los cónyuges existe el derecho - deber a la prestación sexual recíproca y si uno de ellos se manifiesta renuente a cumplir con esa obligación y el otro logra hacerlo contra su voluntad, no comete delito de violación, no obstante “porque no tiene derecho a lograrlo *ab torto collo*, por la fuerza sin respetar la dignidad del otro, su conducta indiscutiblemente antijurídica lesionará otros bienes suyos merecedores de protección legal y, por consiguiente, encuadrará en otro delito previsto para su protección: el de coacción, contemplado en el art. 149 bis § 2º C.P. cuya criminalidad “no reside en la ilicitud de lo exigido a la víctima, sino en la ilicitud del hecho de exigir en sí”, del modo en que se lo hace, constringiendo a efectuar una acción que ese otro, pese a estar obligado, se reusa a cumplir” ⁽³²²⁾.-

2) También tenía lugar el delito cuando el rechazo de la esposa tiene su fundamento en circunstancias motivadas en enfermedades contagiosas por razones de profilaxis o fisiológicas. Así lo entienden Soler ⁽³²³⁾, Fontán Balestra ⁽³²⁴⁾, Creus - Buompadre ⁽³²⁵⁾. En la posición contraria se encontraba Núñez, quien entiende que “el acceso vaginal violento o abusivo no constituye violación cuando la oposición de la esposa se basa en razones profilácticas o fisiológicas porque el acto no ofende la honestidad de la esposa sino otros intereses como la salud o la de la prole. El acceso normal violento o abusivo entre esposos sólo puede configurar una violación cuando su ejecución, por las circunstancias que la rodean, constituyen un atentado al pudor de la esposa” ⁽³²⁶⁾.-

³²¹ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 401) citando a GAVIER Enrique (ob. cit. p. 44).

³²² REINALDI Víctor (ob. cit. p.110); LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 358), tanto el primero como los segundos también contemplan la responsabilidad por lesiones.

³²³ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 285).

³²⁴ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 66).

³²⁵ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 214).

³²⁶ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 252/53).



3) Finalmente, se encuentra la tesis – mayoritaria – que sostiene que existe violación en todos los supuestos en que el marido accede carnalmente a la esposa contra su voluntad y mediante el uso de violencia ⁽³²⁷⁾ ⁽³²⁸⁾.-

Cabe señalar que si bien existen una serie de obligaciones que impone el matrimonio de acuerdo a la ley civil, en última instancia los disensos que podrían darse en el curso de aquél serían factibles de ser saneados por los remedios que el mismo fuero contempla, tal es el caso de la separación o el divorcio. Pero lejos de ello se encuentra el hecho de que el matrimonio legitime cualquier tipo de intimidación o violencia que se ejercite en perjuicio de los contrayentes, tal es el acceder en forma violenta a algún tipo de relación sexual, de lo contrario se estaría instrumentando una cosificación de la víctima y sí el abuso sexual con acceso carnal es sancionado cuando tiene lugar en detrimento de cualquier persona, se estaría discriminando en forma injustificada a algunos de los contrayentes por el sólo hecho de adquirir la calidad de tales. Es menester remarcar que en esta línea de pensamiento el derecho a tener acceso carnal en el matrimonio sólo está legitimado en la medida que medie consentimiento de la otra parte. De la misma manera cabe reflexionar respecto a los casos en que el contrayente ha accedido a una relación sexual consentida para una determinada

³²⁷ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal*” (ob. cit. ps. 402/403); CLEMENTE José (ob. cit. p. 107); DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 71/72); PARMA Carlos (ob. cit. ps. 82 y sgtes); BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1052); D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 173); DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 93/94) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 577); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 429); AROCENA Gustavo “*¿Violación en el matrimonio? (Apostilla para el estudio de la cuestión)*”, en “*Ley, razón y justicia. Revista de investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*”, Neuquén, año 2, Nº 4, Ed. Alveroni, Córdoba, 2001, p. 116; ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 114); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 200); FIGARI Rubén “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 178/180)

³²⁸ 1- “Si el marido de quien se había separado de hecho la mujer, al encontrar a ésta en la vía pública la llevó a la fuerza a una cantera próxima y allí la golpeó produciéndole lesiones y la obligó a mantener repetidos accesos carnales, esta conducta encuadra en el art. 119, inc. 3º del Cód. Penal, porque es ofensiva de la libertad o reserva sexual de la víctima, desde que ésta tenía derecho, al no mediar intimidación judicial de volver al hogar, a no ser forzada a mantener relaciones carnales con el autor”. (TS Córdoba, sala crim. y correc., octubre 2 978 C., J. D.), SP LL 97992.-

2- “El marido que accede carnalmente a su esposa o lo procura al acceso mediante actos significativos de esa finalidad “desplegando energía físicas a fin de superar su disenso para el acto” cumple la acción reprimida por el Cód. Penal, art. 119, inciso 3º”. (C.Acusación Córdoba, abril 9 980 Corvalán, Elpidio L.), BJC, XXIV142 JA, 981164.

3- “Frente a la negativa de la mujer de cumplir con el débito conyugal, el marido – sin perjuicio de la vía judicial para intentar las sanciones civiles previstas, como ser el divorcio – será responsable del delito de violación si media ejecución del acto sea por medio de la fuerza o en contra de la voluntad de la víctima”.

(J. Instruc. 1 Nom. Villa Dolores 2000/04/11, R.,J.A) L.L. 2000 - C - 251 con nota de José I. Cafferata Nores.

4- “Corresponde confirmar el procesamiento en orden a los delitos de lesiones leves agravadas por el vínculo, en concurso ideal con privación ilegal de la libertad agravada en concurso ideal con abuso sexual calificado por mediar acceso carnal decretado contra el esposo de la víctima – quien le aplicó un golpe de puño en el rostro y privándola de su libertad la condujo hasta un albergue transitorio donde la obligó a mantener relaciones sexuales –, toda vez que las constancias presentadas en la causa – declaraciones testimoniales e hisopado vaginal – resultan suficientes para acreditar la responsabilidad del imputado conforme el art. 306 C.P.P.N.”. (C.N. Crim. Y Correc., Sala IV, 23/12/2002 - Baliño Marcelo) LLOnline.



especie o forma en que ésta se realice, y tal voluntad se contraría mediante violencia o amenaza a que el trato sexual sea de una manera diferente ⁽³²⁹⁾. “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 también le impide practicar otros a los que su pareja no le permite acceder (*cunnilingus*, heteromasturbación, etc.)” ⁽³³⁰⁾.-

Todo lo dicho anteriormente se hace extensivo a las uniones Convivenciales, registradas o no – arts. 509 y sgtes. del C.C. y C. –.-

IV-VIII.- Violación a prostituta/o.

En el supuesto de la *prostituta/o* se consideraba que la misma o el mismo al carecer de un sentimiento de honestidad, tal cual era el bien jurídico protegido anterior a la reforma, se entendía que no existía el delito en cuestión. Esto ya venía de la época de Carrara ⁽³³¹⁾ y lo entendían de esa manera Jiménez De Asúa ⁽³³²⁾ y Ramos ⁽³³³⁾. En contra Soler ⁽³³⁴⁾. Por su parte, Núñez entendía que para sostener que el acceso violento o abusivamente logrado con la meretriz constituye el delito del art. 119, basta señalar que por el sólo hecho de tener esta calidad, patentada o no, la mujer no ha enajenado a cualquiera y en cualquier circunstancia el derecho de disponer sexualmente de sí misma. En cambio, sí en el prostíbulo instalado con arreglo a una reglamentación oficial, el cliente que habiendo cumplido la prestación que exige el servicio, lo logra violenta o abusivamente. La violación

³²⁹ Algo similar podría ocurrir en otro contexto o en el mismo en el supuesto llamado *non consensual condom removal* o *stealth* es una práctica sexual común llevada a cabo por hombres jóvenes, sexualmente activos, que consiste en quitarse el condón durante el coito sin el consentimiento de su pareja, con quien previamente se había acordado utilizarlo. El término *stealth* en inglés significa "sigiloso", "furtivo", "con disimulo", "sin detección" y de allí la denominación a esta práctica subrepticia que realiza el sujeto para evitar ser descubierto. Al no haber consentimiento para realizar el acto sexual de una determinada manera y subrepticamente el agente realiza la maniobra mencionada, podría considerarse una violación pues se vulnera el pacto de la relación consentida (Cfme. LUZZA Yamila “*Stealth: un ataque a la integridad sexual*” en “*Revista de Derecho Penal y Criminología*” N° 3 Abril, Ed. La ley, Buenos Aires, 2018).

³³⁰ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal*” (ob. cit. p. 403) citando a SUÁREZ RODRIGUEZ Carlos “*El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*”, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1995, p. 315.

³³¹ CARRARA Francesco (ob. cit. §1525).

³³² JIMÉNEZ DE ASÚA Luis “*El criminalista*” segunda serie, vol. III, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1961, p. 136.

³³³ RAMOS Juan “*Curso de Derecho Penal*”, tercera edición, vol. V, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1935, p. 240.

³³⁴ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 284).



queda excluida en este caso, porque la mujer carece de derecho a negarse al acceso, pero el cliente incurre en un ejercicio arbitrario del propio derecho, no punible como delito en el país ⁽³³⁵⁾. En igual sentido Fontán Balestra ⁽³³⁶⁾. En realidad ello encuadraría en la coacción (art. 149 bis párrafo segundo) ⁽³³⁷⁾.-

Lo real y concreto es que teniendo en cuenta que se ha consagrado a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, todas estas disquisiciones que se consideraron *ut supra* en realidad han dejado de tener vigencia pues nada tiene que ver la condición moral de la víctima sino su autodeterminación para el ejercicio de la vida sexual.-

IV-IX.- Violación a transexuales.

Otro caso que merece contemplación es el de los *transexuales* que son personas que tiene un fuerte sentimiento (sensación ⁽³³⁸⁾) de pertenecer al sexo contrario a su sexo biológico – factores cromosómicos, gonádicos, genitales, fenotípicos – y por ello desean adquirir la morfología genital y fenotípica del otro sexo. Este término está también asociado a la expresión “eonismo”. Se ha considerado el transexualismo como un síndrome en el que existe una pulsión psicológica, aparentemente primaria – o en cualquier caso revelada en tiempos remotos –, de pertenecer al sexo opuesto al genético, fenotípico registrado civilmente; pulsión que se acompaña de un comportamiento psicosexual opuesto a aquél previsto por el sexo anatómico y que se asocia al deseo obsesivo de liberarse de los atributos genitales poseídos y adquirir aquéllos del sexo opuesto ⁽³³⁹⁾. Se trata de un disturbio en el plano de lo psicológico que afecta la identidad sexual, es decir, la consciencia de pertenecer a uno u otro sexo ⁽³⁴⁰⁾ aunque algunos autores sostienen la posibilidad de que la transexualidad tenga una causa biológica ⁽³⁴¹⁾ no obstante sobre el particular no hay nada que

³³⁵ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 251/252).

³³⁶ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. ps. 68 y 85/86).

³³⁷ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 115).

³³⁸ “Son aquellas personas, aún perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; e intentan acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinadas a adaptar sus características físicas a su psicología” (Corte europea de derechos del hombre “Rees c. Reino Unido” 17/10/86).

³³⁹ DI PIETRO María “Modificazione e rettificazione del sesso: analisi degli aspetti medici” en ZAGGIA C. “Progresso bio médico ediritto matrimoniale canonico”, CEDAM, Padua, 1992, p. 23.

³⁴⁰ WACKE Andrea “Del hermafroditismo a la transexualidad” en “Anuario del Derecho Civil” t. N° XLIII, fascículo III, julio - septiembre, Madrid, 1990, p. 677.

³⁴¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos “Nuevas reflexiones sobre la adecuación y el consiguiente cambio de nombre”, en “Derecho Civil de nuestro tiempo”, Universidad de Lima - Facultad de Derecho y Ciencia Política - Centro de



se ha podido corroborar al respecto. Esta característica se diferencia del hermafroditismo, del homosexualismo y del travestismo, es menester hacer esta caracterización a los fines del análisis de la cuestión con respecto a la norma o la actividad típica a que se refiere ella.-

Este escenario se presenta en nuestro país con la sanción de la ley 26.743 de identidad de género que en el art. 2 expresa: “Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. El art. 11 dice: “Derecho al libre desarrollo personal. Todas las personas mayores de dieciocho años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa...”.-

El tipo de intervenciones quirúrgicas que tienden a una modificación de la forma de los genitales externos por medio de la mutilación – extirpación de los genitales internos y externo del sexo originario y a una operación de plastía con los implantes que corresponda para dar una nueva forma a los genitales externos, a fuer de decir verdad no producen el mentado “cambio de sexo”, sino que es un reflejo de las características sexuales externas del sexo opuesto. Así, en el caso de una operación a un transexual – mujer, la “neo vagina” no posee mucosa y tampoco tiene inervación con los filetes nerviosos lumbares y sacros que normalmente relacionan los genitales con los centros genésicos de la médula espinal ⁽³⁴²⁾. También se ha detectado que tanto en el transexual – hombre como en la mujer la libido disminuirá – o desaparecerá –, al no haber conexión entre los genitales y los centros nerviosos medulares. En el caso de una transexual – hombre, el “neo pene” no tiene capacidad de erección real, no podrá eyacular y en consecuencia no tendrá orgasmo. Finalmente, en cuanto a las características sexuales secundarias muchas de ellas no pueden ser sustituidas ni con cirugía ni con hormonas: tal es el caso del cartílago cricoide que sólo poseen los hombres, la

Investigación – Gaceta Jurídica editores, Lima, sin indicación de año, p. 19.

³⁴² BONNET Emilio “Cambio de sexo y homosexualidad. Aspectos médicos - legales”, en “Jurisprudencial Penal de Buenos Aires”, año III, N° 9 Abril - junio 64 - Buenos Aires, p. 130.



acumulación de tejido adiposo en los muslos femeninos, la estructura ósea de las caderas, de los maxilares, la forma de los pies y de las manos.-

De más está decir que la operación, por ejemplo, que realiza un hombre que pretende dar a sus genitales externos una apariencia femenina consiste en la emasculación total, con ello se obtiene un colgajo cutáneo y se forma con él, a nivel de la perineal de un fondo de saco, especie de estuche destinado a recepcionar el miembro viril masculino y que recibe el nombre de “neo vagina” o “pseudovagina”, se colocan prótesis siliconadas pseudomamarias y en el caso de la mujer que desea poseer genitales externos de aspecto masculino se procede a la mutilación de las mamas, extirpación de útero y ovarios, colocación de prótesis testicular y peneana y una operación plástica para dar forma masculina a los caracteres sexuales. Concurrentemente se suministran hormonas tanto en hombre o mujer para estimular la aparición de características sexuales secundarias del sexo elegido.-

Si bien todo lo antes dicho podría haber sido considerado una cuestión de gabinete, ello en la actualidad forma parte de una realidad insoslayable. Es evidente, de acuerdo a lo relacionado anteriormente, que en estos casos del transexualismo lo que se ofrece – en el caso del transexual mujer – es un orificio o conducto. Si así se considerara no se estaría lejos de las opiniones de aquéllos de tener acceso por una herida, orificios nasales o auriculares, pero es del caso que estas atestaciones, además de sonar absurdas e impracticables, al respecto se debe tener en cuenta que para darle a la cuestión un nivel de razonabilidad, ese orificio o conducto creado en forma artificial que penetra en el cuerpo *no ha sido para otro fin que para satisfacer apetencias sexuales que el sujeto siente como femeninas*. No obstante, resulta innegable, y pese a esa desviación de naturaleza psicológica, ello no es óbice para que se pierda el derecho de decidir libremente la forma, oportunidad y sujeto con el cual se va a relacionar y consecuentemente de resistir una decisión contraria en tal sentido. “Una penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo del sujeto operado y sometiéndolo a violencia para poder llevarla a cabo, es, en el concepto jurídico, y desde nuestro punto de vista constitutivo del delito de violación” ⁽³⁴³⁾.-

Se plantea una duda hamleteriana respecto al caso de la mujer travestida en hombre mediante una operación tal como la manifestada *ut-supra*, es decir, si ese “neopene” constituye – por su

³⁴³ MORAS MON Jorge (ob. cit. ps. 24 y sgtes.); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 425); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 107); GARONA José (ob. cit. p. 30); CHIAPPINI, Julio, “La ‘Fellatio in ore’: Una réplica”, J.A.-1993-III - 742 y sgtes.; AROCENA Gustavo - BOUVIER Hernán (ob. cit. p. 85). En contra BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 394) y en “Violación...” (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 62).



carácter de prótesis – un objeto o cosa o en su defecto una parte del cuerpo. Buompadre es partidario de que si el autor sigue siendo mujer en sentido biológico o naturalístico, pero se ha convertido en varón en sentido normativo – por vía quirúrgica –, entiende que el legislador, al tipificar la figura, ha tenido en cuenta el sexo biológico de los sujetos; de otro modo, no podría sostenerse la idea de que no resulta posible, en la modalidad de, acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, la violación de mujer a mujer quedando reservada esta hipótesis para los abusos sexuales de los párrafos primero o segundo del art. 119 ⁽³⁴⁴⁾.-

Se podría argüir, en contraposición a los dicho *ut-supra*, que las prótesis, sean mamarias, peneanas, etc. se reducen a cosas, bienes susceptibles de tener un valor económico (art. 16 del C.C. y C.), de acuerdo a la concepción civilista, y por ende entrarían en la categoría de objetos. Pero una vez implantados en el cuerpo humano ¿siguen siendo cosas u objetos? o ya pasan a ser una parte del cuerpo humano de modo que la prótesis peneana sería parte de aquél y por consiguiente insertada en el cuerpo de la mujer capaz de ejercer la penetración y por ende encasillarse en el tipo delictivo del 3º párr. del art. 119 en atención a que tanto el sujeto pasivo como el sujeto activo es indiferenciado.-

IV-X.- Tipo subjetivo.

La figura del abuso sexual con acceso carnal admite el dolo como el fundamento subjetivo de culpabilidad. Este tipo de dolo se compadece con la voluntad consciente de acceder carnalmente al sujeto pasivo y como contrapartida el conocimiento de la voluntad contraria de éste. La duda sobre conocimiento de la situación en que se encuentra la víctima de la cual abusa el autor, o de la voluntad contraria, es compatible con el dolo eventual ⁽³⁴⁵⁾. En contra Donna quien sólo admite el dolo directo ⁽³⁴⁶⁾.-

Núñez señala que no se trata de un dolo específico porque esa voluntad y saber del autor no estructuran el *corpus* del delito sino que sólo representan el fundamento subjetivo de su responsabilidad. “La doble faz del dolo de este delito no carece de significación pues en tanto que en el aspecto de la voluntad de acceder carnalmente se exige el dolo directo, se admite el dolo eventual en lo que atañe al conocimiento de la situación de la que el autor abusa o de la resistencia que se le

³⁴⁴ BUOMPADRE Jorge “Violación...” (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar)

³⁴⁵ En igual sentido DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 95); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 431).

³⁴⁶ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 75); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 210).



opone”⁽³⁴⁷⁾. Soler admite el dolo eventual respecto a la duda de la edad de la víctima⁽³⁴⁸⁾. En igual sentido Buompadre⁽³⁴⁹⁾. Creus - Buompadre consideran que el dolo exige el conocimiento de la ilicitud del acceso por falta de consentimiento de la víctima, o sea, el conocimiento cierto, o dudoso cuando menos, de las circunstancias y calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente ese consentimiento, de la voluntad contraria de ella o la previsibilidad de esa voluntad contraria. La duda sobre la calidad o condición de la víctima equivale a ese conocimiento, pero no es suficiente para él la existencia de un deber de saber⁽³⁵⁰⁾.-

Fontán Balestra determina que el error de hecho sobre cualquiera de las circunstancias que determinan el contenido del dolo es excluyente de la culpabilidad; aún el error imputable que tiene por efecto dejar un remanente culposo, porque la violación sólo se tipifica con la culpabilidad dolosa⁽³⁵¹⁾⁽³⁵²⁾.-

³⁴⁷ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 265).

³⁴⁸ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 286).

³⁴⁹ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 405).

³⁵⁰ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 216).

³⁵¹ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 83).

³⁵² SOLER sobre el particular refiere que el error puede ser una excusa válida, cuando reúne las condiciones necesarias, basta el dolo eventual con respecto a la duda posible de si la víctima tiene o no esa edad pues no se trata de un elemento subjetivo del tipo dotado de carácter positivo expreso (el que tuviere acceso carnal con una persona que *sabe* menor de doce años). Juega, pues, este elemento como cualquier otro elemento objetivo (SOLER Sebastián (ob. cit. p. 286)).-

NUÑEZ por su parte, enfatiza que el error de hecho funciona con amplitud para excluir el dolo. Ese error puede recaer sobre el hecho mismo del acceso, por ejemplo, si el autor cree que sólo realiza un simple *coitus inter femora* o que accede un cadáver. Pero por lo común el error se produce en el ámbito puramente intelectual del dolo. En el caso del inc. 1º, se ha admitido el error que hace creer al autor que la víctima tiene más de doce años. No es admisible, por el contrario la simple ignorancia indiferente sobre la edad de la víctima, porque ella implica un dolo eventual. En cambio, la ignorancia acompañada de la firme esperanza de que la víctima no tenga menos de doce años, constituye solo una culpa consciente, no punible en este caso. También exculpan el error y la ignorancia no indiferentes sobre el estado de incapacidad o de inconsciencia de la víctima. Es igualmente posible y admisible un error sobre la posibilidad de resistir en que se encuentra la víctima, así como respecto de la seriedad o finalidad de su resistencia (NUÑEZ Ricardo ob. cit. p. 266).-

FONTÁN BALESTRA discrepa con la anterior opinión de NUÑEZ pues entiende que la culpa consciente no consiste en dudar con esperanzas de la naturaleza de un elemento del tipo penal, sino en creer fundadamente el autor que va a poder evitar que ese elemento se materialice. En la culpa consciente no hay nunca asentimiento, y quién duda, por muy firmes que sean sus esperanzas, al obrar, asiente. El error sobre la edad de la víctima, si ésta es mujer honesta (anterior redacción), puede tener la consecuencia de adecuar el hecho a la figura del estupro, que fija pena menor, si se aprecia sin error el acceso carnal con mujer mayor de doce años y menor de quince con su consentimiento (art. 120 C.P.) (FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 83)).-

CREUS señala que la creencia errónea en la ausencia de la voluntad contraria, edad o condición de la víctima puede excluir la culpabilidad (p. ej. creer que la mujer que en realidad tiene once años y que ha prestado su consentimiento, tiene catorce, cuyo caso el tipo aplicable es el de estupro, aunque últimamente cierta jurisprudencia y alguna doctrina – CHIAPPINI – han sostenido la inimpunidad de ese sujeto, porque si bien faltan los conocimientos necesarios para el dolo de violación, también faltaría el sujeto pasivo del estupro – ya que no se trata de una mujer mayor de catorce y menor de quince –, olvidando que lo realmente punido es el acceso carnal ilícito, así como los principios que surgen del art. 48



Por mi parte considero que se trata de un delito doloso de dolo directo pues el agente tiene conocimiento de la ilegalidad del acto o ausencia del consentimiento por parte de la víctima mayor de trece años – menor de esta edad se presume *jure et de iure* la ausencia del mismo –

IV-XI.- Consumación y tentativa.

Tal cual como se ha sostenido al analizar esta figura, el núcleo típico de la misma se consuma con el acceso carnal por parte del sujeto activo en detrimento del pasivo cualquiera sea el grado de penetración sin que sea requerible el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual al que se le adosa, según la reforma la introducción de objetos u otras partes del cuerpo en la vagina, ano o boca.-

Por tratarse de un delito de resultado, el mismo admite la tentativa (³⁵³). Según se había visto al tratar el tema de la tentativa en el abuso sexual simple, la cuestión entre éste y la tentativa de abuso sexual con acceso carnal estribaba en el dolo que asumía el sujeto activo, vale decir, que si la finalidad de éste era alcanzar el acceso carnal y el mismo se frustró por circunstancias ajenas a su voluntad habría, en consecuencia, una tentativa de violación, de lo contrario se estaría en presencia de un abuso sexual (³⁵⁴). Apunta Tenca que: “La dificultad radica en que el dolo del acceso carnal no es extraño al del abuso sexual, pues media entre ambos afinidad ontológica y porque en todos los casos el dolo del autor no se extiende sólo al resultado especial o más grave, sino que comprende también los otros medios indispensables para conseguir el fin deseado. Externamente ambas conductas presentan una relación de semejanza parecida a la que guardan las lesiones con respecto a la tentativa de homicidio” (³⁵⁵) (³⁵⁶).-

Villada disiente con la doctrina de quienes sostienen que al no consumarse el hecho del tercer párrafo, la conducta quedará atrapada por los dos anteriores, porque se objetiviza el juicio de

del C.P.) (CREUS Carlos (ob. cit. edic. 1992 p. 199)).

³⁵³ En contra CARRERAS Raúl (ob. cit. LL 2000-C-1059).

³⁵⁴ En igual sentido ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 432).

³⁵⁵ TENCA Adrián (ob. cit. p. 98).

³⁵⁶ 1- “El dolo de violación no es extraño al dolo del abuso deshonesto, pues media entre ambas figuras suficiente afinidad ontológica y porque en todos los casos el dolo del agente no se extiende sólo al resultado especial o más grave, sino que comprende también los otros que él sabe medios indispensables para conseguir el fin deseado”. (CNCom., y Correc., sala V, abril 3 981 Garnica, B.), BCNCyC, 981V101 JA, 981III212.

2- “Habiendo acceso carnal, los actos abusivamente deshonestos cometidos en el mismo contexto de acción son absorbidos por la violación consumada mediante el acceso”. (C.Crim. 2 Nom. Córdoba, 1998/05/29, P., C.R.) LL 2000 - B - 841 (42.480-S).



reproche. Asimismo, al establecer esta especie de carácter progresivo o subsidiario de una figura respecto a otra, se desconoce el principio “*nulla poena sine culpa*”, mas si bien entiende que el art. 119 ha sido estructurado como una forma delictiva que va de menor a mayor en cuanto a su intensidad criminal y gravedad de la ofensa al bien jurídico tutelado, por ello no deja de contener tipos perfectamente delineados y especiales en cada uno de los tres primeros párrafos, pues exigen diversas resoluciones criminales, diversos grados de vulneración al bien amparado y diversos medios comisivos. De modo que, la progresividad delictiva será cuando la figura posterior es un incremento en dañosidad o lesión de la conducta anterior, pero siempre en torno a un mismo bien jurídicamente amparado y a una misma víctima, que no sería un caso exacto de progresividad delictiva ⁽³⁵⁷⁾.-

En definitiva, se debe tener por tipificado el abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa a la conducta del sujeto activo que no obra con el objeto de satisfacer lascivamente su necesidad sexual, sino que proyecta un expreso propósito de acceder carnalmente al sujeto pasivo y el hecho que no se concrete el *inter criminis* en toda su extensión debido a una circunstancia ajena, no excluye el tipo penal ⁽³⁵⁸⁾.-

³⁵⁷ VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 216/217).

³⁵⁸ 1- “Para calificar un hecho como tentativa de violación, debe poderse establecer que el propósito del agente era el acceso carnal en el que la violación consiste y no simplemente en un torpe desahogo, cosa no infrecuente y que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto consumado”. (CCrim. y Correc., sala V, abril 3 981 Garnica, B.), BCNCyC, 981V101 JA, 981III212.-

2- “La figura contemplada en el art. 119, inc. 3º, del Cód. Penal se comienza a ejecutar cuando el individuo pone manos o intimida al sujeto pasivo en grado tal que incide sobre la determinación de la presunta víctima, con el ostensible propósito de someterla a trato carnal. Si no llega a consumir el hecho por la resistencia opuesta por la víctima o por razones ajenas a su voluntad el hecho debe quedar en el terreno de la tentativa (art. 42, Cód. Penal). No son simples actos preparatorios de carácter libidinoso, sino que importa tentativa de violación al pretender mediante violencia mantener acceso carnal con la víctima si está demostrada la voluntad de yacer y el hecho no fue consumado por la resistencia que opuso. El hecho de no haber existido contacto carnal no puede alejar la calificación de tentativa de violación cuando concurren todos los factores que la complementan (Del voto del doctor R. Figari)”. (C2aCrim. Mercedes, San Luis, mayo 23 980 Morales, Reynaldo M.), JA, 982I338.

3- “Encontrándose acreditado que el imputado, conforme lo declarado por la menor, la tocaba con su miembro viril en la vagina, del cual salía líquido, cuando llegó su madre, lo que impidió que continuara con su designio criminoso, corresponde calificar el hecho como abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, pues si bien comenzar a penetrar es ya consumación, los actos anteriores a esa penetración, cuando estén inequívocamente dirigidos a la violación, significan su tentativa”. (C.Crim.1a Nominación Catamarca - 20/02/2009 - R., R. J.) LLNOA 2009 - 458.

4- “Corresponde condenar como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa al imputado que, valiéndose de un accionar sorpresivo y engañoso para ingresar a la vivienda de la víctima -en el caso, se hizo pasar por un médico debido a que aquella estaba embarazada- y de fuerza después, pretendió acceder carnalmente a la menor, hecho no consumado por razones ajenas a la voluntad del mismo pues, dentro de la modalidad comisiva, al hablarse en el art. 119 del Cód. Penal de “por cualquier otra causa”, se incluye la sorpresa”. (C.Crim. 1a Nominación Catamarca - 02/04/2004 - Cardozo, Marcelo F.) LLNOA 2004 -1413 - LLNOA 2005 - 423, con Nota de María Virginia Duffy.

5- “Cabe condenar en orden al delito de violación de domicilio en concurso material con abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, todo en concurso real con violación de domicilio reiterada, al imputado que ingresó por una



El desistimiento voluntario supone la impunidad en lo atinente a la tentativa, pero deja vigente la pena aplicable por otros delitos que se hubieran consumado en el tramo de los procedimientos encaminados al logro del acceso carnal ⁽³⁵⁹⁾.-

Algunos han aceptado que dicho desistimiento deja vigente el abuso sexual –antiguo abuso deshonesto –. En esta inteligencia Creus - Buompadre entienden que el desistimiento, si bien elimina la punibilidad de la tentativa, deja vigente la punibilidad de los delitos que se han consumado por medio de un despliegue de procedimientos encaminados a lograr el acceso como serían las lesiones causadas por la violencia y en confrontación con Fontán Balestra reconocen la punibilidad de los actos que constituyen abusos sexuales integrantes de la secuencia de ejecución del acceso no conseguido, pues hay que tener presente que, si bien el resultado del acceso entraba en el plan general del autor, el tocamiento inverecundo como circunstancia modal de los actos – que no alcanzan a ser los del acceso – siguen manteniendo su propio dolo, que no hace desaparecer el abandono posterior de la finalidad del acceso: el abuso sexual simple cometido en la secuencia de una tentativa de violación desistida es, pues, punible a través del respectivo tipo penal ⁽³⁶⁰⁾. La misma opinión tiene Tenca al sostener que en el desistimiento lo que queda impune es la tentativa de abuso sexual con acceso carnal, pero no los abusos sexuales cometidos a lo largo del *inter criminis*, que sólo estaban interferidos por efecto de la punibilidad de la tentativa, pero que resurgen al desaparecer ésta como consecuencia del desistimiento voluntario. “Si una persona tiene por finalidad acceder carnalmente a otra, y con el fin de realizar este propósito le arranca la ropa, la manosea, la amenaza, y al momento de culminar con el plan trazado desiste de hacerlo, no se lo juzgará por tentativa de

ventana a la casa de la víctima, intentó abusar de ella y luego escapó por los techos vecinos ante la llegada de un familiar al departamento, toda vez que los inconvenientes que el encartado debió superar para ingresar al domicilio dan cuenta de que hubo de su parte una conducta que no fue ocasional, sino organizada y preordenada”. (C. 1a de Apelaciones Crim. General Roca - 29/08/2007 - B., P. R.) LL Online.

³⁵⁹ CLEMENTE José (ob. cit. p. 116) con cita de LAJE ANAYA Justo.

³⁶⁰ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 213/214).



abuso con acceso carnal, pero sí por los delitos cometidos” (361). En igual sentido Donna (362) y Buompadre (363).-

Soler aduna que si bien la violación es un delito que admite la tentativa, es preciso tener en cuenta para calificar el hecho como tal, establecer que “el propósito” del agente era el acceso carnal y no simplemente un torpe desahogo, cosa no infrecuente, y que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto consumado. Los actos de tentativa verdadera se caracterizan aquí por un fin específico. Generalmente existirá tentativa calificada, pues para llegar a la violación es preciso realizar actos impúdicos en sí mismos delictivos (art. 127 del C.P.) (364).-

Fontán Balestra asevera que el desistimiento voluntario deja subyacente el abuso sexual pues entiende que: “es para nosotros dudoso si tales actos constituyen siempre el atentado al pudor del art. 124 bis del C.P., aunque nos inclinamos a negar tal afirmación, porque el delito de atentado al pudor tiene *su* dolo consistente en la ejecución de actos de impudicia que no lleguen al coito; con ello el autor satisface su libido; ese es su fin, que resulta difícil de imaginar cómo logrado en quién tienta el acceso carnal y luego desiste voluntariamente de él. No parece, pues, que se pueda pensar que se halla presente en tales casos el dolo del atentado al pudor que generalmente le es asignado” (365). Esto es criticado por Tenca quien alega que Fontán Balestra, primero, desconoce el principio de subsidiariedad y el principio de interferencia; segundo, esgrime un dolo diferenciado entre el abuso deshonesto – abuso sexual simple – y la violación – abuso sexual con acceso carnal –, que da de bruces con lo sostenido por la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias; tercero, señala que el dolo del abuso deshonesto requiere un dolo subjetivo específico, lo que también es erróneo y cuarto, según ese criterio estaría en peores condiciones procesales quien realizó un simple tocamiento –

³⁶¹ TENCA Adrián (ob. cit. p. 100).

³⁶² DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 81/82) “... si el propósito no era acceder carnalmente a la víctima y lo limitó a factores de naturaleza sexual pero que excluían el coito, estaremos ante un abuso sexual simple o gravemente ultrajante, tipo penal que se subsume en el artículo 119, primero o segundo párrafos del Código Penal... como toda tentativa la de violación pudo ser desistida: “el autor puede pero ya no quiere”. En tal caso, la tentativa será impune, pero deja vigente la pena aplicable para otras figuras penales que se hubieren consumado en el transcurso del procedimiento encaminado al acceso carnal (lesiones graves; privación de la libertad; etc.)” citando a LAJE ANAYA Justo “Comentarios al Código Penal”, t. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 343 y a CREUS Carlos (ob. cit. ed. 1992 p. 195).

³⁶³ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 404). Citando el fallo “Garnica Bernardino” C.N. Crim y Correc., Sala V, JA, 1981-III-212.

³⁶⁴ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 287/288).

³⁶⁵ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 98).



simple abuso sexual – que aquél que los realizó en miras a alcanzar el acceso carnal, lo que es un absurdo desde el punto de vista de la política criminal ⁽³⁶⁶⁾.-

En mi concepto no quedan dudas que el hecho del desistimiento no significa un *bill* de indemnidad para el autor respecto a los actos cometidos en el decurso del proceso del delito incompleto y que constituyan por ende actos típicos del abuso sexual, figura subsidiaria ⁽³⁶⁷⁾. En consonancia con lo dicho viene a colación las reflexiones finales que realiza Vidal ⁽³⁶⁸⁾ al aseverar que aquellos desistimientos donde se hayan motivos meritorios, deben considerarse como realmente voluntarios e impunes; pero cuando están ausentes; los aparentes desistimientos son involuntarios constituyendo simples tentativas. La razón fundamental reposa en la afirmación de que el derecho sólo premia con la impunidad acciones valiosas, no simplemente decisiones voluntarias desprovistas de valor. Todo premio implica un mérito. Todo mérito merece un premio.-

IV-XII.- Concurso con otros delitos.

Al margen del concurso de este tipo penal con otros, se puede dar la situación de reiteración en hechos del mismo tipo, en cierto contexto de situación o aún con víctimas diferentes o sujetos activos también diferentes, de modo que en estos casos se estaría en presencia de un concurso real.-

En lo atinente con las lesiones que se producen en virtud de la violencia ejercida para lograr la penetración y la originada por el mismo, se puede decir con respecto a las primeras que en principio quedan absorbidas por la figura en tanto y en cuanto no supongan un plus o revistan cierta autonomía, en este caso algunos sostienen que habría un concurso real o material (art. 55). Otros entienden que las lesiones leves resultantes de la fuerza quedan absorbidas por la figura en cuestión, salvo que constituyan un grave daño en la salud. Así las lesiones graves, gravísimas o la muerte que resultan del accionar delictivo se enmarcan en las agravantes del art. 119, cuarto párrafo inc. a) o art. 124, ora si el daño resulta de la violencia ejercida antes del hecho para prepararlo o luego del mismo se impondrán las reglas del concurso. En cuanto a las segundas – las originadas por la penetración –

³⁶⁶ TENCA Adrián (ob. cit. p. 101).

³⁶⁷ En igual sentido REINALDI Víctor (ob. cit. p. 141); DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 101) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 613); quienes incluyen el abuso sexual, lesiones, amenazas, coacciones, privación de la libertad, etc..

³⁶⁸ VIDAL Humberto “El contenido subjetivo del desistimiento voluntario”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin”, Ed. Lerner - La lectura libro jurídico, Córdoba, 2001 p. 494.



en la medida que no se encuadren en un grave daño a la salud física y mental de la víctima, son absorbidas por la figura.-

Algo parecido sucede con referencia a los atentados a la libertad, pues si el mismo consiste en reducir o someter a la víctima para la penetración, sin duda existe una absorción por parte del art. 119, tercer párrafo; pero si la privación de la libertad se prolonga en el tiempo es indudable que existirá un hecho independiente y concursará en forma real con el abuso.-

Con relación a los delitos de promoción y facilitación de la corrupción de menores y el supuesto del 3º párr. (art. 125) y la promoción facilitación de la prostitución (art. 125 bis. del C.P.) es factible entender que la figura de la corrupción es autónoma y en consecuencia distinta al abuso sexual con acceso carnal. De modo tal que los actos de desahogo sexual quedarían comprendidos dentro del art. 119, tercer párrafo, en la medida que por su modalidad, reiteración o forma de realización no configuren la corrupción. “Ello porque el tipo penal del abuso sexual con acceso carnal es un delito con fines sexuales, comprendiendo en sí, formas torpes y depravadas, en cambio la corrupción es un tipo de tendencia, que busca la depravación de la víctima, procurándose el desvío del ámbito psico-físico-sexual de la víctima” ⁽³⁶⁹⁾. De allí que en la dimensión que el abuso sexual con acceso carnal no albergue actos obscenos tendientes a pervertir a la víctima el hecho se encasillaría en el art. 119, párrafo tercero, de lo contrario existen distintas posturas de la doctrina. Unos piensan que el abuso sexual con acceso carnal concurre idealmente (art. 54 del C.P.) con el de promoción o facilitación de la corrupción y prostitución porque se sustenta en el mismo hecho constitutivo del abuso sexual y las circunstancias de éste generan una doble calificación. Así lo entienden, por ejemplo, Núñez ⁽³⁷⁰⁾ y Breglia Arias - Gauna ⁽³⁷¹⁾. Otros sostienen que la corrupción constituía un ingrediente modal de la realización del acceso carnal por lo que habría un concurso aparente de leyes y la violación lo absorbe por ser el delito más grave. De esta forma se dispuso en el caso “Veira Héctor R.” ⁽³⁷²⁾. En tanto que una tercera tesis ve que la cuestión se entraza en el concurso real pues se tratan de delitos diversos. Sobre el particular se volverá al tratar el delito de corrupción. Por su parte Villada sostiene que con la nueva redacción ya no puede negarse que el

³⁶⁹ CLEMENTE José (ob. cit. p. 122).

³⁷⁰ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III. vol. II p. 283)

³⁷¹ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1058)

³⁷² C.Crim. y Correc. de la Capital Federal, sala VI, 30/8/91, Doctrina Penal 1991 - B - 576, citado por CLEMENTE José (ob. cit. p. 123)



abuso sexual con penetración, concurra en la generalidad de los casos con el delito de corrupción⁽³⁷³⁾.-

V.- AGRAVANTES

Las agravantes a los tipos penales que se han tratado anteriormente, y los que recepta el art. 120, de acuerdo a la ley 25.087 y mantenidos por la 27.352 han sido introducidos en el mismo art. 119 del C.P. el cual en este aspecto reza así:

“...En los supuestos de los dos párrafos anteriores – abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante – 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 (abuso sexual simple), la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).-

³⁷³ VILLADA Jorge (ob. cit. p. 221)



Ha quedado tal como estaba la agravante contenida en el art. 124 – salvo la reforma a la que se alude más abajo – que textualmente dice: **“Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los arts. 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida...”**.-

Con respecto a los antecedentes de la codificación nacional me remito al acápite IV-I.-

V-I.- Por el resultado.

Aquí se pueden incluir tanto el grave daño en la salud (art. 119 inc. a)) como la muerte de la persona ofendida (art. 124).-

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

Según se puede apreciar, a la anterior agravante del art. 122 se le ha agregado la expresión *“salud mental”*. No obstante que la doctrina y jurisprudencia había llegado a un acuerdo en el sentido que el daño abarcaba también a la salud mental de la víctima, el agregado no parece sobreabundante, pues sobre el particular había algunas disquisiciones. En efecto, Núñez entendía que el daño debe producirse en el funcionamiento del organismo de la víctima y no simplemente en su estructura corporal, agregando que debe haber un perjuicio de mucha importancia fisiológica ⁽³⁷⁴⁾. Por el contrario, Creus - Buompadre consideran que únicamente quedan excluidos de la agravante y absorbidas por el tipo básico de violación los daños estructurales que carezcan de toda influencia fisiológica, aunque sea temporal, o los que la tienen de escasa importancia ⁽³⁷⁵⁾.-

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

³⁷⁴ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 268).

³⁷⁵ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 203).



aspectos del ser humano” (³⁷⁶). Vale citar la acotación acertada que efectúa Donna en el sentido de que hay que darle contornos precisos a esa agravante, de lo contrario nunca se podría dar el tipo básico, por ende debe entenderse como grave daño a la salud mental de la víctima el trauma inmediato que tiene el sujeto pasivo, que se traduce en problemas graves de conducta. Pone como ejemplo el abuso sexual de una menor que puede provocar en su adolescencia graves trastornos sexuales en su relación con el sexo opuesto (³⁷⁷).

Pero lo que realmente interesa, desechado el anterior tópico, es la cuestión referible al alcance de la expresión “grave daño”, en el sentido de que si ella comprende sólo a las lesiones graves y gravísimas especificadas en los arts. 90 y 91 del C.P. o si podía extenderse a otros daños graves que podrían ser determinables judicialmente. El nuevo texto no sana dicha controversia.-

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

³⁷⁶ Antecedentes parlamentarios p. 1615, citado por CLEMENTE José (ob. cit. p. 59).

³⁷⁷ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 88/89).

1- “La figura agravada del abuso sexual que resulta del libre juego del primer y último párrafo del art. 119 del Cód. Penal, correlacionado con el apart. a) del tercer párrafo de la citada norma, exige que el grave daño en la salud mental trascienda del trauma corriente que provoca en el sujeto pasivo toda conducta abusiva que lastime la integridad sexual, pues de lo contrario nunca se configuraría el tipo básico”. (T. Casación Penal Buenos Aires, sala II - 25/03/2004 - G. A. R. s/rec. de casación) LL Sup. Penal 2004 - 72.

2- “En cuanto a la agravante por el resultado, la ley 25087 en su Art. 119 4to. párrafo a), califica el delito cuando resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima. Daños físicos que en el caso no se verifican y no son a los que refiere la resolución, la que apunta a consecuencias damnificantes psicológicas sufridas por la víctima. La incorporación por ley 25.087 como agravante el daño a la salud mental de la víctima, debe ser entendido como un plus mayor al normal daño que se ocasiona habitualmente al sujeto pasivo en este tipo de delitos. Téngase en cuenta que el resultado mediato de todo Abuso sexual es un daño en la salud mental o psíquica de la víctima, de allí es que debe entenderse como grave daño a la salud mental de la víctima el trauma inmediato que se traduce en problemas graves de conducta. Así las cosas entendemos que sin obviar la existencia en alguna medida del daño psíquico, no se perfila el mismo como encuadrable en la agravante comprendida en el inciso a) del cuarto párrafo del Art. 119 del C.P.” (C. de acusación Salta, Sala I - 06/06/2003 “Hoyos, Simón Agustín por el delito de Abuso Sexual en perjuicio de J.M.L.). elDial - AA180A.

3- “El hecho de que la víctima hubiere comenzado un noviazgo con posterioridad al abuso sexual sufrido, permite inferir que dicho ataque no le ha ocasionado un grave daño en la salud mental, y por ende, resulta improcedente la aplicación del agravante establecido en el art. 119 inc. a in fine del Código Penal”. (T. Impugnación Penal Santa Rosa, 16/03/2009, O., H. A.) LL Online.

4- “A efectos de la aplicación del agravante previsto en el art. 119 inc. a in fine del Código Penal, el grave daño en la salud mental de la víctima, debe superar el lógicamente producido a todo sujeto pasivo de un abuso sexual ya que, ese tipo de delitos produce de por sí una alteración psíquica”. (T. Impugnación Penal Santa Rosa, 16/03/2009, O., H. A.) LL Online.

5- “Es procedente disponer el procesamiento del imputado en orden al delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal si ha quedado acreditado que mantuvo relaciones sexuales por lo menos en dos oportunidades con la damnificada, aprovechándose de la notoria discapacidad mental que padecía, cuya situación era bien conocida para el imputado”. (C.N. Crim. y Correc., sala VI - 17/02/2010, G. Q., V. A.) DJ 14/07/2010, 1956 - AR/JUR/762/2010



En las primeras, es decir, los que entienden que la alusión al grave daño no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas, sino que comprende una expresión de naturaleza genérica determinable por el Juez, se alinean varios autores ⁽³⁷⁸⁾.-

En el marco opuesto, es decir, en el sentido restrictivo, se hallan Gómez ⁽³⁷⁹⁾, Oderigo ⁽³⁸⁰⁾, Moras Mon ⁽³⁸¹⁾, De Luca - López Casariego ⁽³⁸²⁾, Tazza ⁽³⁸³⁾ y Buompadre ⁽³⁸⁴⁾. Al respecto éste último señala que según su opinión, el grave daño no es una expresión genérica que permite una libre interpretación judicial sino una expresión jurídica con contenido propio, cuya única posible determinación sólo puede hacerse a partir de una interpretación legal, de modo que para el Código Penal, grave daño es siempre una lesión grave y, con mayor razón aún, si la lesión es gravísima. Cita a Moras Mon al referir que el juez carece de autoridad para apreciar otros daños graves que no sean

³⁷⁸ "Grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas. Es una expresión genérica y, en consecuencia, el Juez puede libremente apreciar si el daño es o no suficientemente grave" (Cfme. SOLER Sebastián ob. cit. p. 289). "Puede coincidir con el tipo de lesiones graves (art. 90) o gravísimas (art. 91), pero puede apreciarse por el Juez, con ayuda médica, con otros criterios distintos" (Cfme. NUÑEZ Ricardo ob. cit. p. 269). "Durante la vigencia del art. 122, algunos sostuvieron el grave daño en la salud de que habla el art. 122 es el que puede considerarse comprendido en los arts. 90 y 91 (Gómez), últimamente, la doctrina parece coincidir en que no necesita adecuarse a los conceptos típicos de las lesiones previstas en esas normas: aunque por lo común las comprende; puede tratarse también de un daño de importantes consecuencias (como puede ser una enfermedad curable que no origine incapacidad laborativa por más de un mes), que no alcance los límites de las lesiones del art. 90 del Cód. Penal, y menos los del art. 91... La referencia actual de la ley al grave daño en la salud física o mental de la víctima comprende tanto el detrimento en la estructura corporal, como en el funcionamiento del organismo humano..." (Cfme. CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 203). "Es indudable que cuando el Código se ha referido a un *grave daño* ha debido querer incluir en la agravante consecuencias lesivas de determinada entidad y excluir otras de cuantía menor. Es dudoso, sin embargo, si los términos *grave daño* deben ser identificados con el concepto de lesión grave o gravísima y limitados, por tanto, los resultados calificantes de la violación a las figuras descriptas en los arts. 90 y 91 del C.P.. Pensamos que es dudoso, porque la ley, en otros casos, ha hecho referencia expresa a los mencionados arts. 90 y 91 (arts. 97 inc. 2º, 99 inc. 2º, 166 inc. 2º y 190, tercer párrafo). Tomando en cuenta las características del delito de violación y la exigencia de que el daño sea una consecuencia directa de él, parece lo exacto tener por bueno el punto de vista que interpreta que el Juez puede apreciarlo con un criterio distinto del que fija el Código de manera taxativa en los arts. 90 y 91" (Cfme. FONTÁN BALESTRA Carlos ob. cit. p. 93). "No debe darse a la expresión grave daño en la salud de la víctima un sentido y alcance restringido; por tales, debe entenderse aquellas lesiones que teniendo repercusión fisiológica, revisten alguna entidad o importancia para la salud de una persona, hablando en términos generales y no técnicos, es decir, sin acotar el término *grave daño a la salud* al ámbito fijado en los arts. 90 y 91 del C.P., porque cuando la ley ha querido limitar el concepto lo ha hecho en forma expresa y muy clara, como los arts. 72 inc. 1º, 97 inc. 2º, 99 inc. 2º y 166 inc. 1º (Cfme. GAVIER Enrique ob. cit. p. 46). REINALDI Víctor (ob. cit. p. 120). CLEMENTE José (ob. cit. p. 60). TENCA Adrián (ob. cit. p. 103). VILLADA Jorge (ob. cit. p. 119). EDWARDS Carlos (ob. cit. p. 39). BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1059). LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 360). ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 405). AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 83). GARONA José (ob. cit. p. 71). D'ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 254).

³⁷⁹ GÓMEZ Eusebio (ob. cit. t. III, p. 113).

³⁸⁰ ODERIGO Mario "Código Penal anotado", nota 501, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965.

³⁸¹ MORAS MON Jorge (ob. cit. p. 88).

³⁸² DE LUCA Javier - LÓPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 104) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 615).

³⁸³ TAZZA Alejandro (ob. cit. t. I, p. 406)

³⁸⁴ BUOMPADRE Jorge "Derecho Penal..." (ob. cit. p. 377).



los previstos por la ley en los arts. 90 y 91. “Una interpretación que deje librado al arbitrio judicial – más aún si tenemos presente que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez – la determinación del grado de la lesión, constituye a nuestro modo de ver, no sólo un peligroso criterio de interpretación, sino que se convierte en una verdadera fuente de inseguridad jurídica” ⁽³⁸⁵⁾.-

Por mi parte entiendo que al hablarse de grave daño, tal como lo sostienen los autores mencionados en la posición amplia, la alusión no contiene los términos estrictamente técnicos concebidos en las normas de los arts. 90 y 91 del C.P., pues no sólo que de haber sido de esa manera, expresamente la ley lo hubiera dicho, tal como enfatiza Fontán Balestra, poniendo los ejemplos, sino que el concepto, teniendo en cuenta que en este tipo de delitos que frecuentemente se producen en la clandestinidad y consecuentemente la probanza resulta un tanto álgida, se debe tener una concepción un tanto amplia en tal sentido, sin que por ello se afecte el principio de legalidad. Por ello el juez debe tener la libertad de apelar a todos los elementos probatorios necesarios para constatar el daño, incluidos básicamente la pericial médica, porque ahora expresamente también incluye la salud mental; de modo que es menester el aporte de un gabinete técnico para dimensionar las secuelas del daño producido, lo que orientará la decisión judicial sobre el particular. Es sabido que las conclusiones periciales no son vinculantes para el juez, pero la ejecución de las mismas constituyen un medio relevante para orientar con cierta precisión el pronunciamiento de aquél ⁽³⁸⁶⁾.-

³⁸⁵ Idem (ob. cit. p. 377).

³⁸⁶ “Para expresar que el dictamen pericial no vincula al Tribunal, se ha dicho comúnmente que el Juez es *peritos peritorum*. Pero ello no significa que la ley crea en la obniscencia del Juez. Tan solo le confiere el poder (y el deber) de someter a su crítica las conclusiones periciales. En efecto: puesto que la pericia es sólo un medio de prueba, sus conclusiones no serán obligatorias para el Juez, quién podrá desatenderlas, e incluso (caso extremo) decidir en oposición a ellas. Así surge del sistema de la libre convicción (art. 263 inc. 4º), que autoriza a meritar y, por ende, descalificar el dictamen pericial por infracción de las reglas de la lógica, la psicología o la experiencia común. Pero este poder debe ser utilizado con todo cuidado y con *criterio restrictivo* (así se ha dicho: “La potestad del Juzgador de admitir o no las conclusiones de los peritos debe ser utilizada con la cautela debida, ya que una total prescindencia de la prueba pericial, sin los fundamentos suficientes que proporciona la realidad sumarial, puede llegar a deformar el sistema de la libre convicción” Cámara de Acusación de Córdoba – “Ledesma” auto 104/78 Sec. 2). La irregularidad del trámite de las operaciones periciales, la ausencia o deficiencia de los fundamentos, la falta de claridad, precisión o lógica de las conclusiones, o su contradicción con hechos notorios, normas de experiencia u otras pruebas de la causa, permitirán al tribunal no seguir el dictamen. *Empero, en tales supuestos no podrá disponer sin más su descalificación probatoria, pues al versar sobre pruebas que no puedan ser descubiertas ni valoradas sin auxilio de conocimientos especializados, el Tribunal no podrá suplir per se la intervención pericial. En consecuencia, en estos casos, deberá intentar, previamente, la aclaración o ampliación del dictamen, o bien ordenar una nueva pericia. La prescindencia lisa y llana de la pericia sin extremar los recaudos para su aclaración, ampliación o renovación podría configurar una hipótesis de arbitrariedad en la selección o en la valoración de la prueba capaz de causar la anulación de la sentencia* (la cursiva me pertenece). Es que la ley le proporciona al Tribunal una serie de poderes con este objeto – los cuales *deben ser agotados*, antes del rechazo del dictamen -, relativos a la aclaración, ampliación o renovación de la pericia... El Juez no podrá descalificar al dictamen desde el punto de vista científico, técnico o artístico, ni modificar el alcance de sus conclusiones, fundándose en sus conocimientos o deducciones personales, pues no puede *sustituir al perito*. En efecto: aquél “no está en



Desde el punto de vista subjetivo, también ha habido opiniones encontradas, pues por un lado se ha sostenido que la agravante en cuestión resulta una figura preterintencional, pues se hace referencia a que del hecho de la violación resulte el grave daño – o la muerte – a la víctima y es necesario que esa consecuencia no forme parte de los designios del autor. Bastaría simplemente que entre la acción del agente y el evento ulterior exista relación de producción meramente culposa. Ahora bien, si la voluntad del sujeto activo iba dirigida a la producción de ese resultado dañoso existirá un concurso real entre la figura básica – abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal – y las lesiones, cualquiera sean éstas ⁽³⁸⁷⁾.-

En la vereda opuesta se encuentra Núñez, quien sostiene que desde el punto de vista subjetivo si el grave daño resultante del acceso o de la violencia usada como medio para consumarlo puede estar comprendido en la intención del autor, salvo que constituya una lesión grave o gravísima. “Si el grave daño no tiene este carácter, so pena de proceder ilógicamente, no se puede limitar la aplicación del art. 122 al caso en que haya un resultado preterintencional. En efecto, si el grave daño no típico con arreglo a los arts. 90 y 91 se excluyera del art. 122 cuando fuera causado intencionalmente, los partidarios de la absorción de la lesión leve por la violencia de la violación, deberían castigar el hecho con la pena del delito de violación simple; en tanto que los partidarios del concurso entre la lesión y la violación, lo deberían castigar con la pena de ambos. Y, así, unos y otros llegarían a la situación incongruente de que la *intención* del violador de causar el daño grave lo sometería a menos pena que su falta de intención, pues el art. 122, que regiría sólo este caso, permite una pena mayor que las otras dos aplicaciones posibles” ⁽³⁸⁸⁾. Apoya esta posición Reinaldi, quien aduce que Núñez

condiciones de apreciar la exactitud sustancial” del dictamen, “por carecer de adecuados conocimientos peculiares o técnicos”. “Por esta razón, el libre convencimiento se encuentra en el aire, sin punto de apoyo y de ese modo llega a ser fin en sí mismo, se agota, se esteriliza en el vacío”. Además, así como los conocimientos técnicos, artísticos o científicos del Juez no influyen para evitar que se realice la pericia, tampoco podrán incidir en su descalificación, pues tanto en un caso como en el otro se tratará de conocimientos privados indemostrables e incontrolables por las partes y por la sociedad toda. He sostenido, en este sentido, que “si bien, en principio, las opiniones periciales no obligan al Juez y pueden ser valoradas según la sana crítica racional, ... Los tribunales carecen de la atribución de apartarse del dictamen del perito, acudiendo solamente a los conocimientos privados, técnicos o científicos que sus integrantes puedan poseer, ya que este saber íntimo, revelado a la hora de sentenciar, escapa al control de las partes y vulnera, así, el principio del contradictorio” (Cfme. CAFERATTA NORES José “*La prueba en el proceso penal*” 3º edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 86 y sgtes.).

³⁸⁷ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 289); FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 92), ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 405); TENCA Adrián (ob. cit. p. 104); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 48), BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 377).

³⁸⁸ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 269).



no ha hecho otra cosa que interpretar razonable y sistemáticamente la ley, como debe hacerse, según lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados pronunciamientos (³⁸⁹).

Desde el punto de vista objetivo deben incluirse en la agravante los graves daños en la salud física o mental del sujeto pasivo que sean originados directamente del abuso sexual en sí o de la violencia que se ha ejercido en el acto de consumación dejando de lado los daños que resulten de la violencia ejercida antes del momento consumativo o posteriores a él, sin perjuicio de la existencia de un concurso real con la figura básica; por ej. los golpes dados a la víctima para doblegar su voluntad que constituyen actos ejecutivos anteriores al momento consumativo, golpes para hacer callar a la víctima que consisten en actos posteriores a dicho momento. “El abuso sexual puede concursar con el delito de lesión leve, si las lesiones son la consecuencia de un acto violento distinto de la propia conducta sexual, por ej., el golpe de puño que desvanece a la víctima, estaremos frente a una hipótesis de concurso real entre lesiones leves y abuso sexual simple. Si la lesión, en cambio, es consecuencia propia del contacto sexual, queda absorbida por la figura del abuso sexual simple” (³⁹⁰).

³⁸⁹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 121). “La solución de que exista una relación culposa con el resultado ofrece dudas en el sentido que la pena se ajusta más a la intención dolosa del autor, aunque sea este caso dolo indirecto o eventual. La pena para la acción imprudente, no pareciera ser ni lógica ni justa de acuerdo a las escalas penales ni a la dogmática del delito como tal. La pena que prevé el Código es de ocho a veinte años, y los dos tipos agravados tienen sanciones que van de cuatro a diez y de seis a quince años. Las lesiones culposas del art. 84 tienen un máximo de tres años, de modo que no pareciera ni justo ni equitativo dentro de la dogmática del Código sostener que las lesiones producidas por el autor son culposas dada la desproporción en el monto de la pena. Más bien habría que hacer jugar entonces los arts. 90, que tiene pena de hasta seis años, y 91, que tiene pena de hasta diez años, dado que en este caso los máximos coinciden. De todas formas, si bien ésta es una interpretación más armónica con el principio de culpabilidad, no se puede pretender que nuestros legisladores lo hayan tenido en cuenta, dada la total desprolijidad con la que se ha trabajado, de manera que éste sería un detalle casi menor. Es tal la desproporción y la sobrevaloración de los bienes jurídicos en juego, que la agravante en el supuesto de la violación tiene casi la misma pena que en el delito de homicidio. De todas formas, éstas agravantes por el resultado son la rémora que queda de imputar solamente, y desde un punto de vista objetivo, los hechos causados provenientes de un causalismo que sólo tenía en cuenta el resultado externo de la acción” (Cfme. DONNA Edgardo ob. cit. ps. 87/88). DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 104/105) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 616) se inclinan a considerar que las lesiones a las que hace referencia la agravante son dolosas y si fueran culposas se regirían por el sistema general de concurso. Al aludir al sector de la doctrina que sostiene la preterintencionalidad, en virtud de la cual sería suficiente que el resultado lesivo sea alcanzado por la negligencia o imprudencia del autor, estiman que ello surgiría de la expresión “resultare”, pero si integran su dolo, las lesiones producidas concurrirán en forma material. No obstante, el dogmático debe hacer un esfuerzo para dar coherencia al sistema de la ley y en tal sentido, los autores que se basan en el término “resultare” pueden llegar al resultado de que un abuso sexual del primer párrafo con lesiones dolosas graves, al aplicarse el art. 55 tendría una pena de uno a diez años de prisión, mientras que si estas últimas fueran culposas, por la aplicación del agravante del inc. a) la pena sería de tres a diez años. Ello deriva en la situación de que un injusto doloso nunca puede tener menor desvalor que uno culposo, cuando se agrede al mismo bien jurídico e idéntica situación se reitera con los demás abusos sexuales del art. 119, pero mayor incoherencia por desproporción se produce en el supuesto de aplicar las reglas del art. 54 del C.P.. Concluyen en que la agravante debería eliminarse.

³⁹⁰ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 378).



Aunque con respecto al tema de las lesiones de carácter leve también deben observarse algunas discrepancias ya que Soler distingue entre la lesión leve comprendida en el concepto de violación, de aquella que representa un plus con respecto a la violencia propia del delito, en el primer caso habría absorción, en el segundo, concurso material. Por ejemplo, si con un palo se desvanece a la víctima y se la accede, causándole el golpe lesiones leves curables en pocos días, no es del caso la aplicación de la agravante por no ser grave daño a la salud, sino de la figura simple de abuso sexual con acceso carnal o violación, en concurso material con lesiones leves (³⁹¹). Otros entienden que las lesiones leves resultantes del acceso o de las violencias utilizadas para lograrlo, quedan absorbidas por la violación, si no se enmarcan en un grave daño a la salud de la víctima (³⁹²).

Creus - Buompadre entienden que sólo quedan atrapados en la agravante los graves daños que resulten para la salud de la víctima – no de un tercero –, cuando procedan del acceso carnal mismo o de la violencia ejercida por el agente en el acto de la consumación, pero que operan en concurso real con la figura básica de violación los daños perpetrados en el lapso que alcanzó a los actos anteriores al momento consumativo, p. ej. los golpes dados a la víctima para doblegar su voluntad, y los posteriores a dicho momento consumativo aunque estén relacionados con el hecho del abuso, p. ej. golpes para hacer callar a la víctima. Se excluyen de la agravante los daños que ésta se causa a sí misma a raíz de la situación en que ha sido colocada, p. ej. heridas que se produce al tratar de huir o rechazar el ataque, las que se pueden imputar como lesiones a título autónomo junto con la figura pertinente. Pero sí quedan comprendidas en la agravante los daños que se ha causado la víctima por el propio esfuerzo para impedir la penetración, p. ej. una hernia (³⁹³).

En realidad, lo que debe quedar suficientemente establecido y teniendo en cuenta la letra de la ley, es que el grave daño en cuestión, debe ser el resultado del delito. Esto quiere decir que debe haberse producido por el acceso carnal mismo, el sometimiento gravemente ultrajante o el simple abuso sexual, o por la violencia que despliega el sujeto activo para consumir cualquiera de las anteriores acciones, o la fuerza desplegada por el sujeto pasivo para evitar aquéllas, en el *inter criminis*. Debe haber una relación de causalidad entre la acción desplegada y el resultado causado quedando excluidos de la calificante los daños que son consecuencia de las violencias ejercidas antes

³⁹¹ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 289).

³⁹² NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 262); FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 93).

³⁹³ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 204).



del hecho, después de consumado o de las fuerzas opuestas por el sujeto pasivo ante el despliegue de violencia, pues estos daños o lesiones concurrirán con las figuras descriptas.-

En el Código Penal español más precisamente en el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años” en el art. 183. 4 dispone: “Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: ...e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima...” es decir que sólo se prevé la puesta en peligro la vida o la salud de la víctima en forma dolosa o culposa para el caso de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.-

b - II) Muerte de la víctima.

El art. 124 en su texto dispone: “*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 la ley 25.893). Asimismo, con referencia a la libertad condicional, la ley 27.375 (B.O 28/07/2017) modifica el anterior texto del art. 14 de la siguiente forma: “*La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: 2º delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 1º y 2º párr. y 130 del Código Penal*”. Por otra parte la ley 27.375 (B.O. 28/07/2017) que modifica la ley 24.660 de ejecución de pena privativa de la libertad en el art. 56 bis impide los beneficios del periodo de prueba en el inc. 2º a los condenados por los mismo delitos contenidos en el art. 14 inc. 2º

La presente agravante es común para los tres tipos de abuso sexual que se tipifican en el art. 119 y también se hace extensiva para el caso contemplado en el art. 120.-

Sobre el particular se observan dos vertientes de opinión.-

Una, la que sostiene Soler en el sentido de que sólo queda comprendida en la agravante la muerte como un resultado preterintencional. En esto sigue lo ya esbozado al tratar el robo con homicidio del art. 165, fundado su agravación en el hecho que resultare un homicidio, “expresión propia de las figuras calificadas por el resultado y preterintencionales... las considerables agravaciones contenidas en esas figuras no se fundan en una conexión subjetiva dolosa, con relación



al resultado anterior. Antes al contrario: puede decirse casi con toda generalidad que cuando el resultado agravante es directamente doloso, tales figuras son desplazadas por otras”⁽³⁹⁴⁾.-

Buompadre se encolumna detrás de esta posición al entender que se trata de un resultado preterintencional no conectado subjetivamente al autor⁽³⁹⁵⁾. 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 debe “resultar” de alguna de las conductas previstas en el art. 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 deben haber estado previstas por el autor. De otro modo, la figura quedaría desplazada por el art. 80 inc. 7° del C.P.. Agrega que al abarcar la agravante los tres tipos de abusos designados en los arts. 119 y 120, con la misma escala penal, no resulta congruente con el principio de proporcionalidad. “La nocividad social de las conductas incriminadas en los arts. 119 y 120 son sustancialmente distintas unas de otras, tanto es así que en su respectivos tipos se recogen escalas penales, en abstracto, distintas pero adecuadas a la gravedad del injusto. Por lo tanto, no parece razonable adjudicar una misma escala penal a comportamientos tan diferentes. Un abuso sexual simple seguido de muerte de la víctima no puede tener la misma pena en el mínimo que un supuesto de muerte de un acceso carnal violento o de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. La quiebra del principio de proporcionalidad es patente. Independiente de estos ejemplos, hay otros que también pueden servir de muestra: la pena mínima del homicidio doloso es de 8 años, mientras que la del abuso sexual simple seguido de muerte es de 15 años; el

³⁹⁴ SOLER Sebastián (ob. cit. t. IV, p. 258 y t. III, p. 290).

³⁹⁵ 1- “Lo que constituye el eje sobre el cual se estructura la previsión legal del art. 124 del Código Penal, es el resultado letal no querido ni previsto de la persona violada; oponiéndose a la muerte querida o representada, como medio para lograr la consumación, ocultamiento, impunidad o despecho en relación a otro delito. Las ideas de fin, medio y resultado, al propio tiempo que distinguen las figuras de los arts. 80 inc. 7° y 124 en su vinculación con el 119, impiden su desdoblamiento y concurrencia independiente”. (S.T.J. Rawson ,07-03-1983, M., J.A.) eIDial - AS984.

2- “Se entiende que el art. 124 del Código Penal no es limitativo y no distingue, en los casos del art. 119 -violación- bastando que resulte la muerte de la persona ofendida, ya sea como consecuencia de acto sexual en sí mismo, como también si la muerte se produce por la fuerza ejercida para llegar al acto sexual”. (S.T.J. Rawson ,07-03-1983, M., J.A.) eIDial - AS984.

3- “Resulta coautores del delito de violación seguido de muerte - arts. 45 y 124 en función del art. 19 párrafos 1° y 3° Cód. Penal - los imputados que en su condición de empleados de limpieza indujeron por engaño a la víctima a incursionar dentro de las instalaciones del club deportivo hasta un lugar apartado y procedieron a acceder carnalmente a la víctima mediante el ejercicio de violencia con la resultante muerte de la víctima producida preterintencionalmente, es decir, sin mediar todo lo directo o eventual en alguno de ellos al apretar el cuello para inmovilizarla”. (T.O.C. n° 14, 16/09/03, “Antúnez Fernando D. y otros”) Lexis n° 1/70011920- 5, 1/70011920 - 4, 1/70011920 - 3 y 1/70011920 - 2.

4- “Para que se considere la hipótesis del art. 124, la muerte debe resultar como consecuencia de la violencia puesta de manifiesto para perpetrar el acto sexual, aunque el agente no haya querido la muerte de la víctima, pues es esta última circunstancia la que califica el delito” (S.C.B.A 7/5/68 E.D. 24/745).



incendio doloso con resultado de muerte tiene una pena mínima de 8 años de prisión y una máxima de 20; el robo con homicidio tiene una escala de 10 a 25 años, etcétera”⁽³⁹⁶⁾.-

Gavier también se inclina por la preterintencionalidad y acota que Núñez, quien sostenía la aplicación del dolo eventual de acuerdo a lo dicho en el “*Manual...*” sobre las agravantes por el resultado, en el que excluye expresamente el homicidio de los resultados que pueden haber estado en las intenciones del autor, torna muy dudoso que el autor mantenga esa posición⁽³⁹⁷⁾.-

Fontán Balestra interpreta que las lesiones o la muerte pueden ser a su vez calificadas por las modalidades previstas en el art. 80 inc. 7° y en el art. 92 en cuanto remite al anterior, aunque en los casos en que la violencia ha sido ejercida para consumar el otro delito – la violación –, el resultado lesivo para la víctima que de él resulte sólo concurre materialmente cuando ha sido abarcada por el dolo del autor. “No parece que pueda asignarse a estos resultados otro carácter subjetivo que el preterintencional”⁽³⁹⁸⁾.-

Garona estima también que con respecto al resultado producido por el delito de violación en la persona de la víctima, se debe destacar que el hecho se caracteriza por agregarse a aquél una consecuencia más grave, que no requiere la existencia de culpabilidad en el autor y que según el primero en forma casual. De modo que el hecho más grave que resulta de la conducta anterior, también delictiva, pero de menor gravedad, no ha sido querido ni a él tendió el autor, pues en caso contrario, el hecho dejaría de ser violación agravada para convertirse en el delito que expresamente sanciona esa conducta y le serían aplicadas las reglas previstas por la norma correspondiente (arts. 80 inc. 7° y 92 del C.P.)⁽³⁹⁹⁾.-

Núñez por el contrario, considera que subjetivamente, sólo si el autor mata para consumar la violación, le corresponde pena más grave y el delito cambia de título: en vez de violación calificada es un homicidio calificado por la causa (art. 80 inc. 7° del C.P.). “Se dice que la muerte debe ser un resultado preterintencional; pero, por un lado, la representación eventual que el autor haya tenido de ella y su desprecio del resultado no modificarían la pena aplicable (arts. 55, 79 y 119); y por otro lado, la exigencia legal de que la muerte *resulte* de la violación no es incompatible con modos o circunstancias consumativos del acceso que representen como probable ese resultado. El art. 124 no

³⁹⁶ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. ps. 378/379).

³⁹⁷ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 63).

³⁹⁸ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 92).

³⁹⁹ GARONA José (ob. cit. p. 69).



pone, como el art. 81 inc. 1° letra b), una limitación a la eficacia vulnerante del medio empleado. Un concurso real entre violación y homicidio se produce, en cambio, si el autor comete violación y después, por actos ajenos a ella, mata a la víctima”⁽⁴⁰⁰⁾.-

Donna entiende que sólo integran el agravante aquellos resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo realmente con el homicidio culposo en los casos que así suceda. En cambio, cuando el autor seleccionó el abuso sexual como medio para matar a la víctima no habrá agravante, sino ambos delitos (abuso sexual en cualquiera de sus formas y homicidio) los que concurrirán realmente. Cuando la muerte es el medio para conseguir la consumación del hecho típico del modo que lo quiere el autor, aquél concurrirá con el homicidio calificado del art. 80 inc. 7° del C.P., siempre que la violación se produjera, mientras, por ejemplo, la víctima estuviera agonizando. Hay que tomar en cuenta que si se mata a la víctima para preparar, facilitar o consumir el abuso, en realidad éste no se consumará (será un caso de necrofilia). El hecho entra en el art. 80 inc. 7° del C.P.⁽⁴⁰¹⁾.-

Villada dice que: “Debe distinguirse esta figura en la cual el deceso ocurre como consecuencia de la violencia ejercida sobre la víctima para lograr el acceso carnal, del supuesto del art. 80 inc. 7° (*homicidio criminis causa*). En efecto, sí el homicidio se llevara a cabo “por no poder acceder sexualmente a la víctima o para lograr la impunidad”, la conducta se desplaza a aquella forma de homicidio agravado (*criminis causae* art. 80 inc. 7°). Se aplicará el 80 inc. 7° el concurso real, cuando el homicidio se realice sobre la persona de un tercero (padres, custodia, cohabitantes, acompañantes, pareja, esposo, hijos, etc) para facilitar o consumir el abuso sobre la víctima. En cambio “la muerte resultante” como derivación del abuso – como bien lo explica Núñez – puede producirse a raíz de una conducta dolosa (eventual), culposa y hasta preterintencional o producto de la violencia empleada al desarrollar el acto o del poder vulnerante del medio empleado al momento de consumir el acto; o de una maniobra desafortunada de la víctima que se defiende o trata de impedir el abuso o de una enfermedad de la misma (hemofilia, cardiopatía severa, etc.)”⁽⁴⁰²⁾. Agrega, que en la práctica la diferenciación parecería estéril ya que sea que se mate expresamente a la víctima o muera por otro motivo conexo, en todos los casos conducirá a la prisión o reclusión perpetua sin derecho a la libertad condicional. Aunque si se matare a la víctima para lograr la impunidad o por no

⁴⁰⁰ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 270).

⁴⁰¹ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 89/90).

⁴⁰² VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 229/230).



haber podido consumar el abuso, la aplicación del art. 80 inc. 7° conlleva a la posibilidad de aplicar la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la pena perpetua, cosa que no ocurre con la agravación por muerte resultante del art. 124, de tal manera que hay una diferencia sutil entre la aplicación de una y otra figura. Asimismo, la agravante incluye la posibilidad de que se produzca la muerte de la víctima sin lograr el acceso carnal – tentativa de abuso sexual seguido de muerte o muerte en ocasión de tentativa de abuso sexual con acceso carnal – esta regla sirve también para las demás formas agravadas por muerte ya que la remisión del art. 124 en forma indiferenciada a los arts. 119 y 120 incluye el delito consumado y su tentativa ⁽⁴⁰³⁾.-

Reinaldi dice que la muerte debe resultar del abuso sexual cometido o de la violencia empleada para consumarlo pero no de la desplegada antes del hecho para prepararlo o después de cometido. Entre el abuso y el resultado muerte tiene que existir una relación objetiva de causalidad y otra subjetiva. Soler interpreta que debe tratarse de un resultado preterintencional que no haya formado parte de los designios del autor, porque si así fuera, el homicidio concurriría materialmente con el abuso sexual. Núñez sostiene que la representación de la muerte por parte del autor, como resultado de su acto lesivo a la integridad sexual de la víctima, pese a lo cual obró despreciando la posibilidad que ese resultado ocurriese – dolo eventual – encuadra en este tipo calificado. No ocurre lo mismo sino en el art. 119, tercer párrafo y en el homicidio (art. 79) en concurso real la conducta de quien ultraja la integridad sexual de otro y luego lo mata. Tampoco la del que mata para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito – el que puede ser el acceso carnal – o para procurar la impunidad para sí o para otro – que haya cometido o intentado cometer ese mismo delito – o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito, como el de abusar sexualmente de la víctima, habiendo o no acceso carnal. En todos esos casos hay un concurso real entre este delito y el homicidio *criminis causae* cometido (art. 80 inc. 7°). Si el autor se determinó matar para cometer un abuso sexual y lo consumó cuando la víctima ya estaba muerta y él lo sabía, sólo responderá por el homicidio *criminis causae* porque el acto sexual pasa a ser un caso de necrofilia no delictivo por no afectar a persona alguna, porque quien murió dejó de serlo. Pero si no sabía que estaba muerta, su conducta configurará un delito imposible por inidoneidad del objeto sobre el cual recae su acción ⁽⁴⁰⁴⁾.-

⁴⁰³ Idem (ob. cit. p. 230).

⁴⁰⁴ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 118/119).



Clemente resume las posiciones antagónicas de Soler y de Núñez y agrega que habrá concurso real entre las dos figuras – abuso sexual y homicidio art. 55 C.P. –, cuando el autor consuma el primero y luego por actos independientes de éste, da muerte a la víctima, de igual manera corresponde concursar este delito con el de homicidio calificado *criminis causae* (art. 80 inc. 7°), toda vez que “materializado el otro delito, sea como tentativa o consumación efectuada por el autor del homicidio, ambos hechos concurren realmente” (405).-

Arocena sostiene que si el autor utiliza la violación como medio para matar, ambos delitos concurren materialmente (art. 55 del C.P.). Por el contrario, si mata para consumir el abuso sexual, se tratará de un homicidio calificado por la causa (art. 80 inc. 7° del C.P.) (406).-

De Luca - López Casariego aseveran que la norma en estudio no responde como lo afirman algunos autores a una naturaleza preterintencional, no obstante que la ley habla de muerte y no de homicidio como en otras figuras parecidas – art. 165 – y el giro verbal “resultare” parecería indicar una consecuencia que se le va de las manos al autor por su imprudencia o negligencia, pero la pena prevista deja en claro que se trata de una muerte semejante a la del art. 80 del C.P.. “Esa muerte, en consecuencia, deberá ser abarcada cuanto menos por el dolo eventual del autor. No se trata de una ultrafinalidad (abusa sexualmente para matar), porque si hubiera dolo directo de matar, habría un homicidio más allá del medio empleado para lograrlo, con serias dificultades para diferenciarlo del homicidio *criminis causae* (art. 80 inc. 7° Cód. Penal). La figura comprende los casos en los que mientras se comienza a ejecutar el abuso sexual o durante su desarrollo, el autor se representa como posible el resultado muerte e igualmente sigue adelante. Si la muerte sólo pudiera ser imputada al autor a título de culpa, concurrirá la figura de abuso sexual de que se trate con el homicidio culposo. En cualquier caso, la muerte debe estar conectada causalmente al abuso sexual de que se trate, pues de lo contrario no se aplicará esta figura y habrá de estarse a los principios generales sobre concurso de delitos” (407).-

Considero que no hay dudas que si el agente mata a la víctima con posterioridad a la consumación de la violación para ocultar ésta o para asegurar su resultado o procurar la impunidad

⁴⁰⁵ CLEMENTE José (ob. cit. p. 63).

⁴⁰⁶ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 92).

⁴⁰⁷ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 130/131) y en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 679) aduciendo que se evidencia nuevamente la inflación penal legislativa y la figura no es más que un muestra del Derecho penal simbólico, porque las hipótesis que abarca ya está previstas en otras figuras con igual pena, o que permiten la consideración de matices en situaciones no tan definidas (dolo eventual, muerte culposa, etc.). En igual sentido TAZZA Alejandro (ob. cit. t. I p. 423)



para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar ese delito se estará en presencia del homicidio *criminis causae* ⁽⁴⁰⁸⁾ (art. 80 inc. 7° del C.P.) que concurrirá realmente con las figuras contenidas en los arts. 119 o 120 del C.P.. En cambio, si el autor mata para consumir la violación no habría un homicidio *criminis causae*, pues la víctima estaría muerta y simplemente se trataría de la profanación de un cadáver, hecho atípico.-

Ahora si el abuso sexual, en sus formas tipificadas por la ley, es el medio seleccionado – “mediante” – por el sujeto activo para matar al pasivo habrá un concurso de ambos delitos en forma ideal (art. 54) por tratarse de un hecho único con un doble encuadramiento legal ⁽⁴⁰⁹⁾.-

La muerte ocasionada a la víctima como directa consecuencia del abuso, sea a causa de las violencias o maniobras efectuadas sobre su cuerpo o las acaecidas de manera preterintencional a raíz de lesiones o del abuso mismo, se encasillaría en la normativa del art. 124.-

Por último, si el sujeto activo, una vez consumado el abuso, mata a su víctima por motivos independientes o ajenos a aquél, que no tenga una conexión con el primer delito se estará en presencia de un concurso real entre el abuso y el homicidio ⁽⁴¹⁰⁾.-

⁴⁰⁸ 1- “Si el autor del delito de violación mató, alevosamente, para violar a quien además lo conocía y podía sindicarlo – en el caso, una menor de diez años, a quien le colocó bolsas de nylon sobre su cabeza y presionó su cuello, provocándole asfixia por estrangulamiento, lo calificaron como violación seguido de muerte la cual no pudo ser modificada por haber recurrido, únicamente, la defensa – el hecho debió calificarse como constitutivo del delito de homicidio “*criminis causa*”, porque se mató para cometer la violación, con la que concursaba materialmente, debiendo ubicarse las variables calificativas restantes dentro del cuadro genérico del art. 41 del Cód. Penal”. (T. Casación Penal Buenos Aires, sala III - 30/03/2004 - Ferreyra, Rubén H. s/rec. de casación) LLBA 2004- 503.

2- “Cuando la muerte es el medio para conseguir la consumación del delito de abuso sexual con acceso carnal del modo que lo quiere el autor, aquél concurrirá con el homicidio calificado del art. 80 inc. 7° del Cód. Penal, siempre que la violación se produjera mientras la víctima estuviera agonizando”. (C.Crim. Nro. 2, Santa Rosa - 15/11/2005 - D.A.M). LLPatagonia 2006- 95.

3- “Es improcedente aplicar la figura prevista en el art. 124 del Código Penal, toda vez que la muerte de la menor víctima no resulta del abuso sexual al que fue sometida, porque el factor de deceso probable referido a una asfixia mecánica, no fue comprobado en modo alguno en el derrotero del debate”. C. Crim. Paso de los Libres, 04/07/2007, I., J. R. p/abuso sexual doblemente calificado - B., A. R. y E., F. R. p/abuso sexual agravado) LLLitoral 2007 -1105.

⁴⁰⁹ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. ps. 476/477); ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 61/62); RUBIO María “*Reforma al artículo 124 del Código Penal*” en “*Reformas Penales Actualizadas*”, DONNA Edgardo (Director), Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 272 y CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 205) se inclinan por el concurso real.

⁴¹⁰ “Para que se dé la hipótesis atrapada en el tipo del artículo 124 del Código Penal, la muerte debe resultar de la violación, esto es el acto carnal en sí o de la violencia ejercida por el autor para consumarlo, pero no cuando, el agresor mata a la víctima después de consumir la violación, empleando un mecanismo de producción letal – asfixia por estrangulación – enteramente ajeno a la relación sexual específicamente considerada” (C.Pen. Morón, Sala I, 2/4/81 - Grondona Anselmo R. -) LLOnline.



De lo antes dicho se desprende sin mayor esfuerzo que se debe concluir, con respecto a la polémica sobre si se trata de un delito preterintencional o doloso, que sólo integran la agravante aquellos resultados de muerte que han sido abarcados por la última forma de ejecución – dolosa –, pues resultaría ilógico pensar en una pena perpetua para un homicidio imprudente, la desproporcionalidad entre el hecho culposo y la punición aplicable es patente, vulnerándose en forma flagrante el principio de legalidad ⁽⁴¹¹⁾.-

Debe tenerse en cuenta que se está en presencia de un caso de delito complejo en el cual se unifican dos infracciones que individualmente son consideradas delitos autónomos y al unirlos nace una nueva figura delictiva superior en gravedad que obedece a razones de prevención general.-

Hay coincidencia en la doctrina respecto a que la equiparación de penas existente en el art. 124, para los casos contenidos en los arts. 119 y 120 aparecen sumamente desproporcionadas teniendo en cuenta la penalidad disímil que contienen estos artículos. En efecto, si se tiene en cuenta que la anterior redacción únicamente preveía la conducta de violación – actual abuso sexual con acceso carnal – la agravante sólo abarcaba dicho caso con resultado mortal. Con posterioridad a la reforma de la ley 25.087 incorpora tanto el abuso sexual simple, el gravemente ultrajante y el acceso carnal. Ello en cierta forma, conduce a una incongruencia práctica, toda vez que es de difícil imaginación que mediante un abuso sexual simple se produzca la muerte, ya que como se vio oportunamente, aquél constituye el tocamiento o acercamiento con contenido sexual. En la misma línea interpretativa se puede razonar con respecto al delito de estupro (art.120) pues si bien – como se verá *ut-retro* – más allá de los condimentos de “aprovechamiento de la inmadurez sexual” de la víctima, resulta también no convincente de qué manera dicha conducta típica puede conducir a un resultado letal del sujeto pasivo ⁽⁴¹²⁾. Todo ello lleva a concluir que existe una desmesurada desproporción punitiva, pues si se observan los tipos penales mencionados, los mismos tienen una escala punible progresiva en la medida del agravio a la víctima, esto es, en el abuso sexual simple la punibilidad es menor que en el abuso sexual gravemente ultrajante y obviamente que en el abuso sexual con acceso carnal, otro tanto ocurre con el caso del estupro. Pero a la hora de regular la pena en el caso de muerte de la víctima se establece la de prisión o reclusión perpetua para todos los casos mencionados, sin hacer distinción alguna, lo cual importa una falta total y absoluta del criterio de razonabilidad.-

⁴¹¹ FIGARI Rubén “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 216/217); En igual sentido RUBIO María (ob. cit. p.272)

⁴¹² RUBIO María (ob. cit. p. 267).



V-II.- Por el parentesco y vínculo de la víctima.

La agravante contemplada en el inc. b) del art. 119 referida al parentesco existente entre el sujeto activo y la víctima no resulta diferente a la redactada anteriormente en el art. 122, es decir, que comprende al ascendiente, descendiente, afín en línea recta y hermano.-

En cuanto a los primeros – *ascendientes y descendientes* – arts. 529 sgtes. del C.C. y C. – comprenden al padre, madre, abuelo, abuela y otros ascendientes sin límites, o al hijo, nieto, nieta y otros descendientes directos también sin límites; ya sea que tengan origen en el matrimonio o fuera de él. Dejan de ser descendientes, los hijos adoptivos en adopción plena, con respecto a los padres biológicos, pero cuando se trate de adopción simple, deben ser considerados descendientes, quienes han sido reconocidos por los padres biológicos, o cuando el adoptado ejerció la acción de filiación al mediar sentencia firme en juicio de filiación.-

Los *afines en línea recta* (art. 536 del C.C. y C.) comprenden el suegro o suegra en detrimento del yerno o de la nuera o viceversa, en forma ascendiente o descendiente sin limitación. No entra en la agravante el delito cometido por el cuñado o la cuñada en perjuicio del cuñado o la cuñada. Quedan comprendidos el padrastro y la madrastra en relación a los entenados o entenadas y de éstos con respecto a aquéllos por ser considerados afines.-

En el caso del *matrimonio* no concurre la agravante si ha habido divorcio vincular en razón de la disolución del vínculo, pero sí se da aquélla si ha habido disolución del matrimonio por muerte de uno de los contrayentes, en perjuicio del superviviente con relación al suegro, suegra o afín en línea recta o en su caso al cometido por aquél con relación a éstos.-

Respecto a los *hermanos* la agravante se da comprendiendo los unilaterales o bilaterales (art. 534 del C.C. y C.) ya sean de origen matrimonial o extramatrimonial ⁽⁴¹³⁾.-

No queda abarcado por la agravante el vínculo derivado de la adopción. En contra Laje Anaya ⁽⁴¹⁴⁾.-

⁴¹³ “La agravante contenida en el art. 119, cuarto párrafo, inc. b) del Cód. Penal reside en el quebrantamiento por parte del autor de los deberes de protección sexual que surgen del parentesco y de otras relaciones o situaciones especiales que la ley contempla – en el caso, se condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal cometido en perjuicio de su hermana –, pues la ley tiene en cuenta la particular relación existente entre el autor y la víctima, generadora de mayores facilidades para cometer el hecho y por ser su autor una persona obligada a resguardar a la víctima.” (C.Crim. y Correc.1a Nominación, Santiago del Estero - 06/06/2006 - Perez, Carlos Ariel) LL Online.

⁴¹⁴ Puede ocurrir en una primera hipótesis que el autor del delito sea el ascendiente, pero con posterioridad a que el hijo de sangre fuera adoptado plenamente. En el caso de la adopción plena, de acuerdo a lo que dispone la norma civil



Sin embargo la situación del adoptado pueden quedar comprendidas en la agravante de aquel que ejerce la educación o guarda en virtud de que la adopción requiere antes de ser conferida, que el adoptante tenga al menor bajo su guarda (art. 614 del C.C. y C.). Aquí valdría la misma reflexión que oportunamente se realizara con respecto a la calificación del homicidio, en el sentido que sería deseable que se incorpore en forma expresa la calificante por la adopción ⁽⁴¹⁵⁾. Esta situación era contemplada en el Proyecto de 1941 (art. 281) “adoptante”; en el Proyecto de 1960 (art. 159) “adoptante y adoptado” y en el Proyecto de 1979 (art. 162) “adoptante y adoptado” y en el Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal de la Nación de 2014 (art. 77) hablaba de “su padre, madre o hijos adoptivos...”.-

La acreditación o determinación del parentesco se hará de acuerdo a las normas civiles sobre el particular. El vínculo se acredita con la correspondiente partida de nacimiento.-

Según la opinión de Soler la agravante que enumera la ley “no puede ser considerada como una violación de los deberes de custodia, que es la forma correcta, sino estrictamente en el carácter incestuoso de la relación; puesto que alcanza no solamente al ascendiente, sino también al descendiente y al hermano en quienes puede no mediar esa situación que crea especiales deberes de custodia” ⁽⁴¹⁶⁾.-

(art. 323 del C.C.) como se ha extinguido la calidad de ascendiente y de descendiente y ese vínculo no se puede probar, la calificante resultará jurídicamente inaplicable. Se plantea una segunda hipótesis, en que el autor del delito sea el padre adoptivo y la víctima de él, el hijo que fuera adoptado, de acuerdo a una interpretación estrictamente gramatical, los comprendidos se hallarían también al margen de la agravante en virtud de que esta categoría no fue prevista a su tiempo por quienes sancionaron la ley. Pero ello merece alguna reflexión en razón de lo que dispone la última parte del inc. b) del art. 119, incluyendo en la calificante a quien se halla encargado de la guarda, lo que se aplicaría en virtud del art. 316 del C.C., es decir, que la adopción requiere antes de ser conferida, que el adoptante tenga al menor bajo su guarda. En caso de que se encuentre vigente ésta y el guardador que espera ser adoptante comete el delito en perjuicio del guardado, cae dentro de la agravante, de modo que resultaría muy difícil de concluir de que el padre adoptivo se encuentra fuera y excluido de la cláusula que ha previsto mayor castigo. De modo que, aunque expresamente no se haga referencia al instituto de la adopción, quienes se encuentran comprendido dentro de ella, quedan encasillados en la calificante. En el caso de la adopción simple se debe entender que entre el adoptante y adoptado nace un vínculo de parentesco y que se hayan unidos el uno con el otro en calidad de ascendiente - descendiente. Pero donde pueden aparecer ciertas variantes es en relación al adoptado y su vínculo biológico, ya que desde el análisis de las distintas disposiciones que hacen alusión a esta clase de adopción, no surge que el adoptado pasa a tener otra filiación, ni que se extinga el parentesco a todo efecto jurídico con la sola excepción de que subsisten los impedimentos de carácter matrimonial y más aún, el art. 331 del C.C. establece que los derechos y deberes que resultan del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, excepto lo relativo a la patria potestad, pero de esto no ha de seguirse que el vínculo se hubiese perdido en relación a lo que significa ascendencia - descendencia, por lo tanto en esta hipótesis queda comprendida dentro de la calificante del art. 119 del C.P. (Cfme. LAJE ANAYA Justo “*El vínculo y otras agravantes en los delitos contra la integridad sexual. Ley 25.087*” ob. cit. t. I, ps. 507/508).

⁴¹⁵ FIGARI Rubén “*De los delitos...*” (ob. cit. p. 128); en igual sentido se expide BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 380); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 406).

⁴¹⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 290); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 197).



En cambio, Núñez estriba la agravante en que “la razón de la calificante reside en la violación de un vínculo parental que le exige al sujeto activo el resguardo sexual de la víctima. La ley no exige, como lo hace en el art. 133 respecto de la cooperación de los parientes y terceros, que el autor abuse de su autoridad, encargo o confianza para cometer el hecho” ⁽⁴¹⁷⁾. Esto lo profundiza un tanto Fontán Balestra al señalar que el parentesco como elemento agravante lo efectúa la ley, de modo que no se requiere que el acceso carnal haya sido logrado abusando de la autoridad o ascendiente sobre la víctima; pero tampoco se presume que el hecho haya sido realizado contra la voluntad de la víctima en la medida requerida por el art. 119, por la sola existencia del vínculo o de la autoridad que de él pueda resultar. “Si así fuera, el acceso carnal en tales casos sería siempre violación y resultaría inaplicable al estupro la agravante por razón de parentesco prevista en el art. 123. La oposición de la víctima debe surgir de alguna de las situaciones previstas en los tres incisos del art. 119 (antigua redacción), y con ello el delito está configurado, independientemente de que el vínculo de parentesco exista o no. El vínculo no tiene otra función que la de adecuar el hecho a la figura agravada del art. 122” ⁽⁴¹⁸⁾.-

Para De Luca - López Casariego la agravante se basa en clásicos criterios culturales de respeto entre determinados parientes y la situación de preeminencia y mayor poder del autor sobre la víctima. “Desde la experiencia cotidiana y desde la Psicología, se ha advertido que no es igual un abuso sexual con un desconocido que con determinados parientes cercanos, por las huellas que dejan, porque la víctima termina sintiéndose “culpable” de la suerte procesal del pariente denunciado y de la “pérdida” familiar que se avecina con la expectativa de prisión” ⁽⁴¹⁹⁾.-

Buompadre sostiene que 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, ya que la relación consentida entre personas unidas parentalmente (incesto) no configura delito en el régimen penal ⁽⁴²⁰⁾.-

“La razón de ser de la agravante del abuso deshonesto, por haber sido cometido por un ascendiente, se encuentra tanto en el incumplimiento de los deberes de protección sexual que surgen del parentesco – en el caso, se trataba del padre de la menor –, como del carácter incestuoso de la relación”. (C.Crim. 1a Nominación, Catamarca - 16/03/2006 - Mercado, Pedro A. y otro) LLNOA 2006 - 932.

⁴¹⁷ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 271) así también TENCA Adrián (ob. cit. p. 107); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 122).

⁴¹⁸ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 94).

⁴¹⁹ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 106) y en BAIGÚN David- ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 617).

⁴²⁰ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 379).



Creus - Buompadre interpretan también que a diferencia del texto derogado que previó la agravante para los supuestos de violación – que no requería una particular conducta de abuso o aprovechamiento de situación parental – con la redacción actual ya no es suficiente la sola relación incestuosa entre el autor y la víctima, sino que se hace menester que el sujeto activo haya abusado o aprovechado la situación en que lo coloca el parentesco para cometer el hecho ⁽⁴²¹⁾.-

El art. 180 inc. 4º ⁽⁴²²⁾ del Código Penal español habla expresamente de la prevalencia de la situación de la relación de superioridad o parentesco – incluye en este caso a la adopción –. En efecto, Muñoz Conde al comentar específicamente esta agravante destaca lo difícil de comprender la calificante por la mera relación parental, salvo que se entienda que la misma implica un especial deber para el autor de abstenerse de este tipo de acciones, lo que podría entenderse en la relación parental descendiente – padres respecto a hijos – que evoca el viejo “tabú” del incesto, pero menos en otras más lejanas, sobre todo cuando se trata de un parentesco colateral por adopción o afinidad, entonces concluye en que habrá que exigir, que la relación parental a que se alude en la calificación haya dado lugar a algún tipo de prevalimiento que, de todas maneras, normalmente irá implícito en la propia intimidación ⁽⁴²³⁾.-

Reinaldi asevera que con la redacción de nuestra norma la ley no exige que el agente abuse de la relación de parentesco o de una relación de dependencia, la autoridad, de poder, de confianza o encargo, tal como lo hace el art. 133 al equiparar la pena de los cómplices secundarios a la de los autores ⁽⁴²⁴⁾. En este aspecto se sigue la idea de Núñez para quien la razón de la calificante en el caso del parentesco, reside justamente en la violación de dicho vínculo que le exige al sujeto activo el resguardo sexual de la víctima, y no se asimila la situación a la del art. 133 ⁽⁴²⁵⁾.-

Aquí se presenta una cuestión diferente a la que oportunamente se vio con respecto al abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder donde se concluyó que existía realmente una situación de uso indebido de prevalimiento, circunstancia esta que también

⁴²¹ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 197).

⁴²² Art. 180: “1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del Artículo 178, y de doce a quince años para las del Artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: ... 4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”.

⁴²³ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 199).

⁴²⁴ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 125); LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 364) para quienes tampoco será menester que se incurra en un abuso de la situación pero es imprescindible la concreta relación entre víctima y autor.

⁴²⁵ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 271).



puede darse en el caso del tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o guarda, personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad y en el caso del hecho cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente.-

Viene perfectamente al caso la observación que efectúa Arocena al respecto, con cita de Jakobs, al decir que la comisión del delito por los sujetos activos señalados “defraudan específicas expectativas normativas que forman parte del particular rol que esas personas desempeñan en su condición de parientes, ministros de algún culto o encargados de la educación o guarda de la víctima. O, en suma, que vulnera deberes “que afectan tan sólo a personas con un status especial o, con mayor precisión, forman parte de un status especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial...”, etc.”⁽⁴²⁶⁾. Ello es así, pues a partir de ese status especial fundado en el rol que deben cumplir emana de ello un conjunto de derechos y deberes inherentes a la condición misma, en este caso del ser ascendientes, descendientes, hermanos o afines en línea recta, que no deben ser quebrantados por situaciones tan especiales como la que se analiza en las figuras que trata el título, además de que tal relación parental puede facilitar la tarea del autor, tal como lo afirma Tenca⁽⁴²⁷⁾.-

El derecho no toma interés por el hombre en su existencia natural sino en cuanto también él significa algo en lo social, vale decir, en la medida que desempeña un rol social. Esta es en cierta medida el punto de partida de una concepción funcional de la culpabilidad ya que el autor no debe ser considerado de un modo naturalista, meramente como un hombre, sino socialmente como una persona, entendiéndose esta expresión como quien porta una máscara de un rol social. Así Jakobs sostiene que: “Ser persona significa tener que desempeñar un rol; persona es la máscara, o sea, no precisamente la expresión de la subjetividad de su portador, sino antes bien la expresión de una competencia comprensible socialmente”⁽⁴²⁸⁾. De esto se deduce que un rol constituye un conjunto de comportamientos que se espera de una persona cuando ocupa una determinada posición social. Al decir de los autores alemanes, un rol representa un haz de expectativas de comportamiento. Pero lo representativo de esas expectativas sociales que constituyen el rol, desde el punto de vista del Derecho Penal, son expectativas normativas. “Si son defraudadas no precisan ser adaptadas a la

⁴²⁶ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 85).

⁴²⁷ TENCA Adrián (ob. cit. p. 107).

⁴²⁸ JAKOBS Günther “*Handlungsbegriff*”, p. 39 y ZStW 107 (1995, p. 859).



realidad sino que pueden ser mantenidas contrafácticamente imputando la disonancia producida al comportamiento incorrecto del titular del rol” (429).-

El error sobre la existencia del vínculo configura un error de tipo que descarta el dolo de la figura agravada, no obstante lo cual quedaría en pie la tipificación de los párrafos 1º, 2º y 3º del art. 119 (430). En cambio, Clemente (431), Gavier (432) y Creus - Buompadre (433) consideran que la duda equivale a conocimiento.-

Se ha incluido en la nueva redacción en forma expresa al *tutor* (art. 104 del C.C. y C.) y al *curador* (art. 138 del C.C. y C.) aunque en realidad ambos sujetos eran considerados por la doctrina comprendidos en una de las agravantes, tales como el encargado de la educación y el encargado de la guarda. Ya la situación del tutor o guardador tenía su inclusión en el marco penal en el art. 2º inc. c) de la ley 13.944 referida a los incumplimientos de los deberes de asistencia familiar, de modo que su recepción en el nuevo texto legal es racional toda vez que la gravedad del delito de que se trata es de más trascendencia que el citado.-

V-III.- Por la calidad del autor.

a). Ministro de algún culto reconocido o no.

La anterior redacción contenida en el art. 122 receptaba el vocablo “sacerdote”, esto ha sido sustituido por la ley 25.087 por la expresión “ministro de algún culto reconocido o no” con lo cual queda comprendida cualquier actividad religiosa, sin importar su jerarquía y sin que sea menester que haya sido reconocida por el Estado. El senador Genoud da su punto de vista al expresar: “...cuando fuese realizada por un ministro de un culto, reconocido o no reconocido, líderes de sectas o todas estas figuras que pueden utilizar una fuerte gravitación psicológica sobre la víctima. Esta es una excelente novedad que también está tomada de legislaciones bastante más avanzadas que la

⁴²⁹ CORDOBA Fernando “La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad”, en “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin”, Ed. La Lectura - Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 189.

⁴³⁰ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 90); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 126); FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 95).

⁴³¹ CLEMENTE José (ob. cit. p. 65).

⁴³² GAVIER Enrique (ob. cit. p. 50).

⁴³³ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 197).



nuestra en este tema” (434). Buompadre entiende que el término abarca al sacerdote de culto católico, al rabino, al pastor protestante, al guía espiritual de un grupo religioso, al gurú de una secta, etc. (435).-

En virtud de lo establecido en el texto anterior a la reforma, la razón específica de este agravante había traído a colación dos enfoques en el terreno doctrinal.-

Es así que por un lado, Soler entendía que el caso del sacerdote no agravaba la conducta por la calidad personal de aquél sino en la relación de confianza y respeto que de tal calidad derive. Así decía, que “un sacerdote autor de violación de una mujer que no lo sabe sacerdote, no comete violación agravada” (436). De igual manera lo considera Fontán Balestra, quien agrega al ejemplo de Soler que “aún sabiéndolo, si ese carácter sacerdotal no ha tenido influencia en el delito, porque en tal supuesto el sacerdote habría actuado como un particular cualquiera” (437). Para Laje Anaya - Gavier si bien entienden que no se requiere para la aplicación del tipo agravado, que el sacerdote tenga una relación ministerial con la víctima y que abusándose de ella la viole, al menos debe existir un conocimiento por parte de la víctima de esa calidad sacerdotal del autor que por razones de oportunidad, respeto y confianza pueden haber visto favorecida la comisión del hecho (438). Creus se adhiere a la posición de Soler y Fontán Balestra, pero agrega que aunque la ley no requiere que el sacerdote abuse de su función de tal para cometer el hecho, por lo menos ha tenido presente las ventajas que su condición le otorgaba en cuanto a las oportunidades para cometer el hecho – como consejero espiritual de menores, atención de enfermos, asistencia de la víctima en el confesionario en la soledad del templo, las atenciones que la víctima le puede brindar por razón de su estado sin sospechar sus intenciones, etc. –. No quedando comprendido el sacerdote que actúa como cualquier sujeto, sin que ni siquiera la víctima lo conozca como tal (439). En la actualización de su obra juntamente con Buompadre revierte su posición frente al texto derogado que no requiere que el sacerdote abuse de su función de tal para cometer el hecho, pues la reforma impone una conclusión contraria: la propia dinámica de la agravante exige que el autor se abuse o aproveche de su calidad de ministro de algún culto para realizar la conducta típica, lo cual supone, que la víctima conozca dicha calidad, en caso contrario, parece imposible que el autor pueda prevalerse de tal condición, pues es

⁴³⁴ Antecedentes Parlamentarios p. 1627.

⁴³⁵ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 381).

⁴³⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 290).

⁴³⁷ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 96) citando a URE Ernesto.

⁴³⁸ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 363) remitiendo a la nota 17 de la anterior edición p. 152.

⁴³⁹ CREUS Carlos (ob. cit. ed. 1992 p. 201).



necesario acudir a ella, de modo que, si el agente actúa como cualquier sujeto sin prevalerse de su calidad de ministro de un culto religioso, el hecho no queda comprendido en la agravante sino en la figura básica del párr. 1º del art. 119 ⁽⁴⁴⁰⁾.-

Para De Luca - López Casariego la agravante se funda en la posición de preeminencia, respeto y confianza del autor sobre la víctima, por lo que no es la pura calidad del autor lo que califica el hecho y además requiere, al menos, el conocimiento de la víctima sobre tal calidad ⁽⁴⁴¹⁾.-

En la otra posición se encuentra Núñez, quien sostiene que la mayor criminalidad del hecho no reside en el aprovechamiento o abuso de la vinculación sacerdotal entre el autor y la víctima, sino la violación del deber de moralidad y honestidad que le impone al autor su calidad de sacerdote en sus relaciones con cualquier persona. “Se trata, en realidad, de una circunstancia agravante que funciona como pura calidad del autor y no como modo de realizar el delito. El art. 122 (antigua redacción) no exige para el sacerdote ni para los otros casos, un modo abusivo al estilo del art. 133 (antigua redacción)... la calificante concurre, por lo tanto, aunque entre el sacerdote y la víctima no haya mediado una relación con motivo u ocasión del oficio del primero, o que éste, en el momento del hecho, no haya aprovechado de su condición para cometer uno de los hechos del art. 119. La agravante concurre incluso si la víctima ignoraba la calidad de sacerdote o del autor, o si pertenecía a una religión distinta a la de éste” ⁽⁴⁴²⁾.-

Gavier entiende que la mayor criminalidad del hecho responde a que el ataque a la integridad sexual de la víctima fue perpetrado por una persona que, quebrantando su deber de moralidad y honestidad – en esto sigue a Núñez – que su calidad especial le imponían, vio favorecida la materialización de sus propósitos delictivos por las facilidades que aquella condición le brindó. Acota que debe existir por lo menos conocimiento de la víctima de la calidad de sacerdote ⁽⁴⁴³⁾.-

Reinaldi discrepa con Creus y funda la razón de la calificante en la inobservancia al deber impuesto legalmente a quienes poseen esa calidad ministerial, de abstenerse de cometer cualquier abuso sexual en perjuicio de otras personas. “...Nada autoriza a afirmar que la ley requiera para la configuración de la agravante que el autor abuse de la relación existente, por su calidad ministerial

⁴⁴⁰ CRUES Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 198).

⁴⁴¹ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 107) y en BAIGÚN David- ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 617).

⁴⁴² NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 272); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 129).

⁴⁴³ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 51).



religiosa, como un miembro del culto al que pertenece, cuando ya está exigiendo que se abuse de ciertas relaciones para la configuración de la figura básica, fuera de los supuestos de abusos de situaciones o del empleo de violencia o de amenaza para doblegar la voluntad de la víctima contraria al acto pretendido. Y no parece aceptable la exigencia del abuso de esa relación para agravar el delito, con ajuste a una interpretación sistemática, cuando tampoco se exige que se abuse del vínculo parental o del existente entre tutor - pupilo; curador - curado; educador y guardador con su respectivo educado o guardado, sino únicamente, que esa relación se dé. El hecho de que, en algunos casos, el autor que ostenta la calidad de ministro de alguna religión vea facilitado su obrar delictivo por las oportunidades que ese estado otorga para el delito, no es suficiente, según pensamos, para ver en esas oportunidades la razón de la calificante. En consecuencia, resulta irrelevante que la víctima conozca o no la calidad ministerial religiosa del autor, contrariamente a lo que se ha sostenido” (444).-

Breglia Arias - Gauna efectúan una particular interpretación respecto a la redacción del texto, pues en el anterior, entre el sustantivo “sacerdote” y el “encargado de la educación o guarda” de la víctima existía la particular disyuntiva “o”, mientras que en el texto actual entre “ministro de algún culto reconocido o no” y “encargado de la educación o guarda” hay una coma. Esto, según los autores que se cita, puede interpretarse en que ahora el ministro de algún culto reconocido o no, tendrá que ser encargado de la educación o guarda, y el encargado de la educación o guarda tendrá que ser además ministro de algún culto reconocido o no para que se de la agravante, lo cual “seguramente será aprovechada por algún defensor para requerir en las agravantes ambas condiciones y no una sola” (445). Esta singular interpretación en realidad conspira contra la redacción textual de la norma pues el legislador al fincar la agravante del inciso b) y describir cada uno de los afectados por aquélla, aplicando la gramática en forma correcta, los ha ido separando, con una coma, como no podría ser de otra manera y si el encargado de la educación o guarda debe ser necesariamente ministro de algún culto reconocido o no, lo hubiese impuesto en otros términos o giros idiomáticos.-

La condición de “sacerdote” o en el nuevo texto “ministro de un culto reconocido o no” por la Secretaría de Cultos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de la Nación trae aparejada la circunstancia de que dada tal investidura, la víctima deposita una suerte de confianza y expectativas, justamente en atención de tales calidades, de modo que la agravante se daría cuando el sujeto activo

⁴⁴⁴ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 126/128).

⁴⁴⁵ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. ps. 1059/1060).



se prevalece de dicha condición, debiéndose tratar el despliegue de una conducta abusiva, por ende, la víctima debe conocer la calidad de aquélla. En esto encuentro coincidencia con lo explicitado por Buompadre ⁽⁴⁴⁶⁾.-

b). Autor encargado de la educación o guarda.

Se entiende por encargado de la *educación* a quién tiene por tarea a cargo el de instruir, educar, impartir lecciones o corregir al sujeto pasivo, quedando incluido dentro de estos menesteres a los maestros y profesores de escuela primaria, secundaria, universitaria; institutrices, preceptores y toda aquella persona que tenga como objetivo impartir conocimiento. Esta relación debe devenir de una jurídica o de hecho y debe tener carácter de cierta permanencia o meramente transitoria o circunstancial, pues la ley no hace distinción al respecto, siendo lo importante que al momento del hecho tal relación exista ⁽⁴⁴⁷⁾. Reinaldi entiende que no debe tratarse de vinculaciones puramente ocasionales ⁽⁴⁴⁸⁾ ⁽⁴⁴⁹⁾.-

⁴⁴⁶ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 381) En dicha inteligencia debo rectificar mi opinión expuesta en “Casuística...” (ob. cit. p. 392).

⁴⁴⁷ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 382).

⁴⁴⁸ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 123). Señalando que el encargado de la educación se ocupa de instruir al menor tanto en conocimientos intelectuales, formación moral, como el maestro de un oficio o arte, es decir que lo importante no estriba en la calidad de la materia que se enseña. En igual sentido AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 87); CLEMENTE José (ob. cit. p. 71); TENCA Adrián (ob. cit. p. 105); DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 107); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 93) para quien el encargado de la educación es el que tiene a cargo la tarea de instruir o corregir al sujeto pasivo, formando su personalidad en un ambiente de estudio, aunque no tenga como tarea específica enseñar una materia - preceptores -. También excluye las enseñanzas ocasionales y debe tener cierto predicamento sobre la víctima que le permite abusar de la confianza otorgada para comenzar la ejecución del hecho. CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 199/200) (quedan excluidas las relaciones de enseñanzas ocasionales, las conferencias o breves cursillos); NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 275), GAVIER Enrique (ob. cit. p. 52); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 408); D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 256).

⁴⁴⁹ 1- “Corresponde condenar a la imputada como autora del delito de abuso sexual agravado, por tratarse de la persona encargada de la educación de las víctimas al haber quedado acreditado, tanto a través del testimonio de las menores -en el caso, se consideraron creíbles los testimonios prestados por éstas- como de los especialistas que las atendieron, que dentro del ámbito del colegio y en el horario de clase, la acusada efectuaba tocamientos impúdicos, coaccionándolas para que mantuvieran el secreto”. (T.Crim. Nro. 3 Mar del Plata - 17/06/2004 - Pandolfi, Ana E.) LLBA 2004- 875.

2- “Resulta irrelevante, a los fines de la prueba del delito de abuso sexual -en el caso, se condenó a una maestra jardinera como autora del delito de abuso sexual agravado respecto de sus alumnas-, que la acusada no presente patologías psiquiátricas evidentes pues no existe tipología psiquiátrica ni psicológica de los abusadores sexuales, los cuales no suelen presentar signos de alienación o de trastornos notables de la personalidad, presentándose como personas normales”. (T.Crim. Nro. 3 Mar del Plata - 17/06/2004 - Pandolfi, Ana E.) LLBA 2004- 875.



Algunos han sostenido que tanto el maestro, la maestra, el profesor o la profesora incurrir en la agravante cuando, con o sin acceso carnal (párrafos segundo y tercero del art. 119), abusan de su alumno o alumna y no cuando lo hacen con un alumno o alumna (⁴⁵⁰).

En cuanto al encargado de la *guarda* es aquella persona que de una manera regular cuida a otra en razón de una situación jurídica o por una de hecho, atendiendo a sus necesidades, no siendo menester la convivencia o que se trate de un encargo que no se desempeñe con continuidad (⁴⁵¹). También puede abarcar al caso de que no haya una medida no directa, cuando exista una relación del sujeto activo con un tercero, tal es el caso, por ejemplo del concubino que asume funciones de jefe de hogar con relación a los hijos de la concubina (⁴⁵²).

Existen algunos ejemplos respecto a la guarda que trae a colación Gavier, tal como aquél que asume la tenencia de un menor abandonado o de un insano, sin que ninguna autoridad se la confiera, lo que constituye una situación de hecho. Asimismo, tal guarda puede tener su origen en un encargo por parte de los representantes legales o del Juez – director de un hospital de enfermos mentales, enfermero contratado para el cuidado de un incapaz, el padrastro que se comporta como padre de los hijos de su concubina y también el secuestrador –, ésta última circunstancia la pone de resalto Clemente (⁴⁵³).

Para que esta agravante sea aplicable no es menester que los padres, tutores, curadores o guardadores hayan perdido el gobierno del incapaz, sino que basta que el acto haya sido cometido por la persona que cuida de éste no solamente sobre la base de una disposición legal sino, también, de una situación de hecho creada por cualquier circunstancia (⁴⁵⁴).

⁴⁵⁰ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 364) y GAVIER Enrique (ob. cit. p. 51).

⁴⁵¹ La relación 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” (Cfme. BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 383).

⁴⁵² DONNA Edgardo (ob. cit. p. 94).

⁴⁵³ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 52); CLEMENTE José (ob. cit. p. 73).

⁴⁵⁴ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 94); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 123); CLEMENTE José (ob. cit. p. 72); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 86); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 52); “Es encargado de la educación o guarda de la víctima no sólo el que tiene la calidad jurídica de tutor, curador o guardador, sino también la persona que enseña, corrige o cuida a la víctima menor o incapaz, conservando el padre, tutor, curador o guardador el gobierno de su educación y persona. La ley no restringe el concepto al “guardador” titular del ejercicio de la instancia (art. 72, apartado segundo) y de la acción privada (art. 76). El art. 122 no se refiere al “guardador”, sino al “encargado de la guarda” y, además, al “encargado de la educación”. Ni siquiera el “encargado de la guarda” se confunde con el “guardador”. En sustitución de una representación legal o del abandono del ejercicio del correspondiente derecho por parte del representante legal, el “guardador” es titular del derecho de gobernar al menor o incapaz. Por el contrario, el simple “encargado de la guarda”



Se debe puntualizar que el fundamento de la presente agravante estriba en una infracción de los deberes específicos concernientes al cargo – educación – u obligaciones que asuma – encargado de la guarda – el sujeto activo. Concretamente, la especial y particular relación de éste con la víctima que es lo que la norma tiene en cuenta para agravar la punibilidad.-

Tal como en el caso anterior, se debe considerar asimismo, que debe existir un abuso o prevalencia por parte del agente en detrimento del paciente (⁴⁵⁵). En contra Núñez (⁴⁵⁶).-

En realidad se tratan de situaciones que se dan de hecho en forma cotidiana por una relación existente entre el autor y la víctima dada la cual, puede tener lugar circunstancias que posibiliten la comisión del hecho aprovechando una situación ventajosa, no obstante lo cual el contexto en el que cual se da, debe ser analizado en forma pormenorizada en cada caso por el juzgador (⁴⁵⁷).-

no es titular por sustitución de ese derecho, sino simplemente la persona que por encargo del titular, sea por representación legal o por guarda o por otra circunstancia, tiene a su cuidado al menor o incapaz sometido al gobierno efectivo de una patria potestad, tutela, curatela o guarda. No siendo el caso de una potestad general de educación o guarda (representantes legales y guardador), el encargo de educación o guarda es una situación de hecho que puede presentarse en diversas formas” (Cfme. NUÑEZ Ricardo ob. cit. p. 274).

⁴⁵⁵ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 93); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 199). Quienes aclaran que además de ello debe existir una concreta vinculación con el sujeto pasivo en virtud de la función que respecto de él cumple el agente, de allí que consideran – tal como lo hace LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique – que, por ejemplo el maestro incurre en agravante si abusa sexualmente de la alumna o alumno del colegio en que enseña, mas no si acontece el hecho en perjuicio de un/a estudiante de otro establecimiento con el que no tiene relación alguna.

⁴⁵⁶ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 273).

⁴⁵⁷ 1- “La guarda, a los efectos de la aplicación de la agravante prevista en el art. 119 párrafo cuarto inc. b) del Cód. Penal – en el caso, se calificó así la conducta de un médico de guardia que, encargado del cuidado de tres menores, abuso sexualmente de ellas mientras se encontraban internadas –, se extiende a los casos en que la tenencia del menor sea transitoria o momentánea”. (C.Crim. Villa Angela - 28/11/2008 - C., F. J. A.) LL Litoral 2009 - 437.

2- “El encargado de la guarda al que alude el agravante previsto en el art. 119 inc. b del Código Penal no se limita a la relación jurídica de quienes tienen por la ley civil esa función, sino que comprende a toda persona que esté de hecho encargada de la guarda de la víctima, aunque no conviva con ella, y se trate de un encargo que no se desempeñe con continuidad. (Del voto del Dr. Hornos)” (C.N. Casación Penal, sala IV - 22/10/2008 - Kelemen, Julio César s/rec. de casación) Sup. Penal 2009 - 44 - LL 2009-A- 576 - DJ 15/04/2009, 1001.

3- “La agravante prevista en el art. 119 inc. b del Código Penal resulta aplicable al concubino de la madre de la menor abusada ya que, éste mantiene una convivencia estable con el grupo familiar, aunque no cumpla funciones de guarda o cuidado de la víctima”. (T.S.J Santa Cruz - 25/10/2007 - A., N. I.) LLPatagonia 2008 - 60.

4- “La circunstancia de que la menor víctima concurriera al domicilio de su madre y del imputado -en el caso, había sido procesado el concubino de la madre por el delito de violación agravada por el vínculo- sólo los fines de semana, no es óbice para dar por cumplido el requisito exigido en el art. 119, inc. b), Cód. Penal para agravar el delito de violación, toda vez que la situación del encargado de la guarda no requiere la convivencia de las personas, sino que es compatible con la solución de continuidad y con relaciones de más corta duración, pues la razón de la calificante en la nueva ley está dada exclusivamente por el hecho de que la relación parental le facilite la tarea al autor”. (C.N. Crim. y Correc., sala VI - 28/02/2003 - Ledesma Vallejos, Arzob R) LL 2004-A- 756.

5- “Corresponde absolver al imputado, acusado del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado, si la víctima, al momento del hecho tenía dieciséis años y, según sus propias manifestaciones, aceptó convivir en pareja con el acusado – en el caso, se trataba del padrastro, con quien tuvo un hijo –, sin que se haya acreditado que haya existido por parte de este último algún tipo de forzamiento físico o psíquico para conseguir dicha finalidad, por lo que no se encuentra



c). Conocimiento de la portación de una enfermedad de transmisión sexual grave y peligro de contagio.

Esta formulación es nueva para los cánones tradicionales que albergaba la anterior redacción y es introducida por la ley 25.087⁽⁴⁵⁸⁾. Se tiene en cuenta que en realidad se ataca a los bienes tales como la integridad sexual y la salud del sujeto pasivo. Sólo alcanza la agravante a los casos contemplados en el párrafo segundo – sometimiento sexual gravemente ultrajante – y párrafo tercero – abuso sexual con acceso carnal – del art. 119. Esta alternativa mereció la crítica de Donna para

configurado el delito por el cual fue acusado”. (C. Crim. Nro. 2 Santa Rosa - 28/11/2005 - R. G. G.) LL Online.

6- “Cabe condenar al imputado en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la calidad de guardador reiterado, en concurso real con abuso sexual simple calificado por el vínculo, ya que los hechos se encuentran probados a partir de las declaraciones de las niñas respecto de las cuales los informes médicos y psicológicos dan cuenta de su improbable fabulación, sin que pueda pretenderse de ellas una narración exacta de los lugares y de las conductas vividas en situaciones que ni siquiera comprenden y que no integran ni su léxico gramatical”. (S.T.J Formosa - 14/12/2007 - G., A.) LLLitoral 2008 - 295 - DJ 14/05/2008, 136 - DJ 2008-II, 136.

7- “La agravante del delito de abuso sexual con acceso carnal relativa a la calidad de guardador no es una cuestión normada por la ley civil, sino que se trata de una vinculación de hecho que puede ser momentánea o de cierta entidad temporal, resultando específico que la persona tenga como consecuencia de su posición la posibilidad de ejercer control y disposición sobre el menor (del voto del doctor Hang)”. (S.T.J Formosa - 14/12/2007 - G., A.) LLLitoral 2008 - 295 - DJ 14/05/2008, 136 - DJ 2008-II, 136.

8- “El termino guardador debe ser interpretado en forma amplia, comprensivo de toda persona que de hecho tenga el cuidado y el gobierno de un menor, cualquiera sea la circunstancia que haya originado esa situación. El concubino de la madre de la víctima constituye la persona encargada de la guarda de ésta, pues dentro del grupo irregularmente formado el hombre asume el carácter de jefe de familia ejerciendo sobre los hijos llevados por la mujer a la autoridad que ésta le delegó por imposición de las circunstancias” (S.T Tierra del Fuego 24/10/06 - G.G. J) Lexis n° 1/1016201 y 1/1016202.

9- “Incorre en el delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado, agravado por haberse cometido contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente y ser encargado de su guarda, el tío que cuidaba su sobrina y abusaba sexualmente de ella, cuando la madre de la menor se encontraba trabajando. La agravante prevista para el delito de abuso sexual, agravado por ser el sujeto activo guarda de la víctima, se extiende a los casos en que la tenencia del menor es transitoria y momentánea”. (C.N Casación Penal, Sala I, 16/12/05 - González Pardo Tomás L.) Lexis n° 1/1011319 y 1/1011320.

10- “No resulta aplicable la agravante prevista en el art. 119 penúltimo apartado inc. b) del Cód. Penal, en tanto puede considerarse guardador del menor víctima de violación, quien ante la momentánea salida de los padres para efectuar compras en un supermercado ha quedado a cargo del cuidado de los niños”. (C. Penal Rosario, Sala I, 25/06/04 - Ramírez J.) Lexis n° 1/70014553-1.

11- “Si la guarda del damnificado fue meramente circunstancial, ya que era la primera vez que el imputado cuidaba al damnificado, no se configuran los requisitos establecido en la calificante prevista por el cuarto párrafo, inc. b, del art. 119 del C.P. Por ello, dado que no se da el requisito de la regularidad en el cuidado de la víctima contemplado por el tipo en análisis, debe confirmarse el procesamiento del imputado en orden al delito de abuso sexual por acceso carnal en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 119 tercer párrafo del C.P.). (C.N.Crim. y Correc.- Sala C. -13/07/2005 - Quispe Choque, Nelson.) eIDial - AI2159.

12- “La agravante contenida en el art. 119, inc. b) del C.P. “encargado de la guarda” no requiere la convivencia de las personas, sino que es compatible con la solución de continuidad y con relaciones de más corta duración. La razón de la calificante por el vínculo en la nueva ley está dada exclusivamente por el hecho de que la relación parental facilite la tarea del autor. Por ello, procede agravar el tipo penal de violación si el imputado es concubino de la madre de la menor damnificada (padrastró) y ésta los visitaba durante los fines de semana. En cuanto al delito de corrupción de menores, el tipo se integra por dos aspectos subjetivos, los que deben presentarse de manera concomitante: a) la



quien resulta que la limitación del inc. c) es inentendible porque en el abuso sexual simple puede también, eventualmente, existir peligro de contagio de una enfermedad, en el caso que el contacto sea por vía sanguínea ⁽⁴⁵⁹⁾.-

Requiere un conocimiento – “a sabiendas” – por parte del agente de que padece alguna enfermedad de transmisión sexual grave tales como la sífilis ⁽⁴⁶⁰⁾, herpes genital ⁽⁴⁶¹⁾, gonorrea ⁽⁴⁶²⁾, hepatitis B ⁽⁴⁶³⁾, S.I.D.A. ⁽⁴⁶⁴⁾, etc. pues no basta que el portador abrigue dudas al respecto y con su conducta cree en la víctima un peligro de contagio de la enfermedad de que padece, es decir, que

corrupción de la víctima debe integrar el plan del autor, y b) la acción debe procurar el ánimo de lucro o la satisfacción de deseos propios o ajenos. Así, si no se puede aseverar que el imputado haya obrado con un fin distinto al de dar rienda suelta a sus deseos, que no hacen pensar que ello pueda haber causado placer o deseos de repetición en el perjudicado, no procede dicha calificación, hasta tanto no se efectúen informes psicológicos a la víctima y al imputado a efectos de determinar la configuración del aspecto subjetivo de dicho tipo legal. Por ello, debe confirmarse el procesamiento del imputado con la salvedad de que se lo considera autor penalmente responsable del delito de violación agravada por el vínculo (art. 119, inc. b) del C.P.)”. (C.N.Crim. y Correc. Sala VI, 28/02/2003- Ledesma Vallejos, Arzob Ramiro). eDial - AI1886.

13- “Procede confirmar el procesamiento en orden al delito de abuso sexual agravado por encontrarse a cargo de la guarda de la menor si se trata de un abuso sexual cometido por el concubino (en perjuicio de la hija de su concubina) que asume la función de jefe de hogar de los hijos de la concubina, por cuanto el encargado de la guarda puede reconocer su origen en la ley (ej: tutor) o en una situación de hecho en la que una persona queda encargada de la otra con prescindencia de que aquélla tenga o no representantes legales y basta que la relación se encuentre materialmente establecida, y aun marginada de las disposiciones legales y sin perjuicio que el encargo no se desempeñe con continuidad”.(C.N.Crim. y Correc. Sala IV, 13/02/2003- Quisbert Navia, Roberto). eDial - AI1882.

14- “El deber moral de asumir el amparo físico y moral del incapaz que se entrega con la confianza de que habrá de ser resguardado, importa una gravísima afrenta a la lealtad debida a raíz de esa encomienda, que necesariamente lleva implícita en la norma un agravamiento represivo aun cuando la guarda de la víctima resulte momentánea”. (C.N.Crim. y Correc., Sala VII, 14/11/00.- Garrido Parente, Antonio) eDial - AI119A.

15- “Es procedente condenar al imputado como autor del delito de abuso sexual doblemente calificado, por ser gravemente ultrajante y por su condición de guardador, en la modalidad de delito continuado, respecto de una paciente que al momento de los hechos tenía ocho años de edad, dada la duración de tal accionar – en el caso, dos años – y porque la modalidad del acto sexual comúnmente denominado “cunnin lingus” es un abuso de tales características” (T.S. Santa Cruz 2009/08/28 - López José Luís) LLPatagonia 2009-126.

⁴⁵⁸ En el debate parlamentario el senador Genoud aludiendo al tema expresó: “¿Qué pasa con aquélla persona que es consciente de que tiene una enfermedad grave de transmisión sexual y viola? ¿Es una violación común? No, es agravada porque sabe que además de violar está condenando a otra persona a una enfermedad terminal.

⁴⁵⁹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 86).

⁴⁶⁰ “La sífilis es una enfermedad de transmisión sexual provocada por una bacteria *Treponema pallidum*, (también denominada *spiroqueta palida*) la cual puede invadir mucosas, y aun trasponer la piel a través de micro escoriaciones... La transmisión requiere contacto directo entre personas. Esta enfermedad, además puede transmitirse de la madre al feto (llamada sífilis congénita) y por transfusión de sangre contaminada... La lesión comienza como una pápula que luego se erosiona para formar una úlcera indolora con bordes elevados y netos con un fondo mucoso que contienen gran cantidad de treponemas y es muy infectante, a esa lesión se la denomina “chancro” el cual puede aparecer en los genitales externos, la vagina, el ano o el recto, también pueden aparecer en los labios, la boca o dedos...” (Cfme. COTAIMICH Henry “Enfermedades de transmisión sexual” en VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 871/872).

⁴⁶¹ Es una enfermedad de transmisión sexual causada por los virus del Herpes simple tipo 1 (VHS - 1) y tipo 2 (VHS - 2), siendo la mayoría de los herpes genitales causado por el tipo 2. La gran mayoría de las personas con VHS - 1 o VHS - 2 no presentan signos ni síntomas de infección o si los tienen estos son mínimos, cuando estos aparecen, lo hacen en forma de ampollas en la zona perigenital, genital o perianal. Dicha ampollas se rompen dando lugar a úlceras dolorosas



debe estar afectado por ésta de una manera capaz de crear ese peligro, no siendo menester que el peligro que haya corrido la víctima sea real o efectivo ni que ésta tenga conocimiento de la existencia de la mentada enfermedad (⁴⁶⁵).

Se trata la agravante de un delito de los denominados de peligro, en donde sólo se requiere una amenaza al bien jurídico, pero hay dos tipos de delitos de peligro, los de naturaleza abstractos y los concretos. En los primeros, no se necesita una amenaza concreta al bien jurídico, sino que la peligrosidad típica de la acción es motivo para su penalización, sin que en el caso se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro – tal es el caso en análisis – (⁴⁶⁶). En cambio, en los delitos de peligro concreto sí se requiere un resultado para que se configure el injusto.

que pueden tardar entre 15 y 30 días en curarse en el primer episodio (Cfme. Idem ob. cit. p. 878).

⁴⁶² Enfermedad de transmisión sexual provocada por una bacteria exclusiva del ser humano denominada *Neisseria gonorrhoea*, vulgarmente llamada también gonococo y su transmisión es mediante el contacto sexual. Esta puede crecer muy bien y provocar patología en el tracto reproductivo (cuello interino, útero y trompas de Falopio) en la mujer y en la uretra tanto en la mujer como en el hombre. También puede crecer en las células de la garganta, los ojos y el ano (Cfme. Idem ob. cit. p. 868).

⁴⁶³ El virus de la hepatitis B (VHB) puede ser transmitido sexualmente e infecta el hígado y quizás el riñón y el páncreas solamente en los humanos y en los chimpancés, pudiendo causar hepatitis aguda o crónica, sintomática o no. La sangre representa la fuente principal del virus infeccioso pero también se puede encontrar en semen, saliva, leche, exudado vaginal, flujo menstrual y líquido amniótico (Cfme Idem ob. cit. ps. 881/882).

⁴⁶⁴ Ésta es la más moderna de las enfermedades consideradas como de transmisión sexual y que en un principio se consideró que atacaba exclusivamente a varones homosexuales, poco tiempo después se demostró como una pandemia que afectaba a ambos sexos y a individuos de distintas preferencias sexuales (heterosexuales, bisexuales y homosexuales) . El agente causal, un virus denominado virus de la inmunodeficiencia humana (VIH, o HIV en su sigla anglosajona) se caracteriza por tener un fuerte tropismo hacia las células T y los macrófagos que expresan el antígeno CD 4, componentes fundamentales del sistema inmunitario. La capacidad del VIH para incapacitar al sistema inmune, permanecer latente en los linfocitos, y alterar su propia constitución antigénica, le permite escapar a la eliminación, y evitar la resolución de la infección. La presencia del VIH en la sangre, semen y secreciones vaginales de las personas infectadas, y el largo período de incubación antes de que se presente signos o síntomas de la enfermedad, favorecen la diseminación del virus por contacto sexual de cualquier tipo – genital, genital oral, oral genital, o genital anal – y exposición a sangre y/o productos hematológicos contaminados. El virus puede ser también transmitido a los recién nacido durante el período perinatal o durante la lactancia. El VIH no es transmitido por contacto casual o social, besos, caricias, tacto, tos, estornudos, agua, alimentos, utensilios, piscinas, baños públicos o insectos, por lo tanto quienes compartan una vivienda, el ámbito laboral, o un aula con personas infectadas no estarán en riesgo contraer la infección (Cfme. Idem ob. cit. ps. 884/886).

⁴⁶⁵ FIGARI Rubén (“*Casuística...*” ob. cit. p. 392)

⁴⁶⁶ En igual sentido DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 111) y en BAIGÚN David – ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 620) para quienes la agravante no exige el contagio consumado, sino el mero peligro de que ocurra, aunque estiman que si el contagio de una enfermedad grave se produce se estará ante un supuesto del inc. a) del art. 119 – grave daño a la salud – y concurrirá con lesiones gravísimas (art. 91 C.P.), según el caso. VILLADA Jorge (ob. cit. p. 160) quien advierte que se deben aplicar las reglas del concurso ideal o real, en caso de contagio efectivo de la enfermedad (art. 202 C.P.), resultado que no se haya subsumido en el tipo agravado, salvo que se causare un grave daño a la salud física o mental – inc. a) -. LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 366). En contra DONNA Edgardo (ob. cit. p. 86) para quien se trata de un delito de peligro concreto. Asimismo, BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 383); TENCA Adrián (ob. cit. p. 111); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 417).



Según Reinaldi la ley no exige que se pruebe que el sujeto pasivo estuvo en un peligro concreto de contagio debido a la acción efectiva del germen de la enfermedad en su organismo, basta que el autor, que además debe tener un conocimiento cierto de que está afectado por uno de esos males – no basta la duda –, haya cometido un abuso sexual que origine, por el directo contacto corporal con la víctima, la posibilidad concreta de transmitir una de las enfermedades antes mencionadas. Asimismo, entiende que es irrelevante que la víctima también conozca que el autor sufre de tal enfermedad. “La ley exige, en cambio, que la enfermedad de transmisión sexual de la que padece el autor sea “grave”. Reviste este carácter la enfermedad que tenga mucha entidad, aunque no encuadre en algunos de los supuestos contemplados por los arts. 90 y 91 del C.P.. No lo es sólo la que lleva fatalmente a la muerte porque sea incurable para la ciencia médica, en su estado actual, como ocurre con el sida, sino también toda otra que pueda producir trastornos importantes, por ejemplo, la estenosis (estrechez del conducto uretral) causada por la lenorragia en el hombre o la esterilidad en la mujer que causan las secreciones gonococcidas...”⁽⁴⁶⁷⁾. Para Gavier no se requiere que el peligro haya sido real y efectivo⁽⁴⁶⁸⁾. En igual sentido Arocena⁽⁴⁶⁹⁾. No requiere resultado para Edwards⁽⁴⁷⁰⁾.-

Parma señala que el inciso a) requiere un grave daño en la salud física – puede ser una enfermedad venérea –, penalizando de esta manera la norma el “resultado”, situación que no ocurre con el inciso c) que solamente exige el “peligro de contagio”, con el único plus que el agente se conozca portador de esa enfermedad. Deduce que de esta forma se ve nítidamente que el legislador ha equiparado en pena un delito de resultado con uno de peligro⁽⁴⁷¹⁾. Para este autor⁽⁴⁷²⁾ y tanto para Pandolfi⁽⁴⁷³⁾ como para Arocena⁽⁴⁷⁴⁾, en principio, había un concurso aparente de leyes con el art. 202 del C.P. y el art. 18 de la ley 12.331. Sin embargo, tampoco corresponde hablar de concurso de delitos, en los casos que postulan estos autores porque la figura del art. 202 queda desplazada por la norma específica. Para Clemente si el contagio ocurriere ocasionándose un grave daño en la salud

⁴⁶⁷ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 138).

⁴⁶⁸ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 53).

⁴⁶⁹ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 94).

⁴⁷⁰ EDWARDS Carlos (ob. cit. p. 46).

⁴⁷¹ PARMA Carlos (ob. cit. p. 90).

⁴⁷² Idem (ob. cit. p. 89).

⁴⁷³ PANDOLFI Oscar (ob. cit. p. 64/65).

⁴⁷⁴ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 93).



física de la víctima, esta hipótesis concurrirá idealmente (art. 54) con el tipo previsto en el art. 18 de la ley 12.331 ⁽⁴⁷⁵⁾.

El delito contemplado en el art. 202 como así también en el art. 18 ⁽⁴⁷⁶⁾ de la ley 12.331 (17/12/1936 B.O. 11/01/1937 - ADLA 1920 - 1940- 703) son de resultado, en tanto que los que en este ítem se está analizando constituyen una figura de peligro, por ende pienso que no debe existir un concurso aparente como se ha sostenido *ut-supra* ⁽⁴⁷⁷⁾.-

Cabe recordar que si bien la enfermedad de transmisión sexual debe tener las características de “grave” – los alcances de este vocablo se analizaron oportunamente –, ello no requiere que se encuentre comprendida en algunos de los supuestos de los arts. 90 y 91 del C.P., sino que la temática debe ser analizada en cada caso particular, de acuerdo a las circunstancias. Por otra parte, la expresión “enfermedad de transmisión sexual grave” si bien alude a un elemento normativo de carácter científico, por tal razón se necesita del aporte de conocimientos de tal naturaleza para echar luz sobre estos conceptos en cada caso sometido a investigación ⁽⁴⁷⁸⁾.-

d). Hecho cometido por dos o más personas.

El nuevo texto, en este sentido es más conciso porque ha venido a zanjar el problema antiguo que se planteaba en la doctrina con referencia al número mínimo de intervinientes que requería la figura agravada que fuera derogada y que concretamente requería “el concurso de dos o más personas”.-

Haciendo un racconto, para un sector de la doctrina era suficiente que en la consumación del hecho actuaran dos personas. En tal sentido Soler interpretaba que a pesar de que el término concurso de dos o más personas no era muy feliz, debía entenderse que la agravante se daba cuando concurrían dos personas – el autor y otro – y no tres – el autor y dos cómplices –, porque el verbo

⁴⁷⁵ CLEMENTE José (ob. cit. p. 88).

⁴⁷⁶ Art. 18: “Será reprimido con la pena establecida por el artículo 202 del Código Penal quien, sabiéndose afectado de una enfermedad transmisible, la contagia a otra persona”.

⁴⁷⁷ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1066).

⁴⁷⁸ 1- “A efectos de graduar la pena aplicable a quien fue condenado como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, debe tenerse en cuenta como agravante el hecho de que éste no hubiere utilizado profilácticos al cometer los hechos atribuidos, lo cual derivó en que las víctimas debieran someterse a un tratamiento para evitar un eventual contagio de enfermedades de transmisión sexual desde que, el art. 41 inc. 1 del Cód. Penal faculta al juez a valorar la extensión del daño causado por el delito, al momento de fijar la condena. (Del voto del doctor Madueño)”. (C.N. de Casación Penal, sala I - 26/05/2006 Cabaña, Víctor G. s/rec. de casación) LL Online.



concurrir abarca al autor tanto como a los cómplices. “Cuando un delito es cometido por varios, todos concurren; en consecuencia dentro de esos *dos* a que la ley se refiere, está también el *autor*”⁽⁴⁷⁹⁾. Fontán Balestra también se inclina por esta hipótesis al señalar que: “La ley se refiere a quienes intervienen materialmente en el delito. La razón de la agravante radica en que el hecho es facilitado por el autor, al par que las posibilidades de resistencia o defensa de la víctima se reducen. *Así vistas las cosas, el autor también cuenta para el cómputo de las dos personas con cuyo concurso se ejecuta el hecho*” – la cursiva me pertenece –⁽⁴⁸⁰⁾.-

En sentido opuesto – exigencia de por lo menos tres personas – Núñez interpretaba que: “La ley se refiere a la violación que *se cometiere por su autor con el concurso* de dos o más personas, y no a la que se cometiere por *dos o más personas en concurso*. La idea es que el autor debe ser asistido o ayudado por dos o más personas, lo que ocurre tanto cuando por ser uno solo el autor principal (consumador del delito), sólo él recibe la asistencia, como cuando por ser varios los autores principales, cada uno de ellos encuentra una ayuda en la participación de los otros”⁽⁴⁸¹⁾.-

Es observable que ante el claro texto de la ley actual, para que se dé la agravante, el requisito es de la intervención de como mínimo dos personas, sin que haya una limitación en cuanto al máximo, circunstancia ésta que ha consagrado la primera hipótesis. Por otra parte queda claro que esta situación es completamente distinta al caso previsto en el art. 80 inc. 6º que distingue entre autor y los cómplices⁽⁴⁸²⁾.-

⁴⁷⁹ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 291).

⁴⁸⁰ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 97); GARONA José (ob. cit. p. 78); NUÑEZ José “*El concurso de dos o más personas en la violación*” L.L. 34 - 1073; URE Ernesto (ob. cit. p. 68); VÁZQUEZ IRUZUBIETA Carlos (ob. cit. “*Código ...*” t. II, p. 293); MANIGOT Marcelo (ob. cit. p. 253); CHIAPPINI Julio (ob. cit. p. 71 y sptes.); CREUS Carlos - BOUMPADRE Jorge (ob. cit. p. 201); BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1061); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 409); BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 384).

⁴⁸¹ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 278); LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. t. II. p. 154); CARRERA Daniel “*Violación agravada por el número de intervinientes que la cometen*” J.A. t. 1987 - I - 89; SPINKA Roberto en “*Estudio...*” CARRERA Daniel (Director), t. I, (ob. cit. p. 274).

⁴⁸² 1- “Corresponde confirmar el procesamiento del imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, agravado por el número de intervinientes, por contarse con el testimonio de la víctima y de los preventores, el secuestro de las prendas de aquélla y las pericias efectuadas confirmaron que los restos de semen hallados coincidían con el grupo sanguíneo del acusado, sin que tenga la menor relevancia el hecho de que la víctima haya caminado, en horas de la madrugada, sola por un lugar riesgoso, pues ello no demuestra que se trate de actitudes provocantes ni que aquélla se encuentre obligada a la resignación, luego de haber padecido un abuso sexual como el que se ha acreditado”. (C.N. Crim. y Correc., sala IV - 14/04/2004 - Sanabria Velázquez, Victoriano) LL 15/11/2004, 7.

2- “Corresponde condenar como coautores del delito de abuso sexual con acceso carnal, en los términos del art. 119 tercer párrafo y cuarto párrafo, inc. d) del Cód. Penal, a quienes mantuvieron relaciones sexuales con una menor, pues tal proceder afectó la libertad sexual de la víctima y por ello el bien jurídico protegido por la norma”. (C. Crim. Nro. 2, Santa Rosa - 08/09/2005 - P. A. B. y otro) LL Online.



El fundamento de esta calificante, tal como lo propugnaba la doctrina y la jurisprudencia, anterior a la reforma, se finca específicamente en la menor alternativa o posibilidad de defensa del sujeto pasivo ante la pluralidad de los activos, lo que denota sin duda alguna, una mayor exposición lesiva para la persona, tal cual se registra en las otras figuras delictivas calificadas por esta circunstancia ⁽⁴⁸³⁾. Hace notar Donna, con cita de Oderigo, que el fundamento de la agravante reside en el estado de indefensión de la víctima, puesto que no es lo mismo defenderse de un agresor que de varios. Asimismo, no ha menester que todos los partícipes tengan acceso carnal, sino que basta que otros concurren a la ejecución material del evento, no solamente a su auxilio o preparación, y tampoco es necesario que todos sean penalmente responsables, ya que la incapacidad de alguno no hace variar el hecho ⁽⁴⁸⁴⁾.-

De esto se colige que las dos personas actúan ya sea como coautores o uno como autor y el otro como cómplice, debiendo intervenir ambos en la ejecución del hecho. “No es imprescindible que los dos sujetos intervinientes tengan acceso carnal, basta que por lo menos dos personas intervengan en la fase ejecutiva del hecho como coautores o como autor y cómplice. Si uno la accede mientras otro, la reduce o la desviste, funciona perfectamente la agravante” ⁽⁴⁸⁵⁾.-

3- “La hipótesis legal del art. 119, tercer párr., inc. d), del Cód. Penal ha sido creada para abarcar aquellos supuestos en que dos o más personas menoscaban la integridad sexual de la víctima con la fuerza o intimidación acrecentada por su actuación conjunta -en el caso, el tribunal oral aplicó la figura agravada y, al momento de mensurar la pena, consideró que entre los hechos cometidos por los distintos partícipes mediaba un concurso real-, siendo uno solo el hecho por cada violador y no tantos hechos como violadores existan (del voto en disidencia del doctor Mahiques)” (T. Casación Penal Buenos Aires, sala III - 26/02/2004 - Herrera, Marcelo G. s/rec. de casación) LLBA 2004 - 502.

4- “En el caso del art. 122, el Cód. Penal nos da como marco de referencia no ya al autor sino al “hecho”, exigiendo que “en el hecho concurren dos o más personas”; por lo que interpretando gramaticalmente esta norma, a la ley le basta con que intervengan dos personas: el autor y otro que concorra con él. (Del voto de la minoría)” (S.C.J. Buenos Aires - 14/07/1992 - Herrera, César E. y otros) DJ 1994.

5- “El agravante del delito de violación, por el número, radica en que la intervención de dos o más personas incrementa el potencial vulnerante del autor o autores y paralelamente, reducen la posibilidad de defensa o de una eficaz resistencia por parte de la víctima, sin que sea necesario que todos los participantes hayan accedido carnalmente a la persona damnificada aunque sí deben poner presencia efectiva en el lugar del hecho en el momento de la consumación pues la agravante se funda en el momento de la fuerza agresora concurrente en el delito y no en la criminalidad de todos los participantes” (C.Pen. Rosario, Sala III, 14/05/02 - A.H.R. y otros) LLLitoral 2003 - 403.

6- “Se configura el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el número de autores - art. 119, párr. 3º, inc. d) Cód Penal - si mediante amenazas los acusados intimidaron a la víctima y vencieron su resistencia a fin de accederla carnalmente, lo que hicieron en forma simultánea por vía vaginal y anal” (T. Casación Penal Buenos Aires, Sala III, 02/03/04 - H.M.G.s/rec. de casación) en www.scba.gov.ar/Casacion/Jurisprudencia fallos B3315303.

⁴⁸³ “La agravante producida por la comisión del hecho por dos o más personas deja claramente establecido que basta el incremento del número de personas para considerar al hecho como más violento...”. Antecedentes Parlamentarios, ps. 1614/15.

⁴⁸⁴ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 94/95); CLEMENTE José (ob. cit. p. 76); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 130).

⁴⁸⁵ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 55) objetó el artículo femenino “la” pues el sujeto pasivo puede ser tanto femenino como masculino.



Recuerda Tenca que al ser las acciones descritas en el art. 119 de los denominados delitos de “propia mano”, sólo es autor aquél que realiza la acción típica, de modo que si una persona sostiene a otra mientras un tercero la penetra no hay coautoría, sino autoría – quien realiza el acceso – y participación necesaria – quien colabora – (⁴⁸⁶). En contra de la admisión de no ser delitos de “propia mano” – no todos los coautores deben realizar tocamientos o accesos carnales – la agravante adquiere sentido y se justifica cuando el abuso del que se trate, el mismo hecho, no es cometido por una sino por dos o más personas – supuesto de coautoría por división de funciones. En tal sentido lo entienden De Luca - López Casariego (⁴⁸⁷).

No basta que uno de los dos preste un auxilio al otro para cometer el hecho – p. ej. oficiar de “campana” –, si no realiza una acción típica que lo convierte en coautor (⁴⁸⁸). Incluso puede darse el caso de que uno de los sujetos activos pueda ser una mujer, pues aquélla puede participar ejerciendo violencia, intimidación mientras el otro interviniente realiza la acción disvaliosa. No hay calificante si el acceso violento lo lleva a cabo el sujeto activo en una habitación que le suministra un tercero con quién estaba en connivencia, aunque sí en el mismo contexto se produjeran accesos por parte de los actores con asistencia de los restantes, la delincuencia no se multiplica, sino existe una violación agravada cometida por varios sujetos, salvo que no se de en el mismo contexto, caso en el cual habrá que hablar de la pluralidad delictiva (⁴⁸⁹). En caso de que se de un múltiple agravante la incidencia se pone de manifiesto en la mensura de la pena.-

El Código Penal español trata este supuesto en el art. 180.1 inc. 2 (⁴⁹⁰) y en el art. 183.4 inc. b) (⁴⁹¹). En estos casos la actuación conjunta de dos o más personas no requiere que las dos o más personas lleguen a realizar el contacto corporal de carácter sexual, sino que basta que una de ellas

⁴⁸⁶ TENCA Adrián (ob. cit. p. 112). “... para la ley, resulta inequívocamente suficiente que los coautores sean sólo dos, no siendo necesario que los dos realicen la acción gravemente ultrajante para la víctima o el acceso carnal, porque puede realizar aquél o este otro acto sólo uno de ellos mientras el otro ejerce violencia sobre la víctima, le efectúa amenazas o abusa coactiva o intimidatoriamente de una relación de dependencia, autoridad o poder.” (Cfme. REINALDI Víctor ob. cit. p. 129, AROCENA Gustavo ob. cit. p. 88).

⁴⁸⁷ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 108/109) y en BAIGÚN David -ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t.4, p. 619)

⁴⁸⁸ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 129); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 88).

⁴⁸⁹ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 55).

⁴⁹⁰ Art. 180.1: “Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: ... 2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas...”

⁴⁹¹ Art. 184.4: “...Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: ... b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas...”



ejerza la defensa o intimide a la víctima, mientras que la otra realiza directamente, por ejemplo, el acceso carnal. De acuerdo de la teoría de la coautoría la actuación conjunta no tiene por qué ir necesariamente vinculada a la ejecución del contacto sexual, ya que el empleo de la violencia o intimidación constituye también una parte de la acción típica de la agresión sexual ⁽⁴⁹²⁾.-

e). Hecho cometido con armas.

Este constituye un nuevo aditamento que se introduce en el inciso d) del párrafo cuarto del art. 119, pues no se encontraba en la anterior redacción en forma autónoma.-

El fundamento de la agravante naturalmente se desprende del hecho de un plus contenido en la intimidación y que aminora los mecanismos de defensa, por ende al peligro corrido por la víctima del ataque sexual, se le adiciona la integridad corporal que también entra en crisis ⁽⁴⁹³⁾.-

Es sabido, que el concepto “armas” representa un elemento normativo del tipo y por tal razón es preciso tratar de determinar su definición partiendo de la base de un sentido cualitativo y no cuantitativo, ya que este último no interesa debido a que el hecho que se utilice el término “armas” en plural no significa cantidad sino al tipo de ellas, esto es así, se trata de armas propias o impropias. Los arts. 77 y 78 que receptan conceptos jurídicos que se le da a cierta terminología utilizada por la parte especial del Código Penal no contienen una definición del vocablo “armas” tal como lo hacía el Código Tejedor que ponía énfasis en el perfil vulnerante de aquéllas y otra circunstancia se repite en el Proyecto de 1937, aunque en este caso haciendo hincapié en el poder intimidante de tales artefactos ⁽⁴⁹⁴⁾.-

Por lo tanto sobre este particular se pueden encontrar tantas definiciones como definidores, pero salvo algunos matices más o menos descriptivos se podría concordar que por el término

⁴⁹² MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 198)

⁴⁹³ El miembro informante Caferatta Nores decía: “La incorporación de las armas también tiene relación con un aumento de la violencia por parte del / los sujetos activos y el peligro adicional para la víctima que de ese uso se deriva. Así como la ley distingue entre un ataque contra la propiedad cometido con armas del cometido sin armas, así debe distinguirse entre una violación cometida con armas, en la cual el peligro para la vida de la víctima es evidente y manifiesta, a la cometida sin armas” Antecedentes Parlamentarios, p. 1615.

⁴⁹⁴ FIGARI Rubén “Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial.” Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 165.



“armas” debe entenderse a todo instrumento u objeto, medio o máquinas destinado al uso ofensivo o defensivo, incluyendo las armas propias como las impropias (⁴⁹⁵).

Naturalmente será necesario que el arma sea utilizada como un medio intimidatorio o vulnerante con el objeto de doblegar la resistencia que eventualmente pueda oponer la víctima, siendo usada en forma efectiva, ya sea disparándola, apuntando o amenazando con su utilización. Este es el concepto predominante, ya que la agravante requiere que el abuso sea cometido con armas, no siendo suficiente su mera portación entre la ropa ni su utilización para ejercer fuerza en las cosas. Asimismo, es menester que su empleo sea en la oportunidad y con la finalidad de un despliegue de violencia física en el abuso en cualquiera de sus secuencias.

Quizás donde se ha hecho un mayor análisis de la utilización de las “armas” ha sido con ocasión de la sanción de la ley 25.882 (07/04/2004 B.O. 26/04/2004 - ADLA 2004 - C- 2851) que introdujo reformas en el art. 166 inc. 2º – robo con armas – haciendo una distinción en el sentido que si el arma utilizada fuera de fuego tiene una escala penal que se eleva un tercio en su mínimo y en su máximo a la pena de reclusión o prisión de cinco a quince años. En el último apartado se hace una distinción para el caso de que el robo se cometiere con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada o con un arma de utilería, en tales casos la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

En definitiva, a lo que se quiere llegar con esta alusión al arma, en el supuesto del robo, es que en todo caso aquélla conserva el carácter intimidatorio, con independencia de la idoneidad para el disparo o no, al extremo que se incluye como un elemento intimidatorio también, al arma de “utilería” – más allá de los reparos u objeciones que pudieran hacerse –.

Entonces, trasladados estos conceptos al caso de la agravante que se analiza es evidente que si el uso del arma en un delito contra la propiedad ha sido receptado por el legislador como una agravante del tipo básico, por el carácter intimidatorio del medio empleado para realizar el despojo, con mayor razón en este tipo de delitos – contra la integridad sexual – el uso de un arma – propia o impropia – idónea o no (⁴⁹⁶), representa un plus realmente intimidante para que la supuesta víctima

⁴⁹⁵ Idem (ob. cit. p. 169) pero también al respecto ver las diferentes definiciones del término “armas” en el Capítulo IV de la obra citada.

⁴⁹⁶ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 131); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 161). En contra DONNA Edgardo (ob. cit. p. 96) para quien no será arma, el arma de fuego descargada que no funciona, que sea de juguete, ya que no existe un real peligro para la víctima. DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 109). ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 411) para quienes la reforma introducida por la ley 25.882 al art. 166 inc. 2º no tiene incidencia en la aplicación de la



no pueda reaccionar de ninguna manera frente al agente que porta un elemento de tales características para someterla sexualmente, lo cual legitima sobradamente la agravante.-

Parma al desarrollar esta agravante – y con anterioridad a la reforma que se introdujo en el art. 166 inc. 2º – expresaba: “Es una pena que la norma no aclare si resulta o no relevante que el arma sea apta, inepta, cargada o descargada, ya que no va a faltar la jurisprudencia que pretenda “trasladar” la polémica del art. 166 del Código Penal a esta figura. En la especie, entendemos que es indiferente la cualidad o condición que tenga el arma – en tanto lo sea –, pues aquí se usa para vencer la voluntad de la víctima y accederla carnalmente o someterla sexualmente. En amparo de este criterio pueden verse las conclusiones del Plenario “Scioscia”. Afirmando la idea de agravar el delito por portar armas de fuego, sostengo que quién arremete en circunstancias de “acceder carnalmente” a sus víctimas ya conoce el grado de vulnerabilidad de la misma. Le pone un “plus” a su agresividad con la portación de un arma, la cual en la especie implica indisolublemente mayor ofensividad para el autor y mayor temeridad para la víctima. Es indiferente que se trate de armas propias o impropias,

presente agravante, pues ésta se refiere exclusivamente a las “armas” sin hacer ningún tipo de distinción.

1- “Resulta improcedente calificar el delito de abuso sexual con acceso carnal por el uso de arma -en el caso, se lo tipificó en el delito del art. 119, tercer párr., Cód. Penal- si no hubo disparos durante el suceso, ni pudo secuestrársela, debido a la imposibilidad de tener por acreditada la idoneidad como arma de fuego del objeto utilizado en el hecho”. (T. Oral Crim. Nro. 1 Capital Federal - 07/07/2003 - F., R. A. y/u otros) LL 2004-A- 755.

2- “El Código sustantivo no prevé la figura de abuso sexual agravado por el uso de armas – en el caso, se modificó la calificación establecida en la sentencia condenatoria por la de abuso sexual simple –, pues la agravación por el uso de armas, contemplada en el párrafo cuarto inciso d) del art. 119 del Cód. Penal, remite a los supuestos establecidos en “los dos párrafos anteriores”, o sea, que no abarca al abuso sexual simple del primer párrafo del dicho artículo”. (T. Casación Penal Buenos Aires, sala III - 28/02/2006 - B., M. D. s/ rec. de casación) LLBA 2006 - 626.

3- “Corresponde condenar como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con el de coacción agravada a quien, penetró con su órgano sexual a una menor de 10 años de edad y luego la amenazó con un arma de fuego a fin de que no contara lo sucedido”. (C. Crim. de 1ª Nominación Catamarca - 06/11/2007 - G., R. O.) LLNOA 2008 - 272.

4- “Cabe condenar como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el empleo de arma consagrado en el art. 119, párr. 4º, inc. d, del Cód. Penal, a quien mediante el uso de un destornillador aplicado a modo de arma impropia sobre el cuello de la víctima, la condujo hasta un lugar propicio para accederla carnalmente (del voto del doctor Mustapich)” (C. Crim. General Pico - 25/03/2003 - Moyano, Roberto A.) LLOnline.

5- “Aún cuando no haya sido secuestrado el cuchillo que se afirma haber sido empleado para consumar el delito contra la libertad sexual, su utilización puede ser tenida por acreditada dada por la sola afirmación de la víctima, posibilidad aún en el derogado sistema de tachas podía ser computada y que hoy, vigente el sistema de libertad probatoria y de apreciación por la sana crítica en aras de la libre convicción razonada de los jueces, es posible sin que ello constituya vicio jurídico alguno” (T. Casación Penal Buenos Aires, Sala I 20/04/06 - Castro Máximo E.) Lexis N° 1/70022434-1.

6- “La ausencia de idoneidad del arma empleada en la comisión del ilícito, impide mantener la agravante contemplada en el párr. 4º, letra d), art. 119 del Cód. Penal”. (T. Casación Penal Buenos Aires, Sala I, 28/02/06 - Benegas Marcelo D.) Lexis N° 1/70029573-3.

7- “Si el hecho fue perpetrado mediante amenaza armada, resulta improcedente inferir el consentimiento de la víctima sobre la base de la ausencia de lesiones sobre su cuerpo, máxime desde que no puede exigirse nadie un comportamiento heroico, que ponga en peligro la propia vida” (C. Crim. Y Correc. 3 La Plata, Sala II, 7/06/88, 72453 RSD - 51-88 JUBA).



pero la discusión aludida precedentemente, nos lleva a reflexionar en forma simple, si se quiere sencilla, sobre “la naturaleza de la cosa” – como bien enseñaba Welzel y Radbruch –, el revólver descargado o inepto es “un hierro” y como tal operará siempre y en toda circunstancia como un arma impropia, obviamente si no cupiera la posibilidad que lo haga como propia. La víctima ve un arma de fuego, y si bien puede lucubrar que esté o no descargada, no podrá nunca dejar de considerar de que se trata de un hierro, cuyo poder es capaz de matar o lesionar. Esto queremos expresar: ve y sabe que es un arma en su totalidad y quién la porta sabe perfectamente lo mismo. Si arremete “*ex post*” a la víctima es indiferente, pues la hipótesis es la misma que si está cargada y funcionando el arma de fuego... Hay sobrados casos en la realidad que sustentan esta palmaria verdad, donde el victimario ha sometido a cachetazos a su víctima”⁽⁴⁹⁷⁾.-

Cabe adunar que con la inclusión del art. 41 bis del C.P. corresponde el agravamiento en un tercio de los topes en el mínimo y máximo si el delito se ha cometido con arma de fuego⁽⁴⁹⁸⁾.-

El Código Penal español también contempla esta agravante en el art. 180.1 inc. 5⁽⁴⁹⁹⁾ en este caso se tiene la peligrosidad del medio utilizado.-

f). Hecho cometido por personal de las fuerzas policiales o de seguridad en ocasión de sus funciones.

Esta calificante también constituye una novedad introducida por la ley 25.087, toda vez que el texto anterior no la contenía e indudablemente su fundamentación radica en una cierta y concreta posición de poder o dominio que reviste la autoridad policial o de seguridad pertinente que puede incidir en el menoscabo de la defensa que pueda oponer la víctima ante un ataque sexual. Sobre este particular Donna entiende que la agravante tiene su motivo en la situación de preeminencia en que se encuentra el agente de seguridad respecto del civil, especialmente cuando este último se halla

⁴⁹⁷ PARMA Carlos (ob. cit. p. 92 y sgtes.).

⁴⁹⁸ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1061); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 161); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 196) en el sentido que se agrava el tipo calificado. En contra ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 411); BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 387).

⁴⁹⁹ Art. 180: 1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: “...5. ^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas...”.



detenido, y además porque está violando un deber específico, que todo funcionario policial o de seguridad tiene, de protección a las personas, transformándolo en un abuso de él ⁽⁵⁰⁰⁾.-

Expresamente el texto determina que es aplicable sólo en el caso que el delito base sea perpetrado por la autoridad “en ocasión de su función”, descartando de este modo la simple condición de personal policial o de seguridad que puedan ostentar al momento del hecho sino solamente cuando se está desarrollando o ejecutando una actividad en el marco de la competencia funcional y territorial ⁽⁵⁰¹⁾, aunque no debe aunarse ello con cuestiones referentes a horarios, turnos o jurisdicciones, sino a la situación de preeminencia – a la que se ha aludido – derivada del cargo que detenta el sujeto activo y aprovecha de él ⁽⁵⁰²⁾. Critican Breglia Arias - Gauna esta circunstancia – en ocasión de sus funciones – pues ponen el ejemplo de un oficial de policía uniformado que podría utilizar el uniforme fuera de servicio para intimidar naturalmente (*metu publicoe potestatis*) a prostitutas y obtener por ese medio favores, no advirtiendo la razón, para requerir que ese policía esté “de servicio” para que se concrete la agravante ⁽⁵⁰³⁾.-

En cuanto a la expresión “fuerzas policiales o de seguridad” ello comprende a las policías de las diversas provincias que componen el territorio nacional, Policía Federal Argentina y con respecto a las fuerzas de seguridad se refiere a la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía Aeronáutica. Comprende a todas las jerarquías y el objetivo está dado por la misión de mantener el orden público.-

⁵⁰⁰ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 96/97).

“Corresponde procesar en orden al delito de abuso sexual agravado por acceso carnal y por haberse cometido con la participación de miembros de una fuerza de seguridad, a dos gendarmes que mientras se encontraban apostados en una dependencia oficial, interceptaron a una pareja que circulaba por dicho predio, y luego de separarlos, obligaron a la mujer a mantener relaciones sexuales pues, si bien no le exhibieron a la víctima el arma que portaban, el hecho de que la amenazaran con encarcelar a su novio, permite concluir que la relación sexual fue concretada bajo intimidación”. (C. Fed. San Martín, 10/11/2009 - A., A. M.: y A., M. A) LLBA 2010 - 106

⁵⁰¹ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 381); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 96); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 56); CLEMENTE José (ob. cit. p. 68); PARMA Carlos (ob. cit. p. 95); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 134); TENCA Adrián (ob. cit. p. 113); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 131) aunque entiende que esta agravante ya se encontraba contemplada en la violación cometida con abuso de autoridad o poder, sin embargo destaca que tal como está redactada la ley se debe entender que la modalidad contemplada en la figura básica corresponde a otras formas de abuso, con excepción de las cometidas por policía y fuerza de seguridad; EDWARDS Carlos (ob. cit. p. 45) quien advierte que la ley 25.087 no estableció ninguna pena de inhabilitación, teniendo en consideración la calidad de funcionario público que reviste el autor de esta calificante no obstante la advertencia hecha por el Senador Yoma en el debate parlamentario. No obstante, se podrá aplicar la inhabilitación especial conforme lo estipulado por el art. 20 bis inc. 1° del C.P. (Cfme. ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 412).

⁵⁰² D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 259).

⁵⁰³ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1062).



Lo que llama la atención es que no se haya incluido en esta agravante al personal de los distintos servicios penitenciarios, y esto es realmente reprochable para los legisladores pues, justamente dichos agentes no sólo tienen una situación de preeminencia sobre los internos que custodian, sino que también, temporalmente la relación con ellos es mucho más extensa que la que puede acontecer con los otros sujetos activos mencionados por la norma.-

La inclusión de los miembros de las fuerzas de seguridad ha sido una calificante que se ha introducido en diversos tipos penales y con diversos alcances, tanto como sujetos activos o como sujetos pasivos.-

En efecto, en el Art. 80 inc. 8º se califica el homicidio cuando se matare a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o *penitenciarios*, por su función, cargo o condición.-

En el mismo artículo, pero en el inc. 9º, se califica el homicidio cuando el mismo es cometido por un miembro integrante de la fuerza de seguridad, policiales o de *servicio penitenciario, abusando de su función o cargo*. En el anterior inciso el personal adquiere la calidad de sujeto pasivo, en tanto que en el segundo, la de sujeto activo.-

Asimismo, tanto en los arts. 163 bis como en el 167 bis se agrava la pena en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando quien ejecute el delito fuere un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del *servicio penitenciario* ⁽⁵⁰⁴⁾.

Y finalmente en los arts. 142 bis inc. 5º y 170 inc. 5º se agravan las conductas cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo del Estado.-

Todo lo anteriormente detallado pone de manifiesto la actitud errática del legislador al incluir a diversos funcionarios en las respectivas agravantes.-

No constituyen fuerzas policiales o de seguridad las denominadas de “vigilancia privada” pues éstas no son públicas por no pertenecer al Estado, sea nacional o provincial. Estas organizaciones de vigilancia privada cumplen una función en base a una convención particular que está delimitada en un cierto ámbito y no tienen como objeto “mantener el orden público”.-

⁵⁰⁴ FIGARI Rubén “Robo...” (ob. cit. ps. 275 y sgtes.).



g). Hecho cometido contra menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente.

Esta configura una nueva causal agravatoria en los abusos sexuales y puede entenderse que se trataría de una cierta superposición con la agravante contenida en el inciso c), en el caso en que la persona conviviente se trata de la encargada de la guarda o tiene un cierto grado de parentesco. Así se menciona también la situación en que se encuentra el concubino. Los requisitos de esta modalidad son: los de un menor de dieciocho años, varón o mujer; una situación de convivencia con el sujeto pasivo que sea preexistente al hecho y el aprovechamiento de tal situación por parte del autor. La situación de convivencia puede ser transitoria o permanente pues la ley no indica nada al respecto, pero hay que tener en cuenta situaciones de cohabitaciones pasajeras, esporádicas y de corta duración que revelan la inexistencia de una verdadera convivencia. Requiere asimismo un prevalecimiento o utilización de las ventajas que la situación le brinda al sujeto activo ⁽⁵⁰⁵⁾.-

Donna, en cambio, entiende que esta agravante requiere dos condiciones: que sea contra un menor de dieciocho años y que se aproveche de la situación de convivencia preexistente. De esta manera quedarían comprendidas en esta hipótesis aquellas personas que, si bien mantienen una convivencia estable con el grupo familiar, no cumplen funciones de guarda o cuidado de la víctima – por ejemplo los hijastros, los parientes que viven bajo el mismo techo, el personal doméstico, etc.–. En este caso se prevé el aprovechamiento de la situación de cercanía y las consecuentes facilidades que le otorga al sujeto activo esta proximidad y relación de confianza con el menor de dieciocho años, además aquél debe tener dieciocho años – mayoría de edad de acuerdo a la nueva ley civil – o ser mayor de esta edad ⁽⁵⁰⁶⁾, conocer la de la víctima y convivir con ella de modo efectivo al momento del hecho ⁽⁵⁰⁷⁾.-

Remarca Reinaldi que la situación de convivencia que exige la ley se da cuando el autor y la víctima viven bajo un mismo techo sin darse ninguna de las relaciones contempladas en el inc. c) y no cuando, como lo expresaba el derogado art. 125 del C.P., en su último párrafo, aquél haga con

⁵⁰⁵ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 388); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 206).

⁵⁰⁶ En contra ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 413) para quienes la ley no dispone ningún tipo de limitación, tal como ocurre en el caso del art. 120, como así tampoco surge alguna referencia, aunque más no sea indirecta, sobre la edad del sujeto activo (cualquier persona con capacidad de responsabilidad penal, esto es, mayor de dieciséis años (ley 22.278 y sus modificatorias) autora del delito de abuso sexual, en cualquiera de sus modalidades, puede aprovechar y valerse de las facilidades que le da la convivencia y consiguiente cercanía con la víctima para lograr su ilícito, razón de ser de la agravante...”.

⁵⁰⁷ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 97); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 57); CLEMENTE José (ob. cit. p. 75).



ésta “vida marital”, entendida como una relación concubinaria más o menos estable, de modo que quedaban fuera de la agravante las relaciones sexuales que eventualmente pudieran tener ⁽⁵⁰⁸⁾.-

Al analizar el inciso d) referido al guardador, se puso como uno de los ejemplos al caso del concubino, de allí que diera lugar al comentario de Edwards en decir que: “... Esta calificante es bastante semejante al supuesto del guardador del inciso b), por ejemplo, en el caso del concubino, cuya relación con la víctima se caracteriza, precisamente, por una situación de convivencia previa” ⁽⁵⁰⁹⁾. Lo propio hace Pandolfi con atinencia a la situación anterior, pero le adita el caso de que el concubino de la madre tenga, a su vez, un hijo mayor de edad – dieciocho años cumplidos – de una unión anterior, que también convive con el grupo familiar de su padre y si este hijo, viola o abusa en los términos del párrafo segundo a uno de los hijos de la concubina de su padre con la que convive, su delito será agravado pues encuadraría en el inciso f) ⁽⁵¹⁰⁾.-

El miembro informante en la Comisión Parlamentaria de la Cámara de Diputados Caferatta Nores expuso que: “Cuando se menciona que las conductas previstas por este tipo penal se agravan cuando la víctima es menor de dieciocho años y se aprovecha de la situación de convivencia, se ha querido proteger al menor del abuso de una situación de cercanía. Con esta agravante quedarían incluidos casos en los que, por ejemplo, el conviviente de la madre viola a la hija de ésta menor de dieciocho años. Estos actos, en general, ocurren en el segmento de población más indefensa ante situaciones como las descriptas” ⁽⁵¹¹⁾. No obstante esta última aserción, tal como se ha visto al desarrollar el inciso c), la hipótesis del concubino de la madre de la víctima quedaría encuadrada en la condición de guardador, de modo que la agravante en cuestión, para tratar de darle un sentido lógico a su incorporación y que no sea una mera superposición de situaciones, se extendería a otras personas que ocasionalmente convivan con el menor aprovechándose de la situación de cercanía. Cobra sentido la apreciación que realiza Parma en cuanto califica a este inciso como vago e impreciso y que seguramente traerá interpretaciones encontradas porque no sólo parece penalizar al concubino sino que exige un elemento subjetivo cual es “aprovecharse” de esa situación de cohabitación ⁽⁵¹²⁾.-

⁵⁰⁸ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 135/136).

⁵⁰⁹ EDWARDS Carlos (ob. cit. p. 48).

⁵¹⁰ PANDOLFI Oscar (ob. cit. p. 66).

⁵¹¹ Antecedentes Parlamentarios p. 1615.

⁵¹² PARMA Carlos (ob. cit. p. 95).



VI.- ABUSO SEXUAL CON APROVECHAMIENTO DE LA INMADUREZ SEXUAL DE LA VICTIMA

De acuerdo a la reforma introducida por la ley 25.087 el art. 120 del C.P. ha quedado determinado de la siguiente forma: “...Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare alguna 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 mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e), o f) del cuarto párrafo del art. 119...”.-

Este texto sustituye al antiguo contemplado en el mismo art. 120 que rezaba: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuera mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números dos y tres del artículo anterior”.-

La ley 25.087, modificó el anterior art. 120, referido al antiguo estupro; la diferencia radica en que en el texto anterior se requería una mujer honesta de menos edad – mayor de doce y menor de quince años – y que haya existido acceso carnal; la reforma modifica la edad y agrega la inmadurez sexual de la víctima, para el agravamiento del abuso. Aunque la diferencia bien podría estar, no en buscar a la mujer honesta, sino a aquella que carece de experiencia o contaminación sexual.

El sujeto pasivo que puede ser ahora tanto un hombre o mujer, menor de 16 años debiendo ser catalogado sexualmente inmaduro.-

Es obvio que cuando la ley se refiere a los menores en el art. 119, fijó la inmadurez de los mismos en la edad de 13 años, allí se consideró que no se podía abusar sexualmente de ellos. Ahora la norma utiliza la palabra inmadurez sexual debiéndose equiparar ese concepto ¿acaso a inexperiencia?. Al respecto no satisfacen las opiniones dadas por Cafferata Nores (miembro informante) referidas a la situación de mayor vulnerabilidad, sin abundar en mayores explicaciones.



Aunque el Diputado pareció desnudar la norma al decir que esto “permitirá evitar punir simples relaciones entre menores...”.

VI-I.- Antecedentes históricos.

Para abordar el análisis de la figura que abarcaría este capitulillo es necesario incursionar un tanto en los antecedentes de la misma, pues de esa manera no sólo se advierten las distintas concepciones que se han adoptado en el decurso histórico, sino que también puede llegarse a comprender la verdadera naturaleza del bien jurídico protegido, en esta figura un tanto compleja, y lo que en definitiva dispuso el legislador con la reforma introducida.-

Así las cosas, si bien la nueva normativa abroga el título de “estupro” como lo hizo con los otros *nomen juris* de las demás figuras, el mismo sigue manteniendo su vigencia pues ya con el tránsito de la doctrina y jurisprudencia se había adecuado el sentido “honestidad” que estaba presente no sólo en el título III, capítulo II del C.P. sino que también la figura específica enfatizaba sobre la “honestidad” de la víctima, trocándose en “inmadurez sexual”, cosa que también había sido determinado desde el punto de vista doctrinal.-

El vocablo “estupro” deriva de *stuprum-i*: acción y efecto de estuprar: “estuprar”, a su vez, deviene de *stuprare*. El *stuprador* (estuprador) es el sujeto de la acción que da lugar al estupro (*stuprum-i*). En un sentido más genérico la voz *stupranio - onis* significa acción de “ensuciar”, “manchar” o “emporcar”, no obstante lo cual se trata de un texto discutido. Por consiguiente, la acepción específica y jurídica ha derivado del más amplio sentido de la expresión *estupro*, como acción de “corromper”, “viciar” o “contaminar”.-

En el derecho romano el *stuprum* servía a la protección de la “pureza matrimonial” y remitía cada trato carnal extramatrimonial; de allí que la ley ni siquiera diferenciaba entre viudas o doncellas. Vale decir, que originalmente el estupro no se limitó a la inexperiencia de la adolescente, ni a la inocencia sexual de la doncella, ni a su menor capacidad de consentir: – comete estupro el que por trato, no por causa de matrimonio, tiene mujer libre, exceptuándose, por supuesto, la concubina. Se comete adulterio en mujer casada, y se comete estupro en viuda, en doncella o en joven. Digesto, 48, 5, 34, 1: 48, 5, 6, 1 –. Las costumbres sexuales romanas repugnaron todo trato extramatrimonial y no admitieron – bajo pena de *stuprum* – relación sexual alguna que no fuese con quienes, como las



esclavas, las mujeres de mala reputación y las manumitidas, al tiempo que no interesaba a la organización selectiva de la familia y constituían un desahogo para las exigencias o incontinencias masculinas.-

Lo mismo acontecía en Grecia, la propia Ley Julia mencionaba como promiscua y un tanto abusivamente el estupro y el adulterio; pero propiamente se comete adulterio con mujer casada, habiéndose formado la palabra por razón de parto concebido de otro, mas en doncella o en viuda se comete estupro, que los griegos llamaban corrupción. El estupro constituyó primigenia y originariamente, una previsión normativa propia a la tutela familiar, complementaria, a su vez del adulterio; ella cimentada en la protección de los valores de “virginidad matrimonial, legitimidad matrimonial y fidelidad conyugal”; no sólo en la legislación romana sino también en los pueblos de la antigüedad y en las principales religiones de que se tenga conocimiento. Pero con la progresiva liberalización de las costumbres y de las leyes en materia de relaciones sexuales voluntarias, el *stuprum* fue perdiendo su significación originaria y su complementaria relación con el adulterio (⁵¹³).-

En el antiguo derecho español, más precisamente en el Fuero Juzgo y el Fuero Real, se penó como estupro el casamiento y el adulterio con la mujer de los ascendientes o con la mujer del linaje de éstos, castigándose de esta manera la relación incestuosa. Así el delito de incesto fue incluido y definido por la Novísima Recopilación y tipificado como estupro agravado en los Códigos de 1848 y 1870. En los códigos posteriores penaron el incesto como delito autónomo, entendido como el comercio carnal con la hermana o el descendiente aunque sea mayor de veintitrés años (art. 435 del Código de 1944), luego se fueron introduciendo sucesivas reformas hasta llegar a la Ley Orgánica 11/99 del 30 de abril donde se aumentó la edad de la víctima a trece años, tal como lo detalla Buompadre (⁵¹⁴).-

Al dejarse de lado la idea de delictuosidad que aparejaba la simple fornicación, se determinó que la palabra “estupro” estaba destinada para el concubito logrado por violencia o por seducción y a su vez, cuando se distinguió entre la crimosidad de la primera y de la segunda, quedó fijado que el delito de violación era el acceso logrado violentamente, en tanto que el delito de estupro era el logrado mediante seducción (⁵¹⁵).-

⁵¹³ FIGARI Rubén “Casuística...” (ob. cit. p. 357 y sgtes).

⁵¹⁴ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. ps. 407/408).

⁵¹⁵ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 285).



Esto fundamentalmente lo encara Carrara, pues definía al estupro como “el conocimiento carnal de mujer libre y honesta, precedido por seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia” y al hablar de “conocimiento carnal” se demostraba que no era necesario para la esencia de ese delito la defloración material. Por otra parte al indicar la seducción, la asignaba como una condición de la imputabilidad política del estupro y diferenciaba entre la presunta o la verdadera. La primera podía emerger de las condiciones del sujeto pasivo, o de las condiciones del sujeto activo, o de sus relaciones con aquél y se daba en todos aquellos casos en los cuales el hombre, sin llegar a actos constitutivos de verdadera violencia física o moral “haya abusado de una situación de autoridad que le daba un cierto imperio sobre la mujer por inducirla a consentir en la satisfacción de sus deseos”. La seducción verdadera tiene, en el sentido jurídico, por indispensable sustrato, el engaño (⁵¹⁶).-

VI-II.- Antecedentes legislativos nacionales.

En los precedentes nacionales hasta el Proyecto de 1891 la característica de estupro es el empleo de la seducción para lograr el acceso carnal con mujer virgen.-

El Código Tejedor en su art. 257, Título III, Capítulo III, “Del estupro y corrupción de menores”, disponía: “*El que estupre á una mujer virgen mayor de doce años y menor de veinte, empleando la seducción, será castigado con prisión de dos años*” (⁵¹⁷). El artículo siguiente (art. 258) agravaba el estupro en el caso de que fuere cometido por persona que ejerza autoridad, o sacerdote, tutor o maestro, o por cualquiera persona encargada de la educación o guarda de la menor, o por su ascendiente o hermano y en ese caso la prisión era de tres años.-

El Código de 1881 (art. 271) no contempla al estupro como una figura autónoma pues establecía que: “*La pena de la violación será de prisión mayor, si se hubiera ejecutado sobre persona honrada, mayor de quince años cumplidos y la de penitenciaria menor si fuese menor de esa edad...*”.-

Se repite la fórmula del Código Tejedor en el de 1886 (art. 130) reduciendo la edad máxima a quince años y la pena era de prisión de uno a tres años.-

⁵¹⁶ CARRARA Francesco (ob. cit. S. 1482).

⁵¹⁷ Vid nota de Tejedor en ZAFFARONI Raúl - ARNEDEO Alfredo (ob. cit. t. I ps. 376/377).



Es recién que a partir del Proyecto de 1891 se sustituye la seducción real o verdadera por la presunta en razón de las condiciones del sujeto pasivo y así se establece en el art. 147 que la víctima sea mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y que no se dé ninguna de las circunstancias que caracterizan al hecho como violación. Asimismo, se abandona el concepto de “mujer virgen” en virtud de que tal acepción, acarrea ciertos inconvenientes ⁽⁵¹⁸⁾.-

El Proyecto Segovia en el Capítulo II “Violación, estupro y ultraje al pudor” en el art. 163 establecía: *“Se impondrá la pena de penitenciaria de seis meses a dos años, cuando la víctima fuere mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince cumplidos y no se encuentre en alguna de las circunstancias del artículo anterior”*.-

La ley de reforma 4189 del 22/8/03 en su art. 19 letra b) dispone: *“La pena será de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince, y no concurran las circunstancias de los incisos 2º y 3º del número anterior”*, se mantiene en el Proyecto de 1906 (art. 122) con una pena que va de uno a cuatro años y es trasladado el texto al Proyecto de 1917 (art. 120) con una pena de tres a seis años de reclusión o prisión, para luego ser incorporado en el “Código de 1921” (art. 120).-

Posteriormente, los Proyectos Coll - Gómez de 1937 (art. 164) establecen las siguientes redacciones: *“Se impondrá prisión de uno a seis años al que tuviere acceso carnal con una mujer honesta. Mayor de catorce años y de menos de diez y seis, aunque preste su consentimiento”* y Proyecto Peco de 1941 (art. 189): *“El que tuviere acceso carnal con una mujer honesta, de doce años o más, pero menor de quince, se le aplicará privación de libertad de uno a seis años”* ⁽⁵¹⁹⁾ mantienen el criterio de la seducción presunta, también lo hace el Proyecto de 1951 (art. 265) y especializa, sin agravar la pena, el estupro de la mujer mediante engaño por sustitución de persona o simulación de matrimonio (art. 266), en tanto que agrava la pena para el estupro llevado a cabo por un hombre casado sobre una mujer soltera y honesta mediante seducción con promesa de matrimonio e inducción en error sobre su estado (art. 267) y atenúa el estupro cometido con abuso de la calidad de funcionario (art. 268).-

El Proyecto de 1953 (art. 194) reitera el concepto de la mujer honesta mayor de doce y menor de quince años e impone una prisión de uno a seis años.-

⁵¹⁸ Vid Exposición de Motivos en Idem ob. cit. t. II. p. 411.

⁵¹⁹ Vid Exposición de Motivos en Idem. t. V. ob. cit. ps. 275/276.



En el Proyecto Soler de 1960 se exige en el estupro, también el acceso carnal con mujer honesta mayor de doce y menor de quince años, pero se le adiciona el aprovechamiento de la inexperiencia de la menor, o la seducción verdadera de ésta por captación de su confianza (art. 157).-

La ley *de facto* 17.567 no produce alteraciones en el texto originario del Código de 1921, lo propio acontece con la ley *de facto* 21.338.-

El Proyecto de 1979 mantuvo la figura básica en el art. 163 agregando la frase “tuviera acceso carnal” y disminuía la edad de la víctima, esto es mayor de doce años y menor de catorce, agravando la pena cuando el autor del hecho fuese mayor de edad.-

La ley 27.087 es la que produce los cambios significativos que son motivo del presente trabajo.-

El Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal del M.J.D.H.N. (art. 155) bajo la rúbrica “Otros abusos sexuales” determina: “*Se impondrá prisión de uno a ocho años... La misma pena se impondrá aunque no hubiera violencia ni intimidación si la víctima fuera un menor de trece años. La pena será de tres a diez años de prisión si concurriere alguna de las circunstancias de agravación del artículo 154*” (⁵²⁰).-

El Anteproyecto de Reforma Integral al Código Penal de 2014 en el art. 128 estipulaba: “*1. Será penado con prisión de dos a seis años, el que siendo mayor de edad, realizare cualquiera de los actos de los artículos 126 y 127 con el consentimiento de una persona mayor de trece años y menor de diez y seis, aprovechándose de una situación o relación familiar, de convivencia, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. 2. El máximo de la pena será de ocho años: a) Si el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima. b) Si la relación de autoridad o de ascendiente proviniere del ejercicio de una función pública*”.

Como ya se adelantó la reforma elimina las rúbricas, obviamente entre ellas la concerniente al estupro, y también deroga el art. 121 que hacía referencia al estupro fraudulento, lo cual tenía su antecedente en el Proyecto de 1891 (art. 148), habiendo sido incorporado por la ley 4189 (art. 19 inc. c), mantenido en los Proyectos de 1906 y 1917 para finalmente integrar la norma sustantiva del Código Penal de 1921. Tal como se dijo en los antecedentes parlamentarios, la vigencia de este artículo quedaba desactualizado pues: “El art. 121 que hace mención del error de una mujer que

⁵²⁰ Vid Exposición de Motivos.



tuviere acceso carnal con una persona que se finge su marido ha sido derogado en razón de considerarse obsoleto. Cuando esta figura fue creada, era muy común el casamiento por poder. Actualmente, y aunque uno podría imaginar hipótesis – poco probables – en que efectivamente se produjera un engaño, los casos serían tan marginales, que es preferible eliminar preceptos normativos que han caído prácticamente en desuso” (⁵²¹). En efecto, esta disposición tuvo su razón de ser en virtud de las corrientes inmigratorias que se produjeron a finales del siglo XIX y principios del XX donde era habitual entre aquéllos que ingresaban al país en diferentes barcos, que se realizara un casamiento por poder.-

VI-III.- Bien jurídico protegido.

Al suprimirse un elemento objetivo del tipo “la honestidad de la víctima”, tal como era albergado en la anterior redacción del art. 120, parece ser que hay una cierta mutación expresa con respecto a lo que el bien jurídico protege en este tipo de ilícito. Si bien con la anterior redacción “la honestidad de la víctima” por medio de la interpretación doctrinaria y judicial se asimilaba a la “inexperiencia sexual”, de hecho la reforma plasma esa realidad de modo tal que al ser considerados los anteriores ilícitos normados del art. 119 en sus diversos párrafos que afectan la libertad sexual, es dable entender que aquí sucede otro tanto, con las acotaciones que la figura en sí requiere.-

Sin embargo, por ejemplo algunos autores entienden que el bien protegido no ha variado sustancialmente a partir de la reforma. Tal es el caso de Edwards, quien interpreta que si bien los delitos sexuales anteriores tienen como bien jurídico protegido la integridad sexual “en el caso específico del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima lo que está siendo tutelado es la honestidad de la víctima. Este delito está atacando la inmadurez sexual de la víctima que... se caracteriza por su inexperiencia en materia sexual. Aquí existe similitud con el delito de estupro que contemplaba la anterior redacción del C.P., ya que lo tutelado en ese delito también es la honestidad de la víctima” (⁵²²).-

En igual línea de pensamiento se inscribe Gavier al aseverar que la inexperiencia de la que se aprovecha el autor, en cierto modo se compadece con la honestidad que exigía la figura sustituida, entendida como “el estado moral de inexperiencia o incontaminación sexual que, sin importar

⁵²¹ Antecedentes Parlamentarios, expresiones del diputado Caferatta Nores ps. 1615/16.

⁵²² EDWARDS Carlos (ob. cit. p. 50).



ignorancia de lo relativo a las relaciones sexuales entre dos personas, resulta incompatible con la malicia sexual innata o adquirida por la práctica sexual o por la ligereza o corrupción de las costumbres” (⁵²³).

Creus - Buompadre insinúan que el tipo previsto por la ley 25.087 en el art. 120 viene a ser un equivalente de lo que en los textos anteriores, la doctrina denominaba “estupro”. En el debate de Senadores se insistió, no obstante, en reubicar el tipo como estupro. Pero finalmente concluye en que el bien jurídico tutelado en las dos formas de estupro es la libertad sexual de la persona ofendida, cuyo déficit de consentimiento se ve limitado por su temprana edad y por su falta de madurez en el área de toma de decisiones en lo que a la actividad sexual respecta (⁵²⁴).

Donna considera que al suprimirse el elemento “mujer honesta” del tipo penal del estupro, es evidente que la ilicitud que se castiga es que el consentimiento que se ha dado resulta ineficaz, debido a que la víctima, por su estado de inmadurez sexual, falta de experiencia sexual y seducción real del autor, no ha podido consentir de manera válida, ya que no ha comprendido la significación del acto. Acota que: “De la lectura de la Exposición de Motivos, surge una especie de escándalo de nuestros legisladores con la expresión “mujer honesta” que si se hubiera entendido con la acepción dada por la doctrina y la jurisprudencia ya mencionadas, se podría haber reformado el artículo con cierta coherencia. A nuestro juicio se protege entonces ya no a la mujer sino a cualquier persona, entre 13 y 16 años, que por su inmadurez sexual y la seducción del autor no puede comprender la real significación del acto... Entonces, no hay duda que se protege la libertad y la conformación sexual de la víctima ya que el consentimiento está viciado, y el autor se ha aprovechado del vicio que radica en su inexperiencia sexual. De todas formas sigue vigente lo dicho anteriormente sobre el bien jurídico protegido” (⁵²⁵).

Reinaldi principia diciendo que la nueva figura tiene muy poco en común con el delito de estupro antes previsto en el art. 120 del C.P., sin embargo señala algunos aspectos comunes, como por ejemplo el consentimiento del menor – que puede ser dado en forma expresa o tácita – aunque el empleo de una violencia, amenaza, el abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia de autoridad o de poder o el aprovechamiento de la condición de la víctima por su edad o la imposibilidad en el que se encuentra, por cualquier causa de consentir libremente la acción ubica al

⁵²³ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 59) con cita de NUÑEZ Ricardo.

⁵²⁴ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 217/218).

⁵²⁵ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 113).



hecho en la figura de abuso sexual previsto en el art. 119, párrafo primero, calificado por las circunstancias contenidas en los párrafos segundo y tercero de esa misma disposición. Antes de la reforma el hecho de que la víctima tuviera menos de doce años y de que el autor se aprovechara de la circunstancia de estar privada la víctima de razón o de sentido no pudiera resistir a la enfermedad o por cualquier otra causa o doblegar su voluntad mediante el empleo de fuerza o intimidación, encuadraba la conducta en el delito de violación. En el nuevo delito la escala penal es la misma que se determinaba en el estupro. Anteriormente, en el estupro el acceso carnal se discutía si era por vía vaginal y también por vía anal. Circunstancia que era negada por Fontán Balestra y admitida por Núñez. El acceso es por cualquier vía e incluso puede darse un sometimiento gravemente ultrajante. También existen diferencias en cuanto al sujeto pasivo, pues en el delito de estupro sólo podía ser una mujer, mayor de doce y menor de quince, en tanto que ahora la víctima puede ser menor de uno u otro sexo, mayor de trece y que no haya cumplido los dieciséis. Asimismo, anteriormente se hablaba de mujer honesta y lo era la que carecía de experiencia o contaminación sexual determinable por su conducta. En tanto que en el nuevo delito el sujeto pasivo debe ser inmaduro sexualmente, lo cual no debe confundirse con inexperiencia sino con madurez relativa (⁵²⁶). En cuanto al sujeto activo considera, coherente con su posición con respecto al abuso sexual con acceso carnal, que anteriormente sólo podía ser un varón por ser el único anatómicamente capacitado para penetrar sexualmente a la víctima, en cambio, según su óptica, sujeto activo del nuevo delito puede ser un varón o una mujer, tanto cuando el acto importare un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima como cuando hubiere acceso carnal por cualquier vía (⁵²⁷). Esta opinión tiene su sustento con anterioridad a la reforma introducida en el parr. 2º del art. 119.-

Es así que Reinaldi interpreta que el bien jurídico específicamente protegido en esta nueva figura es el libre desarrollo de la sexualidad como aspecto integrante de la personalidad del menor de

⁵²⁶ “La madurez sexual a la que, en forma negativa, alude el tipo penal, no se circunscribe a un conocimiento meramente físico o fisiológico acerca del acto sexual, ni siquiera cuando éste es producto de la práctica sexual. Tan acotada comprensión resulta insuficiente a la luz del interés protegido por la figura, que involucra el más amplio ámbito de la sana e íntegra conformación de la personalidad en el área sexual, en base a la cual puede el adolescente discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, para prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que puedan afectar dicha esfera vital. Ésta es la lectura que atiende al fin de protección de la norma sub examine y que al mismo tiempo surge de su tenor literal, toda vez que “madurez” implica “buen juicio o prudencia, sensatez” (conf. Diccionario de la Real Academia Española, 21º ed., 2001). No es irrelevante, en este sentido, que el legislador haya optado por requerir “madurez” y no “experiencia” sexual, puesto que esta última alude a un simple conocimiento o práctica que no alcanza a trascender a estratos valorativos (del voto de la Dra. Cafure de Battistelli - SD-). (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, 07/03/2007, “Bidondo, Héctor Raúl p.s.a. abuso sexual con acceso carnal - Recurso de Casación”) WebRubinzal ppypenal37.5.1.r4.

⁵²⁷ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 148/149).



dieciséis años, para que pueda disfrutar plenamente de la libertad sexual en el futuro, para ello es preciso asegurarle la posibilidad de hacerlo con responsabilidad, pero se debe observar que la libertad o reserva sexual del menor víctima del hecho, se entiende como inexistente si no ha alcanzado los trece años y a partir de esa edad y hasta los dieciséis años, pues si bien dio su consentimiento para realizarlo, el mismo carece de validez por haber sido obtenido por el sujeto activo aprovechándose de la inmadurez sexual que le impedía apreciar sus consecuencias ⁽⁵²⁸⁾.-

Clemente se inclina por exigir que el bien jurídico protegido es la integridad sexual de la víctima pero en la modalidad de “reserva sexual”, pues se tiene en cuenta que la ley protege ciertas calidades de la víctima, tales como su inexperiencia, temprana edad llegando a restarle validez o suficiencia al consentimiento pues se entiende que carecería de aptitud cultural – no sexual – para darlo válidamente ⁽⁵²⁹⁾.-

Arocena en su momento admitió que la nueva figura era un tanto asimilable a la abrogada pero luego consideró discutible dicha aseveración y si bien rescata la opinión de Reinaldi, se despega un tanto de ella pues considera que no se trata de la libertad de determinación de la víctima en materia sexual ya que si algo caracteriza a estas personas es justamente una inmadurez sexual que las hace carente de autonomía para determinar su comportamiento en dicho ámbito. Por ende, cree que en el caso de estos menores “el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ellos alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro (cita de Muñoz Conde). De lo dicho se advierte que lo protegido es la intangibilidad sexual de estas personas conforme la denotación que a esta expresión dimos al caracterizar el bien jurídico protegido en el título”. Coincide con Creus que lo que se trata de resguardar es la normalidad temporal del trato sexual fundamentada en la temprana edad y la inexperiencia de la víctima ⁽⁵³⁰⁾.-

Tenca realiza una serie de críticas en atención a que si bien la reforma eliminó la honestidad como bien jurídico protegido y puso en ese lugar la integridad de la persona y pese a que el espíritu de ella es la libertad y no pretende imponer conducta moral alguna, dice el autor señalado, que el nuevo artículo 120 hace todo lo contrario producto de las contradicciones internas que acompañan en gran parte a la nueva ley. Así enfatiza que el legislador amplió el marco punitivo pues no sólo castiga

⁵²⁸ Idem (ob. cit. p. 150).

⁵²⁹ CLEMENTE José (ob. cit. p. 120).

⁵³⁰ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 96).



el acceso carnal consentido sino también el abuso sexual gravemente ultrajante. Otro punto urticante es el tema de la edad, pues en realidad de modificarse ésta debía haber sido disminuida, no aumentada. Asimismo, en cuanto al término “inmadurez sexual”, está referido en forma equivocada ya que “la madurez sexual” fue fijada a los trece años por la propia ley en el art. 119, párrafo primero. “Seguramente se pretende hacer referencia a la expresión “inexperiencia sexual”, con lo que la reforma no hace más que aggiornar la poco feliz expresión de “mujer honesta”, pese a la supuesta intención de eliminar la honestidad como bien jurídico protegido. También se reactualiza “el complicado, anquilosado y casi victoriano concepto de seducción real” ⁽⁵³¹⁾.-

Villada sostiene que a pesar de la eliminación de la rúbrica legal – delitos contra la honestidad –, en el caso del estupro, del rapto y del abuso sexual simple, la ley hace una referencia directa o expresa a la “honestidad”, o cuando se refiere a las “miras deshonestas” en el sujeto activo y el *nomen iuris* del delito, respectivamente. Pero culmina aseverando que: “Creemos que con la redacción actual [la norma] (en la que se incluye no sólo el acceso carnal, sino las prácticas abusivas gravemente ultrajantes, con una víctima inexperta menor de 16 años) la ley ampara en realidad la honestidad y la reserva sexual de la víctima, entendida desde la incontaminación o inocencia o inexperiencia de la misma (lo cual por supuesto resta validez a su consentimiento contra la seducción o propuesta de que es objeto) ⁽⁵³²⁾.-

Para De Luca - López Casariego el bien jurídico protegido sigue siendo la integridad sexual y el cambio fundamental consiste en la eliminación de toda referencia a la honestidad, en especial, del sujeto pasivo y el cambio de paradigma por la violación de los derechos sexuales basados en el libre consentimiento mediante situaciones de poder o sometimiento ⁽⁵³³⁾.-

D'Alessio interpreta que en lo que al objeto de protección se refiere, no está en juego la “libertad sexual”, ya que no se trata de un acto forzado, sino de uno llevado a cabo con consentimiento, aunque prestado por determinadas personas que el legislador ha entendido no tienen, por su edad, la necesaria experiencia o madurez sexual, de modo tal que se adecua en forma superlativa el concepto “integridad sexual” ⁽⁵³⁴⁾.-

⁵³¹ TENCA Adrián (ob. cit. p. 130 y sgtes.).

⁵³² VILLADA Jorge (ob. cit. ps. 159/260 y 262).

⁵³³ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 118) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p 667).

⁵³⁴ D'ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 184).



Breglia Arias - Gauna se inclinan definitivamente porque el bien jurídico ofendido es la reserva sexual (⁵³⁵).-

Por mi parte entendí en su momento, esto es, a poco de formalizarse la reforma que el cambio de denominación del título originario por el de “Delitos contra la integridad sexual” respondió al convencimiento de que los delitos contemplados no afectaban, en realidad, a la honestidad de las víctimas, sino su integridad, privacidad e indemnidad. Circunstancia ésta que no veo que pueda alterarse, aunque si se le puede adicionar la protección de la normalidad temporal del trato sexual que es aprovechado en base a la inexperiencia de la víctima (⁵³⁶).-

Con lo expuesto hasta aquí, se ve que resulta complejo individualizar un bien jurídico protegido; si se habla de la libertad, puesto que la víctima ha sido privada de su decisión por no comprender el acto, también se podría hablar de un abuso a la honestidad, ya que la víctima no comprende la propuesta del actor, que la induce por su seducción, por no tener desarrollada sus facultades psicológicas debido a su temprana edad. A través de la norma los legisladores fijan la edad de 16 años, por creer conveniente que aún no es una edad – debido a su falta de experiencia, inmadurez, y demás cuestiones psicológicas – para iniciar su vida sexual. No cabe duda que el bien jurídico protegido como en los demás delitos de este título es la integridad sexual, pero en su forma de libre autodeterminación.-

VI-IV.- Conducta típica.

a) Abuso con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante.

Estas dos acciones son remitidas como sustento en la medida que el hecho sea cometido en perjuicio de una persona mayor de trece años y menor de dieciséis. Sobre las particularidades de estos acontecimientos ya se hizo abundante comentario anteriormente, a lo cual se hace una remisión para evitar repeticiones.-

La disposición normativa introducida en el art. 120 por la ley 25.087 está referida a dos modalidades o aspectos de abusos sexuales: el de un sometimiento gravemente ultrajante y el abuso

⁵³⁵ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1063).

⁵³⁶ FIGARI Rubén “Casuística...” (ob. cit. p. 354).



con acceso carnal, con el aditamento de que el sujeto activo se aproveche de la inmadurez sexual de un menor de dieciséis años.-

b). Inmadurez sexual ⁽⁵³⁷⁾.

Como más arriba se anticipó se ha eliminado la expresión “mujer honesta”, con lo cual el sujeto pasivo puede ser tanto un hombre como una mujer y se le han aditado los vocablos “*inmaduro sexualmente*”. También se ha dicho anteriormente que con el decurso del tiempo la doctrina y jurisprudencia, al interpretar la expresión “mujer honesta” en realidad se hacía referencia a la inexperiencia sexual de ésta ⁽⁵³⁸⁾. En cierta forma tal es el concepto que recepta la reforma, no es la

⁵³⁷ “También es destacable consignar que se quiere castigar el abuso del sujeto activo de la inexperiencia o de la inmadurez del sujeto pasivo, abuso que resulta posible por las condiciones personales o situaciones de aquél. La fórmula elegida “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” permitirá evitar punir simples relaciones sexuales entre menores, que son más habituales actualmente, dado que es más frecuente que la vida sexual se inicie en edades más tempranas. El sexo entre dos adolescentes libremente decidido en condiciones de igualdad, no es el mismo que el aprovechamiento, por ejemplo, de un profesor de la inmadurez de su alumna menor de dieciséis años”. Antecedentes Parlamentarios, p. 1615.

⁵³⁸ 1- “La figura del artículo 120 del Código Penal, exige el aprovechamiento de la inmadurez sexual, debiéndose comprender que el mismo se refiere a la inexperiencia sexual del sujeto pasivo”. (TCPBBA, Sala II, 18/09/2008, “C.,P. s/ Recurso de casación”) WebRubinzal ppypenal37.5.2.r23.

2- “El aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima que el art. 120 del Cód. Penal – según la ley 25.087 (Adla, XLIX-B, 1484) – exige como requisito tipificante de la figura penal de la norma mencionada no puede ser fundado en una presunción, toda vez que debe constatar en primer lugar que se trata de una víctima sexualmente inmadura, y ello constituye una cuestión de hecho que debe resolverse por el análisis racional de los elementos convictivos legalmente incorporados al proceso”. (T. Casación Penal Buenos Aires, sala I - 28/08/2003 - O., C. A. s/rec. de casación) LLBA 2004-181 - LL 2004-D- 130, con nota de Eduardo Aguirre Obarrio.

3- “El art. 120 del Cód. Penal – según la ley 25.087 (Adla, XLIX-B, 1484) – exige como requisito típico que exista aprovechamiento de la inexperiencia de la víctima, resultando en consecuencia impune el mero contacto sexual libremente consentido por quien cumplió los trece años de edad y posee conocimientos y madurez indispensables para comprender con plenitud las consecuencias de su acto”. (T. Casación Penal Buenos Aires, sala I - 28/08/2003 - O., C. A. s/rec. de casación) LLBA 2004- 181 - LL 2004-D- 130, con nota de Eduardo Aguirre Obarrio.

4- “La criminalidad del estupro y su castigo – en el caso, el imputado había accedido carnalmente a una joven de 12 años, honesta – obedece al propósito de proteger la honestidad de la mujer, que en razón de su edad e inexperiencia, puede llegar a consentir, en un acto de voluntad imperfecto derivado de su inmadurez, en ser accedida carnalmente, sin estar en condiciones de comprender plenamente el significado del acto que realiza y su trascendencia moral, física y social”. (C.Crim. 1ª Nominación Córdoba, sala unipersonal - 26/07/2001 - Luque, Juan N.) LLC 2002- 235.

5- “Si bien existen distintos parámetros para apreciar la honestidad del sujeto pasivo requerida para la configuración del delito consignado en el art. 120 del Cód. Penal, todos ellos deben referirse a la inexperiencia de lo sexual, la cual no implica desconocimiento de la sexualidad, sino que se refiere a la ausencia de experiencia práctica en ese ámbito (Del voto de la doctora Zanin)”. (C. 2ª Crim. y Correc. Formosa - 18/05/2005 - C., E. I.) LLLitoral 2006-147, con nota de Leandro Corti; Carlos Arieti; LLLitoral 2005-874.



más adecuada quizás. En los fundamentos legislativos el legislador Yoma al abordar el tema entendió que: “En el estupro se incorporan elementos importantes, como el caso del abuso de la inexperiencia sexual. Deja afuera las relaciones sexuales entre menores, el amor entre adolescentes, que derivan en relaciones sexuales. En la legislación actual esto quedaría capturado dentro del estupro. La Cámara de Diputados elimina esto e incorpora un nuevo elemento. El abuso de la inexperiencia sexual de la víctima”. Asimismo, el diputado Cafferata Nores al respecto expuso que: “Se suprime el requisito de mujer honesta, partiendo de que el bien jurídico tutelado es la integridad y no la honestidad, y que en estos casos lo que se ve comprometido es la capacidad para asumir libre y plenamente el consentimiento. Asimismo se extiende a personas de uno u otro sexo”.-

En el art. 119, cuando se regula el abuso sexual del menor de trece años se considera que se presume “*jure et de iure*” que el mismo carece de una madurez mental para entender el significado fisiológico y moral del acto. Desde esa edad hasta los quince años se podría decir que se introduce el concepto de “inexperiencia sexual” asimilable en cierta forma a la contaminación sexual, tal cual se lo había considerado mediante la interpretación del texto anterior. De manera que se podría precisar que esa contaminación sexual no quiere decir un desconocimiento sobre la materia que podría adquirirse por medios educativos, sino por un modo de conducta exterior que condiga con ese estado de contaminación. Desde luego que es un tanto complejo determinar tal requisito que debe manejarse con pautas y cánones acordes al estado de la sociedad actual, sin prejuicios ni moralinas que distorsionan la óptica objetiva de la cuestión, no obstante lo cual deben tenerse en cuenta ciertas

6- “A efectos de la configuración del delito previsto en el art. 120 del Cód. Penal no resulta apropiado considerar a la instrucción teórica materna como signo de madurez sexual, ya que el tipo penal analizado exige que el sujeto pasivo refleje un desconocimiento práctico sobre la materia (Del voto de la doctora Antinori)”. (C. 2ª Crim. y Correc. Formosa - 18/05/2005 - C., E. I.) LLLitoral 2006-147, con nota de Leandro Corti; Carlos Arieti; LLLitoral 2005-874.

7- “Aun cuando el acceso carnal haya sido consentido por la víctima, no mediando violencia ni intimidación, el hecho de que ésta tuviera trece años al momento de los hechos y que careciera de experiencia sexual pone de manifiesto que corresponde encuadrar la conducta del imputado en el delito previsto en el art. 120 del Cód. Penal (Del voto de la doctora Zanin)”. (C. 2ª Crim. y Correc. Formosa - 18/05/2005 - C., E. I.) LLLitoral 2006-147, con nota de Leandro Corti; Carlos Arieti; LLLitoral 2005-874.

8- “En el marco de un proceso en el cual se investiga la presunta comisión del delito consignado en el art. 120 del Cód. Penal, resulta improcedente reputar como signo de experiencia sexual un abuso sexual anterior perpetrado contra la misma víctima, pues el concepto “experiencia sexual” presupone no sólo la innumerable repetición en el tiempo de actos de esa naturaleza sino que, además, debe concurrir la aquiescencia libre de la persona (Del voto de la doctora Antinori)”. (C. 2ª Crim. y Correc. Formosa - 18/05/2005 - C., E. I.) LLLitoral 2006-147, con nota de Leandro Corti; Carlos Arieti; LLLitoral 2005-874.

9- “Corresponde a condenar a la pena de prisión como autor penalmente responsable del delito tipificado en el art. 120 del Código Penal a quien, aprovechándose de la relación de amistad con la familia de una menor de catorce años, y de su inmadurez e inexperiencia sexual, desarrollo una serie de abusos sexuales en su perjuicio por varios años, hasta llegar al acceso carnal mediante la aplicación de violencia física y amenaza de muerte contra ella y su familia” (C. Penal Tucumán, sala II, 2009/06/05 - C.O.E.) LLNOA 2009-989.



condiciones relativas al tiempo y al medio (⁵³⁹). De modo tal que no se podrá decir en forma asertiva como una ecuación matemática que desde los trece años hasta los quince una persona es forzosamente inmadura sexualmente o incontaminada en ese aspecto. Ello será objeto de análisis en cada caso particular (⁵⁴⁰). Es menester señalar que este aspecto referido a la inmadurez de la víctima es una cuestión bifronte porque además de ello requiere indefectiblemente que esa circunstancia haya sido aprovechada por el agente. Tema sobre el que se expondrá *ut - retro*.-

Tanto Gavier como Edwards, como *ut - supra* se ha señalado, equiparaban el carácter que la doctrina daba a la expresión “honestidad” a la “inexperiencia sexual” que exige la figura en cuestión.-

Por su parte Reinaldi interpreta que se debe aceptar como un dato de la realidad que el paso de la inmadurez a la madurez plena no se produce en un instante – a la medianoche del día en el que se cumple trece años – sino gradualmente, de modo que el legislador, adecuándose a esa realidad, pudo suponer, por un lado, una incapacidad absoluta en el menor que no alcanzó los trece años para consentir, válidamente, ser objeto de cualquier abuso sexual y que autorice a prestar válidamente su consentimiento a los menores que han superado los trece años pero no los dieciséis para ser objeto de abusos sexuales simples, pero no de otros de mayor gravedad, que podrían ser más perjudiciales. De manera que no hay que confundir el concepto de “inmadurez sexual” – actual art. 120 – con el de

⁵³⁹1- “Resultando la madurez sexual un elemento normativo de carácter cultural que no requiere necesariamente su experimentación, resulta perfectamente posible que quien es sexualmente maduro, pueda sin embargo ser inexperto en ese aspecto”. (TCPPBA, Sala II, 18/09/2008, “C.,P. s/ Recurso de casación”) WebRubinzal ppypenal37.5.2.r25.

2- “Si la ley exige aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, debe en primer lugar constatarse que se trate de una cuestión de hecho que debe resolverse mediante el análisis racional de los elementos convictivos legalmente incorporados al proceso”. (TCasPenal Bs As, Sala I, 28/08/2003, “O.,C. s/ Recurso de casación”) WebRubinzal ppypenal37.5.2.r20.

3- “No obsta a la configuración del delito de estupro el hecho de que la damnificada – en el caso, de trece años de edad – haya contado, al momento del suceso, con experiencia sexual por anteriores abusos pues, a tenor de lo afirmado por la perito que la evaluó, por las características vejatorias que revistieron tales relaciones, no puede negarse la inmadurez sexual que presentaba aquella y que requiere el tipo del delito reprochado”. (S.T.J Chubut - 16/03/2005 - V. R.) LL Patagonia 2005- 1140.

4- “La letra del nuevo artículo 120 del Código Penal, según ley 25.087 (Adla, LIX-B, 1484), impone la necesidad de verificar que el abuso sexual reprochado se haya realizado con aprovechamiento, por parte del sujeto activo, de la inmadurez sexual de la víctima – en el caso, se consideró que no obstaba a esta calificación el hecho de que la menor haya sido víctima de abusos sexuales anteriores si se encontraba demostrada, a través de informes psicológicos, su falta de madurez sexual – y habiéndose reemplazado el antiguo elemento normativo de “mujer honesta” que hacía alusión a la inexperiencia sexual de la menor víctima por el de inmadurez sexual, cobra relevancia el bien jurídico protegido desde siempre, cual es, la “reserva sexual de la menor (del voto del doctor Caneo)”. (S.T.J Chubut - 16/03/2005 - V. R.) LLPatagonia 2005- 1140.

⁵⁴⁰ Vale para el caso algunas apreciaciones hechas sobre el particular por FIGARI Rubén en “Casuística...” (ob. cit. p. 385 y sgtes.).



“honestidad” de la anterior fórmula ni con el de la “inexperiencia sexual”, equiparable a esta última. De hecho el primero de esos conceptos no supone ignorancia en materia sexual, igual tratamiento se le dio a la cuestión. Acota que: “La doctrina anterior a la ley 25.087 negaba la calidad de honesta y, por ende, que pudiera ser víctima de estupro, a la mujer que carecía “de inocencia por su práctica sexual”, como la que carecía de ella “por la profanación de su conducta”; a la que no tenía “una conducta adecuada a esa virtud: salidas nocturnas, tratos pocos decorosos con varios hombres, abandono de la casa paterna, frecuentación o permanencia en la casa del amigo o en lugares de dudosa moralidad”. O no actuaba de un modo que se compadeciera con el “recato, pudor, castidad” propio de una mujer “honesta”, de “un estado moral de conducta”. Ninguna de esas conductas, empero, permiten negar la “inmadurez sexual” con el sentido y alcance que requiere el nuevo tipo legal porque esos actos irresponsables son, precisamente, demostrativos de la falta o insuficiencia de madurez como ocurre con el menor que no se abstiene de tener relaciones sexuales, promiscuas o no, sin tomar las precauciones necesarias para no contraer enfermedades de transmisión sexual o causar o sufrir embarazos no deseados; el que, al no ser “casto” no es “cauto”; el que no pone límites a su lascivia y para el que “todo vale” en cuestiones de sexo” (541).-

Villada al hablar de la inexperiencia sexual, considera que el sujeto pasivo debe carecer de conocimiento y práctica de carácter sexual que le permitan razonablemente consentir o rechazar actos abusivos o carnales de parte del sujeto activo. A *contrario sensu*, entiende que es experto sexualmente quien ha tenido una práctica y un trato directo de carácter sexual, no bastando con el mero conocimiento o saber que puede provenir de haber accedido a la más variada información respecto del tema. “Sin embargo, a los fines de la impresión que reciba el autor del ilícito (integrativo del dolo), este caudal de información sexual puede hacerle creer que se hallaba en presencia de un menor que poseía efectiva experiencia sexual, lo que deberá valorarse al momento de adecuar el *factum* al tipo penal” (542).-

La falta de madurez sexual podría estar referida a la carencia de competencia para desempeñar el rol específico que atañe a una persona en su libre, voluntario y consciente trato sexual. Así lo entiende Arocena (543).-

⁵⁴¹ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 155/157).

⁵⁴² VILLADA Jorge “Delitos contra la integridad sexual” (ob. cit. p. 90).

⁵⁴³ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 99).



Gavier aduce que el término “aprovecharse de la inmadurez sexual” de un menor de dieciséis años, es una expresión impropia al ser utilizada por la ley, pues hace alusión a la falta de desarrollo de las facultades intelectuales como para comprender la naturaleza de los actos realizados por el autor y que el límite entre la madurez y la inmadurez sexual fue fijada por la ley a los trece años, es decir, que a partir de esa edad podría hablarse de ingenuidad o inexperiencia sexual, pero no de inmadurez y es precisamente ese segundo significado gramatical de la palabra inmadurez, la inexperiencia de la que se aprovecha el autor, que en cierto modo se compadecía con la honestidad exigida por la fórmula anterior, entendida como el “estado moral de inexperiencia e incontaminación sexual que, sin importar ignorancia de lo relativo a las relaciones sexuales entre las personas, resulta incompatible con la malicia sexual innata o adquirida por la práctica sexual o por la ligereza o corrupción de las costumbres” (⁵⁴⁴).

Tenca aduce que la referencia “inmadurez sexual” – tal como lo refiere anteriormente Gavier – es equivocada porque la “madurez sexual” – facultad para consentir o no un acto de esa naturaleza – fue fijada a los trece años en el art. 119 párr. 1º. “Seguramente se pretendió hacer referencia a la expresión “inexperiencia sexual”, con lo que la reforma no hace más que *aggiornar* la poco feliz expresión de “mujer honesta” pese a la supuesta intención de eliminar la honestidad como bien jurídico protegido”. Asimismo refiere, que al hacerse una mención al aprovechamiento de la inmadurez sexual se reactualiza el complicado, anquilosado y casi victoriano concepto de seducción real (⁵⁴⁵).

Buompadre luego de definir el vocablo inmadurez estima que no existe una sinonimia entre inexperiencia sexual y honestidad – tal como lo aduce Gavier – porque si bien los conceptos pueden coincidir, no es necesario que ello ocurra ya que, una persona con conocimiento de trato sexual anterior, por regla general no es virgen, pero sí puede ser honesta; al contrario, no por haber tenido práctica sexual prematura la persona es deshonesta. Entonces, debido a la vaguedad y ambigüedad del término la referencia a la honestidad fue duramente criticada por la doctrina. “Sin embargo, inmadurez sexual – según dijimos – significa inexperiencia sexual, y así debemos entender la nueva fórmula. La cuestión que se presentará seguramente frente a esta interpretación reside básicamente en otro problema: mientras que por un lado la ley califica de inmaduro sexualmente al menor de 16 años, por otro lado establece la edad mínima de 13 años para el inicio en la sexualidad. ¿Cómo

⁵⁴⁴ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 59) citando a NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 131).

⁵⁴⁵ TENCA Adrián (ob. cit. p. 133).



superamos, entonces, este aparente contrasentido? No tiene solución. Un menor de 16 años ya iniciado en la sexualidad, por carecer de inmadurez sexual, no tiene protección de la ley. El menor, según el texto de la norma, debe ser un inmaduro sexualmente, pues es precisamente de tal condición de la que debe aprovecharse el sujeto activo”. Así las cosas, advierte que la ley nueva ha consagrado un irritante privilegio para aquellos menores que poseen experiencia sexual frente a aquéllos que no la tienen, de modo que el trato es discriminatorio. Los menores con experiencia sexual – ya maduros sexualmente – podrán continuar con sus relaciones sin peligro de incriminar a sus parejas, mientras que aquéllos que no han tenido trato sexual de ninguna naturaleza, aún cuando lo deseen deberán abstenerse de hacerlo, ante la posibilidad de castigo para sus compañeros (⁵⁴⁶).

A su tiempo Creus - Buompadre expresan que el tipo anterior requería que la víctima fuera honesta, un elemento normativo cultural referido a la inexperiencia sexual del sujeto pasivo y la reforma al sustituir dicha referencia por la expresión “inmadurez sexual” muy poco es lo que ha cambiado, salvo la terminología. De esta forma consideran que individuo inmaduro sexualmente es un individuo sexualmente inexperto, o sea, una persona que no ha tenido experiencia en materia sexual, por tal razón la ley considera insuficiente el consentimiento prestado por aquélla para tornar ilícita toda relación carnal violenta o abusiva. No obstante, esto último, en la actualidad el consentimiento sólo perderá eficacia desincriminante sólo ante dichas conductas, de lo que se desprende 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 autosedución de la víctima no es típica para la ley (⁵⁴⁷).

Donna, considera que la inmadurez sexual es falta de experiencia en lo sexual, pero en el sentido de aquella persona que no comprende la significación última del acto, aunque pueda conocerla intelectualmente. Por otra parte agrega, que tal inmadurez no se presume y debe probarse de acuerdo a la sana crítica (⁵⁴⁸).

De Luca - López Casariego asumen una posición crítica con respecto a la redacción de la norma al sostener que en la misma este delito consiste en realizar las acciones previstas en los párrafos 2º y 3º del art. 119 y lo curioso es que en dichos párrafos no hay ninguna acción, ni verbo que indique qué es lo que debe hacer el autor, entonces, advierten que corresponde recurrir a una

⁵⁴⁶ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. ps. 411/412).

⁵⁴⁷ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 219).

⁵⁴⁸ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 116).



interpretación sistemática y se deberán trasladar a la figura del art. 120 todas las consideraciones que se han hecho respecto de las acciones que constituyen un abuso sexual. Así, el nuevo “estupro” es otra clase de abuso sexual y se configura cuando se dan algunas de las circunstancias de todo el art. 119 más las específicas del 120. “A esta solución se puede arribar también mediante una doble remisión gramatical, porque, en definitiva, los dos últimos párrafos del art. 119 (a los que remite el art. 120) remiten a su vez, al primero. El único límite hermenéutico para este reenvío consiste en que se dan todas las circunstancias de los abusos sexuales del art. 119, la figura del art. 120 queda desplazada por el párrafo correspondiente del primero”⁽⁵⁴⁹⁾.-

También se alega que con respecto a la nueva forma “inmadurez sexual”, en realidad no se realiza un avance más o menos importante en cuanto a los términos interpretativos, en el sentido de que si con ello se ha querido resolver los problemas que originaba el término “honestidad”, con el aditamento de la frase “relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente...” esto aporta algo más de confusión en razón de que no se aclara a qué se refiere o qué casos distintos pretende incluir. Asimismo, se considera también, como otro elemento un tanto complejo el hecho de si la inmadurez se presume siempre en función de la edad de la víctima o si se debe ver en cada caso particular, además de la edad, acreditar aquella inmadurez, situación esta última que se plantea como más adecuada y sensata⁽⁵⁵⁰⁾.-

Resulta de interés para reafirmar los conceptos anteriores el fallo “D.L.E p.s.a abuso sexual con acceso agravado- rec. de Casación – resuelto por el S.T.J. de Córdoba⁽⁵⁵¹⁾ que en su parte pertinente dispone: “La madurez sexual a la que, en forma negativa, alude el tipo penal del art. 120 del C.P., no se circunscribe a un conocimiento meramente físico o fisiológico acerca del acto sexual, ni siquiera cuando éste es producto de la práctica sexual. Tan acotada comprensión resulta insuficiente a la luz del interés protegido por la figura, que involucra el más amplio ámbito de la sana e íntegra conformación de la personalidad en el área sexual, en base a la cual puede el adolescente discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, para prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que puedan afectar dicha esfera vital”. En cierta forma reedita lo resuelto en el fallo “Bidondo”⁽⁵⁵²⁾ donde se consideró que frente a un menor ya inmerso en prácticas

⁵⁴⁹ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 121/122) y en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 669).

⁵⁵⁰ D'ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 186).

⁵⁵¹ www.diariojudicial.com 08/09/2011.

⁵⁵² TSJ Córdoba S. n° 22 - "Bidondo, Héctor Raúl p.s.a. abuso sexual con acceso carnal, etc. -Recurso de Casación-" - Sala Penal - 07/03/2007, elDial.com - AA422E.



sexuales, por sí sola no basta para tenerlo por sexualmente maduro, siendo necesario determinar en cada caso particular todas las circunstancias que rodean el vínculo sexual para identificar si éstas son indicativas de una comprensión íntegra de lo sexual, con las naturales limitaciones de la edad.-

En el caso primeramente mencionado considero que ha quedado determinado lo que debe entenderse por el término “inmadurez sexual” que corresponde distinguirse, pues no es un sinónimo, de lo que resulta ser “inexperiencia sexual”, en el entendimiento de que lo primero no queda circunscripto a un conocimiento estrictamente físico o fisiológico del acto sexual, ni aún cuando se haya tenido una anterior práctica sexual – fallo “Bidondo” – sino que es una concepción un poco más amplia que concierne a la sana e íntegra conformación de la personalidad en el aspecto sexual, ya que el adolescente, no obstante prestar su consentimiento no tiene definido en su intelecto el discernimiento del verdadero sentido o naturaleza de la conducta desplegada ⁽⁵⁵³⁾

c). Edad de la víctima.

Otro elemento a tener en cuenta es el relativo a la *edad* de la víctima, circunstancia cronológica que ha sido modificada, pues ahora se trata de una persona menor de dieciséis años, en tanto que antes se regulaba en más de doce y menos de quince. De modo que si el sujeto pasivo tiene dieciséis, es mayor de esa edad y no concurren algunas de las circunstancias previstas en el primer y segundo párrafo del art. 119, la conducta se torna atípica ⁽⁵⁵⁴⁾.-

Como se aprecia, en la figura actual no se establece un mínimo de edad para ser sujeto pasivo del delito – circunstancia que si se tenía en cuenta en la antigua redacción (mayor de doce y menor de quince años) –, sin embargo, la remisión al art. 119 resalta que debe tratarse de una persona mayor de trece años, pues de lo contrario el hecho en perjuicio de ésta recaería en el art. 119 1º párr. ⁽⁵⁵⁵⁾.-

⁵⁵³ FIGARI Rubén “¿La “inmadurez sexual” de la víctima es lo mismo que la “inexperiencia sexual”?” en “Revista de Derecho Penal y Criminología” Ed. La Ley, Año II, n° 1, Febrero 2012

⁵⁵⁴ “Corresponde absolver al imputado, acusado del delito de abuso sexual con acceso carnal o estupro calificado, por resultar atípica su conducta, si se encuentra demostrada que la menor contaba con más de dieciséis años al momento de los hechos, que nunca fue agredida o amenazada y, si bien dijo que no quería tener relaciones con el acusado, también expresó que no contó lo que ocurría por temor a sus abuelos y no al imputado, lo que demuestra que las relaciones fueron voluntarias, consentidas, sin que a ello obste que la víctima posea una incapacidad leve, si tiene cierta comprensión general de los hechos”. (C. Crim. y Correc.1ª Nominación Santiago del Estero - 31/05/2006 - Domínguez, Francisco) LL Online.

⁵⁵⁵ Por todos ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 466); ESTRELLA Oscar (ob. cit.p. 142).



Tal cual como se ha expuesto en el análisis de los anteriores tipos, siendo la edad un elemento objetivo del tipo, la misma debe ser comprobada de acuerdo a las prescripciones legales oportunamente mencionadas, esto es, partida de nacimiento, pericia médica en su defecto, etc. ⁽⁵⁵⁶⁾.-

El problema de la edad es uno de los tantos puntos controversiales de la reforma, pues los legisladores no han expuesto motivadamente las razones por las cuales se eleva la edad. Es así que por ejemplo el diputado Caferatta Nores al respecto manifestó: “En cuanto a los cambios producidos en la edad, y luego de escuchar a especialistas, (médicos, psicólogos, psiquiatras), se coincidió en que dieciséis años es una edad razonable para proteger determinados ámbitos del menor, dado que aún se encuentran dentro de grupos etéreos de mayor “vulnerabilidad””. Sin embargo, el senador Maglietti expuso que el proyecto era retrógrado en ese aspecto y se preguntaba qué parámetros se habían tenido en cuenta para subir en un año la edad, contestándose que se estaba actuando en contra de la realidad sexual que existe en nuestro país, alegando que en el campo las mujeres entran en situaciones de concubinato a los doce o trece años, pasando a tener hijos y familia. Por ello en la práctica el delito de estupro como estaba legislado – referido a las mujeres menores de quince años – no tenía razón de existir, y menos aún con la reforma. Empece a esa autocrítica se veía compelido a votar favorablemente “porque no voy a ser el único senador en contra de este proyecto. Además, las demás disposiciones creo que están acordes con la necesidad de agravar algunas penas...” ⁽⁵⁵⁷⁾. Estas argumentaciones, resultan un tanto paradójicas pues por una parte se incrementa la edad para punir penalmente a la actividad sexual de determinados menores, pero por la otra se asevera que hoy día es habitual y frecuente que la vida sexual de aquéllos sea más prematura. Por tanto, y agregando más sombras sobre el tema, apelar a las opiniones médicas y siquiátricas a las que hace referencia el Diputado Caferatta Nores en dar sentido a la cuestión, resulta indigerible que en la época del tratamiento de la ley – 1999 – se considerara que los menores de dieciséis años resultaban más vulnerables desde el punto de vista sexual, mientras que en el “Código de 1921” dicha “vulnerabilidad” se le adjudicaba a menores de quince años (!). Por ello, con justeza se efectúa una crítica razonada en el sentido de que: “No es admisible que se amplíe el campo de lo punible en un delito sobre el que ya a mediados del siglo pasado se alzaron voces propugnando su derogación, por lo anacrónico, vago e impreciso, donde se confunde o identifica pecado con delito” ⁽⁵⁵⁸⁾.-

⁵⁵⁶ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. p. 410).

⁵⁵⁷ Antecedentes Parlamentarios p. 1628.

⁵⁵⁸ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 467); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 143).



Lleva razón Tenca cuando dice que de modificarse la edad, debiera haber sido disminuida y no aumentada, para el caso de que fuera necesario conservar este delito (⁵⁵⁹).

d). Error sobre la edad.

Una cuestión un tanto controversial se plantea con respecto al error en la edad de la víctima, circunstancia ésta que ya se avizoraba con atinencia a la antigua denominación en los delitos contra la honestidad y sigue teniendo vigencia pues la reforma no aventa dicho conflicto.-

Es así que de acuerdo a los antecedentes que hacen mención tanto Buompadre (⁵⁶⁰), Clemente (⁵⁶¹) la jurisprudencia se inclinaba por tres soluciones en torno a la cuestión:

1) Estaban los que calificaban la conducta como violación, tal el caso de la postura minoritaria del Dr. Emilio Daireaux – “Ariz y Muñoz Juan José” (⁵⁶²) – quien entendió que no se podía calificar el hecho como estupro, ya que la víctima no era mujer mayor de doce años – edad contemplada por el art. 120 del CP en su antigua redacción –, configurándose el delito de violación, pues el error se fincaba en un aspecto accidental que no le impidió a Ariz “comprender la criminalidad del hecho” en los términos del art. 34 inc. 1º C.P. y según el juez, en lo que a la culpabilidad del autor respecta, ella no puede ser otra que la del art. 119 inc. 1º del C.P., pues la acción no se adecua típicamente a las condiciones objetivas puestas por el art. 120 y sí a las puestas por aquél. Asimismo, en similar línea de criterio se encontraba la postura de Zaffaroni, en un fallo de primera instancia, quien entendía que el hecho encuadraba en una violación impropia, empero se debía aplicar la pena prevista para el delito de estupro, porque el error del sujeto activo estaba referido a una falsa suposición de un atenuante que determina un reproche (⁵⁶³). De esta manera se resolvió en la causa “Aquino Ortega Sebastián M.” 11/11/76 (⁵⁶⁴).

⁵⁵⁹ TENCA Adrián (ob. cit. p. 132).

⁵⁶⁰ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” (ob. cit. ps. 365/368).

⁵⁶¹ CLEMENTE José L. (ob. cit. ps. 112/13).

⁵⁶² C. Apel. Mercedes 11/04/58. J.A., 1958 - II - 362.

⁵⁶³ ZAFFARONI Eugenio “Manual...” (ob. cit. p. 480 y sgtes., edición 1977).

⁵⁶⁴ “...se trata de supuestos en que el autor tiene conocimiento de elementos pertenecientes al tipo objetivo que son comunes tanto para la figura básica como para una figura atenuada, sólo que supone que también se dan los de la figura atenuada, cuando en realidad se dan solamente los del tipo básico (...) Si se tratase de tipos independientes, no cabría duda que la conducta quedaría impune, porque no puede darse la tipicidad objetiva de un tipo y subjetiva de otro y con eso pretender construir una u otra tipicidad, pero en los casos que mencionamos – insistimos – se trata de atenuantes que reconocen una misma figura básica. De allí que la solución sea aquí diferente (...) Creemos que la falsa suposición de atenuantes conduce necesariamente a una asimetría dentro del sistema, pero que, puestos en la



Ambas decisiones judiciales merecieron la crítica de Sancinetti. En el primer caso expresó: el juez Daireaux "... pone el acento en la necesidad de que el error impida comprender la criminalidad del acto, lo que no ocurre en el caso, ya que el autor supone, de todos modos, realizar un delito. Pero, en rigor, no advierte que para penar por la violación objetivamente acaecida se vale del dolo de otra figura (estupro) que en su propio voto ha considerado independiente de la que contiene el art. 119, inc. 1º CP (...) De tal modo, el criterio es tan erróneo como pretender reprimir por homicidio doloso a quien queriendo cometer un hurto, mata, sin quererlo, a otro, pues aquí el error no impide al agente "comprender la criminalidad (...) La criminalidad que el agente debe conocer para que su error sea "accidental" (no relevante), tiene que estar referida al acto objetivamente realizado (criminalidad del acto, dice el art. 34, inc. 1º, y no a cualquier injusto imaginado por el autor..."⁽⁵⁶⁵⁾.-

En el segundo caso sostuvo: "1º) Que el estupro no es una figura atenuada de "violación impropia", sino que el juez ha creído estar en presencia de una hipótesis de errónea suposición de atenuantes... En efecto, el tema de la realización dolosa de un hecho bajo el efecto de la falsa representación de circunstancias atenuantes – como problema teórico general – supone que ambos tipos, el efectivamente consumado y el presente en la imaginación del autor, estén vinculados por una figura básica que funcione como esquema rector común; es decir, parte, en definitiva, de que las circunstancias atenuantes conforman un tipo privilegiado respecto del otro, de tal manera que tales circunstancias, de darse objetivamente en la realidad, desplazarían al delito básico por relación de especialidad (concurso de leyes) (...) Que un tipo penal sea calificado (agravado o atenuado) en relación a otro, es decir, que tenga un mejor derecho a ser aplicado por razón de especialidad, es una

disyuntiva de elegir entre la afirmación en lo objetivo o en lo subjetivo para los efectos de la tipicidad, nos debemos inclinar por lo objetivo, porque así lo impone la seguridad jurídica. Consecuentemente, el error consistente en la falsa suposición de una atenuante no podrá ser relevado a nivel de error de tipo (...) Conforme a nuestra decisión por lo objetivo de la tipicidad realizada, en el caso del sujeto que cometió violación creyendo que cometía estupro, consideraremos que la conducta es típica de violación (...) Si bien con esto excluimos a la falsa suposición de atenuantes del campo del error de tipo, con ello no termina la cuestión, porque resulta claro que la ley exige también – a nivel de la culpabilidad – la posibilidad de comprensión de la antijuricidad. Por supuesto que se está refiriendo a la posibilidad de comprensión del injusto cometido, pero, si en lugar de la antijuricidad del injusto cometido, el sujeto sólo pudo comprender la antijuricidad de un injusto menor, debido a que se hallaba en un error invencible acerca de la magnitud de la antijuricidad del injusto que realmente cometía, nos hallaremos con que se da un error de prohibición que no tiene por resultado excluir la pena, sino sólo dar lugar a la aplicación de la pena del tipo atenuado. Si el art. 34 inc. 1 excluye la pena cuando no se pudo comprender la antijuricidad de la conducta, cabe deducir que la atenúa en la medida correspondiente al tipo atenuado cuando sólo pudo comprender la antijuricidad de una conducta típica atenuada. Consiguientemente, pese a que quien tuvo acceso carnal con un menor cometió una conducta típica y antijurídica de violación impropia (art. 119 inc. 1 anterior redacción), sólo cabe penarlo por estupro (art. 120 anterior redacción) porque sólo pudo comprender la antijuricidad del tipo atenuado del acceso carnal con menor..."

⁵⁶⁵ SANCINETTI Marcelo "Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, ps. 107 y sgtes.



cuestión que responde a reglas, no a un mero arbitrio (...) En efecto, no sería acertado creer que es factible – ante un supuesto de concurso de leyes por razón de especialidad – decidir libremente cuál es el tipo penal básico y cuál el calificado (...) En mi opinión, sin embargo, el concurso existe, aunque no como lo resuelve Zaffaroni (...) La regla a la cual se debe sujetar la decisión de que una figura es calificada (agravada o atenuada) con relación a otra (básica), consiste en que todo caso que pueda ser subsumido en ella, o un grupo determinado de tales casos, reúna también, necesariamente, todos los elementos de aquella otra figura que se pretende “básica” (regla de la especialidad) (...) Para que la “violación impropia” fuera una figura común, de la cual las circunstancias constitutivas de estupro configuraran un tipo privilegiado, sería preciso entonces que este tipo, además de contener otros elementos, participara de todos los del delito de “violación impropia”, así como el infanticidio participa de todos los elementos del homicidio; sería preciso que los casos de estupro (acceso carnal con mujer honesta menos de quince años) fueran también casos de “violación impropia” (acceso carnal con menor de doce). Y, como es obvio, esto no sucede. Quien yace con una mujer de catorce años no tiene, al mismo tiempo, acceso carnal con menor de doce, pues ninguna mujer mayor de doce años es una especie del género “menor de doce años”; mientras que quien comete infanticidio (art. 81, inc. 2º, CP), en cambio, mata, desde ya, a otro (art. 79 CP). 2º)... el precepto citado se refiere a un menor de doce años (en su anterior redacción), no a “cualquier menor”; luego, el sujeto ha actuado dolosamente, pues no ha querido realizar la conducta descrita en el art. 119, inc. 1º, sino otra conducta no alcanzada por dicha regla. La pretendida adecuación del hecho a la figura de “violación impropia” se destruye por virtud del error, no tanto por lo que el autor suponga existente (mujer mayor de doce años y menor de quince), sino porque, lo objetivamente existente (menor de doce años), es desconocido por él (error de tipo). A los efectos de excluir el dolo de “violación” es irrelevante que el autor suponga que la mujer tiene catorce o veinte años, lo esencial es que no crea que tiene menos de doce (...) El caso no es un supuesto de errónea representación de atenuantes, porque el estupro no es un tipo privilegiado (atenuado) respecto del de “violación impropia”; y, a la vez, el autor ha podido obrar con dolo de estupro, aunque sin dolo de “violación”, precisamente porque la “violación” no es un delito básico común al estupro” (566).-

De Luca - López Casariego aducen que la edad de la víctima como un requisito del tipo penal ante la nueva ley soluciona un tanto los conflictos que se habían producido en torno a este tópico porque el delito de estupro no menciona una edad desde la cual pueda comenzar a cometerse, con lo

⁵⁶⁶ Idem (ob. cit. p. 107 sgtes).



cual esta figura contiene el elemento objetivo edad de la violación impropia, de modo que habrá estupro desde los cero a los dieciséis años y si dentro de ese período, la víctima tiene entre cero y trece años y el autor lo sabe, se aplica la figura de estupro del art. 119, es decir, la violación impropia que funciona como cualquier agravante que comprende el tipo básico ⁽⁵⁶⁷⁾.-

2) Por su parte los que consideraban que la conducta era atípica, estimaban que el error del sujeto activo respecto a la edad del pasivo impedía la calificación de la conducta como violación debido a que la edad – menor de doce años [antigua redacción] – impedía el encuadre del hecho como estupro. Esta solución fue adoptada por la mayoría en la causa “Martínez Raúl Fortunato” ⁽⁵⁶⁸⁾; en la causa “López Ramón R.” ⁽⁵⁶⁹⁾ en la que El Dr. Levene sostuvo: “Coincido con la absolución. El *a quo* con prolijas razones llega a la conclusión de que López ha obrado un error de hecho excusable respecta a la edad de la menor, lo que descarta en delito de violación y al mismo tiempo, el de estupro, no sólo porque ella no había llegado, al momento del hecho, a los doce años de edad, sino también porque de autos resulta una conducta de aquella reñida con el pudo y con la idea de una mujer que administra su honra sexual con el cuidado propio de una adolescente recatada, es decir, honesta”. Así también por el voto minoritario en la causa “Vitemar Peralta Santiago” ⁽⁵⁷⁰⁾. Chiappini al comentar dicho fallo se inclinaba por esta postura aduciendo que se estaba en presencia de una laguna normológica, de una insuficiencia jurídica, una grieta en la pantonomía penal que en la especie no comporta un *mínimum* – cuantitativa y cualitativamente hablando – de ética. “Sabemos que estos “vacíos” legislativos tornan atípicas las conductas; que justamente cuando suceden – o son imaginados – revelan la “laguna” en el plexo normativo. Y acá no se trata de una circunstancia sobreviniente a la ley, sino, lisa y llanamente, de una imprevisión del legislador, que no puede enmendarse pretorianamente ni aún invocando a la equidad...” ⁽⁵⁷¹⁾. También se enrolaba en esta postura Buompadre dando dos razones, en primer término, se estaba ante una hipótesis de error esencial excluyente del dolo de violación, ya que el autor “creía” que la víctima era mayor de doce años y en segundo término, porque al ser aquélla menor de doce, faltaba uno de los elementos objetivos del delito de estupro – mujer mayor de doce años y menor de quince [antigua redacción] –,

⁵⁶⁷ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 99) y en BAIGÚN David- ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 612).

⁵⁶⁸ C. Apel. Mar del Plata 23/8/60, J.A. 1961 - I - 521 (Voto de los Dres. Hernandez Blanco y Solari Brumana).

⁵⁶⁹ C.N.Crim. y Correc., sala III, 8/8/75, J.A. 1976 - III - 7.

⁵⁷⁰ C.Penal Rosario, sala I, 26/10/78, J.A. 1981 - II - 267.

⁵⁷¹ CHIAPPINI Julio “*Cuestiones de Derecho Penal*” (ob. cit. p. 88).



lo cual provocaba la exclusión como tipo delictivo, de esta manera existía una zona de libertad que en virtud del principio “*nullun crimen ...*” no podía ser integrado por vía analógica ⁽⁵⁷²⁾.-

Arocena se inclina por esta tesis al considerar que: “...no actúa dolosamente quien, al cometer el abuso, no conoce alguna circunstancia perteneciente al tipo legal como, en nuestro caso, la edad de la víctima, a quien el autor creyó no menor de trece años. Ocurre que si el agente incurre en error respecto de la existencia de un elemento típico objetivo, *“se destruye por esta merma en el campo subjetivo, la congruencia entre las partes objetiva y subjetiva del tipo necesaria para configurar el delito doloso”*. Distinto es el supuesto del sujeto que *“cuenta seriamente con la verificación de esa circunstancia del tipo objetivo y ello no lo hace desistir de su proyecto, pues allí no hay error sino un autor que obra con dolo eventual respecto de tal extremo”* ⁽⁵⁷³⁾. Por lo tanto, al no existir la forma imprudente de los delitos en cuestión, el hecho quedaría impune.-

Breglia Arias - Gauna interpretan también que se está ante una conducta impune porque el error relativo a la edad de la víctima elimina el elemento intencional del acceso carnal – violación – y no queda el estupro, para éste falta la edad de la víctima y el caso no debe resolverse como dolo eventual, sino como un error vencible del tipo, que, no admitiendo la forma culposa, torna la conducta, impune ⁽⁵⁷⁴⁾.-

Sancinetti también expresa sus reparos en cuanto a los fundamentos dados por esta tesis, al señalar que el error burdo de ésta no consiste tanto en el razonamiento mismo, sino en su punto de partida: el creer que se trata de tipos penales formalmente independientes. Sostiene que aquellos tipos penales se encuentran vinculados por una prohibición común, razón por la cual el “límite mínimo” de edad señalado en el art. 120 CP, es tan sólo aparente, agregando que, aún cuando fuera cierto que los tipos penales en cuestión – contenidos en los arts. 119, inc. 1º, 119 *in limine* y 120 C.P., en su anterior redacción – son formalmente independientes, la corriente de la absolución ha pasado por alto el tratamiento de la posible configuración de tentativa inidónea de estupro simple – delito imposible; art. 44 C.P. – ⁽⁵⁷⁵⁾.-

⁵⁷² BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 367).

⁵⁷³ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 50/51) citando a MAURACH Reinhart - ZIPF Heinz “*Derecho penal. Parte general*”, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 402/406.

⁵⁷⁴ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1055).

⁵⁷⁵ SANCINETTI Marcelo (ob. cit. p. 107 y sgtes.) citado por RINALDONI María (ob. cit.).



3) Finalmente, estaban los que estimaban que se encontraban en presencia del delito de estupro ya que había un error *factis* esencial con respecto a la figura de violación pero no excluía el dolo porque la protección de la honestidad femenina excede esa mínima edad llegando hasta los quince años – anterior redacción –. De modo que el error sobre la circunstancia del hecho inherente al tipo de la violación es accidental y los actos cumplidos encuadran en otro tipo de la ley penal. Tal opinión se sostenía por la mayoría en la causa “Ariz y Muñoz Juan J.”, a la que se hizo mención más arriba, y otros precedentes tales como las causas “G., J.C.”⁽⁵⁷⁶⁾; “P., J.”⁽⁵⁷⁷⁾; “Aquino Ortega Sebastián M.”⁽⁵⁷⁸⁾; “Peralta Santiago Vitemar” ya citada; “G., R.E. y otros”⁽⁵⁷⁹⁾; “B. y C., A.”⁽⁵⁸⁰⁾; “A., O.E. y otros”⁽⁵⁸¹⁾; “D., R.”⁽⁵⁸²⁾.-

Participan de esta hipótesis Creus - Buompadre quienes interpretan que la duda sobre la calidad – edad – o condición de la víctima, equivalen a conocimiento, aunque no es suficiente la existencia de un deber de saber. “La creencia errónea en la ausencia de tales calidades o condiciones o en la prestación del consentimiento para el acceso puede excluir la culpabilidad (p. ej. creer que la mujer que en realidad tiene once años y ha prestado su consentimiento, tiene catorce, en cuyo caso el tipo aplicable es el de estupro). Para algunos, el error puede referirse a la acción material misma (p. ej. creer que se abusaba sexualmente consumando un coito *inter femora*, cuando en realidad se había producido la penetración). Asimismo, el error puede referirse a la prestación del consentimiento (p. ej. ante actitudes equívocas de la víctima), en cuyo caso, si no se llega a la impunidad, puede también variar el tipo de violación por el de estupro, si se dan sus requisitos”⁽⁵⁸³⁾.-

Fontán Balestra analizaba la cuestión sobre la base del anterior texto y por ello decía que el error sobre la edad de la víctima, si esta es mujer honesta, puede tener la consecuencia de adecuar el hecho a la figura del estupro, que fija pena menor, si se aprecia sin error el acceso carnal o mujer mayor de doce años o menor de quince con su consentimiento (art. 120 C.P.)⁽⁵⁸⁴⁾.-

⁵⁷⁶ S.C. Tucumán 15/04/44, J.A. 1944 - III - 336.

⁵⁷⁷ S.T. Chubut 15/6/73.

⁵⁷⁸ C.N. Crim. y Correc., sala IV. 24/5/77.

⁵⁷⁹ S.C.B.A. 27/12/57, J.A. 1959 - V - 49.

⁵⁸⁰ S.C.B.A. 4/10/56, L.L. 88 - 173.

⁵⁸¹ C. 3º Crim. La Plata, sala III, 10/8/51, J.A. 1951 - IV - 355; L.L. 64 - 350.

⁵⁸² Sup. Trib. Misiones 31/12/58, J.A. 1959 - III - 336.

⁵⁸³ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 216/217).

⁵⁸⁴ FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V, p. 89).



4) Cabe consignar la postura que enuncia Clemente, quien de acuerdo a la anterior normativa del art. 120, entendía que el sujeto que mantenía acceso carnal con una niña menor de doce años, suponiéndola mayor de esa edad y menor de quince, realizaba un hecho cuya punibilidad dependía de una doble alternativa: según que la menor fuera o no mujer honesta y, paralelamente, según sea la creencia que acerca de ello se hubiese formado el autor: así si la víctima era mujer honesta, y era conocida como tal, se daba la figura del estupro simple consumado, pero si era creída deshonesta, el hecho era impune por falta de dolo. Si la víctima era deshonesto, pero tomada por honesta, había una tentativa inidónea de estupro simple, y si era sabida deshonesto, el hecho era impune por falta de dolo (⁵⁸⁵).

En virtud del nuevo texto del art. 120 Buompadre razona de la siguiente forma: el error en que incurre el autor por creer que la víctima tiene más de trece años de edad – cuando en realidad tiene menos –, descarta la aplicación del tipo penal previsto en el párrafo tercero del art. 119, por inexistencia de una conducta dolosa. Sin embargo, quedaría un remanente de tipicidad con relación al tipo del art. 120, que exige una víctima menor de dieciséis años. Pero, como esta figura reclama, además de este elemento cronológico un elemento subjetivo adicional que acompaña el obrar del autor – el aprovechamiento de la inmadurez sexual del sujeto pasivo –, el delito sólo quedaría configurado en la medida en que concurren ambas exigencias. Si el autor, en cambio, obró en la creencia de que la víctima tenía más de dieciséis años de edad, el tipo quedaría eliminado por ausencia de culpabilidad dolosa (⁵⁸⁶).

Gavier entiende que el autor debe saber que la víctima, en el caso del abuso sexual o éste con acceso carnal, es menor de trece años, ya que la creencia errónea de que tiene más edad excluye su culpabilidad, pudiendo desplazarse la adecuación al art. 120, siempre que concurren todas las exigencias del tipo mencionado. No obstante la desaprensiva o negligente ignorancia y la duda sobre la edad de la víctima, no excusan al autor que deberá responder a título de dolo eventual (⁵⁸⁷). Así

⁵⁸⁵ CLEMENTE José (ob. cit. p. 113, nota 166); TENCA Adrián (ob. cit. p. 125 citando a SANCINETTI Marcelo en “*Estupro y estupro impropio (violación)*”. Doctrina penal 1978 – 333 y sgtes.). REINALDI aporta la idea de la tesis que pareciera seguir una alternativa de la presente al señalar que se está frente a un caso de tentativa inidónea o “delito imposible” porque no obró el agente con el dolo requerido por el delito que cometió y la consumación del mismo que el agente creyó cometer no resultó posible porque el objeto resulta inidóneo o lo es el medio empleado o en definitiva el propio sujeto, por lo que le corresponderá la pena prevista en el art. 44, párr. 4º del Código Penal.(ob. cit. p. 56).

⁵⁸⁶ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 368).

⁵⁸⁷ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 22); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 43); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 395).



también lo entienden Núñez ⁽⁵⁸⁸⁾ y Arocena ⁽⁵⁸⁹⁾. En contra, Breglia Arias - Gauna, quienes sostienen que no procede el dolo eventual sino que hay un error vencible de tipo, y no admitiéndose la forma culposa, la conducta es impune ⁽⁵⁹⁰⁾.-

Sentada la premisa de que el error de tipo es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. De ello se observa que no existiendo un querer en la realización del tipo objetivo no hay dolo, consiguientemente la conducta es atípica, debe considerarse que si bien hay una tipicidad objetiva no hay una tipicidad subjetiva por ausencia de dolo, entendido éste como el querer la realización del tipo objetivo y cuando no se sabe que se esté realizando ese tipo no puede existir un querer y no hay dolo, allí hay error de tipo.-

Cabe acotar que se sabe que el error es el conocimiento falso acerca de algo y la ignorancia es la falta de conocimiento de algo, pero desde el punto de vista del Derecho Penal los dos tienen el mismo efecto.-

Según Donna la falta de uno de los elementos del tipo objetivo determinado por la insuficiente edad de la víctima, impide admitir la eventual impunidad como delito tentado, como así también que el hecho signifique estupro consumado. En efecto, el sujeto activo que cree tener acceso carnal con mujer mayor de trece años y menor de dieciséis, y lo tiene con una niña menor de esa edad establecida por el art. 119, tercer párrafo del C.P., lleva a cabo una acción con el fin de cometer un delito determinado – estupro –, cuya consumación es imposible como tal por la falta de idoneidad del sujeto sobre el que recae la acción (art. 44, último párrafo del C.P.). “No hay motivos para dejar de pensar que quién ha dirigido su voluntad de realización a concretar un hecho que no pudo consumar, ya sea porque la imposibilidad provino del sujeto, del objeto atacado, o del medio empleado. De esta forma, Welzel cuando critica a la teoría de la ausencia del tipo dice: “...la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo, una tentativa, y aún en esos casos el autor cumple con ello...”. En consecuencia, no se excluye la punibilidad de la tentativa por ser inidónea; es decir, porque no pueda alcanzarse la consumación por la acción realizada por el autor. Ya hemos dado nuestra opinión sobre la tentativa inidónea, en el sentido de que es aquélla que bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito,

⁵⁸⁸ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 266).

⁵⁸⁹ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 51).

⁵⁹⁰ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1055).



sobre la base de que los elementos típicos representados por el autor en su dolo no se encuentran presentes, ya sea que el objeto sea inidóneo o lo sea el medio, o en definitiva el propio sujeto. Con estos elementos podemos afirmar que la tentativa inidónea es punible, ya que el Código Penal ha seguido un principio subjetivo al sostener la idea del castigo de la tentativa inidónea (delito imposible, en la terminología legal) del art. 44 del C.P.. Con lo cual, no hay duda de que estamos, en el tratado caso, en presencia de una tentativa inidónea de estupro, ya que manda, en todo caso, el dolo del autor”⁽⁵⁹¹⁾ ⁽⁵⁹²⁾.-

En lo atinente al error sobre la edad del sujeto pasivo se hace menester sentar algunos conceptos básicos para luego derivar en la dilucidación de cómo funciona aquel elemento en relación con las figuras progresivas que se han instituido en el art. 119.-

Es así que queda claro que cuando el autor desconoce – ignorancia – o conoce en forma equivocada – error – la realización de alguno de los elementos del tipo, ya sean ingredientes descriptivos o normativos⁽⁵⁹³⁾, se está ante lo denominado como error de tipo que funciona como excluyente del dolo insertado en el tipo subjetivo.-

Entiendo que lo que no se advierte con nitidez en las exposiciones que han brindado los autores que se han citado *ut - supra*, es la diferenciación, en cuanto al error de que se trata, en los casos del abuso sexual – figura básica – y el abuso sexual con acceso carnal –antigua violación – y el abuso sexual aprovechando la inmadurez de la víctima – estupro –. La cuestión difiere en el primero y los segundos, pero más específicamente entre el abuso sexual simple y el abuso sexual con acceso carnal. Pues, si bien el error en la edad de la víctima en el abuso sexual con acceso carnal puede dar lugar a alguna de las alternativas expuestas, en mi caso me inclino por la figura del estupro (art. 120)⁽⁵⁹⁴⁾ por las razones también expuestas por los que propugnan dicha tesis, la situación es totalmente

⁵⁹¹ DONNA Edgardo “*Derecho Penal. Parte especial*” t. I, 4ª edición actualizada y reestructurada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 589/590

⁵⁹² “Corresponde encuadrar el hecho como tentativa inidónea de estupro, si el sujeto activo que cree tener acceso carnal con mujer mayor de 13 años y menor de 16, y lo tiene con una niña menor de 13 años, ya que lleva a cabo una acción con el fin de cometer un delito determinado (estupro), cuya consumación es imposible como tal por la falta de idoneidad del sujeto sobre el que recae la acción (art. 44 último párrafo CP) (del voto de los Dres. Bossi y Días -MA)”. (T.O.Crim. Cap. Fed. N° 21, 17/9/2007, “Ruiz, Néstor Fabián”) WebRubinzal ppypenal37.5.4.r1.

⁵⁹³ La exclusión del dolo que tiene lugar por la deficiencia cognoscitiva del autor abarca tanto los elementos fácticos o descriptivos como los normativos del tipo objetivo, de tal manera que el error de tipo puede tener una raíz de derecho en atención a que la bipartición entre error de hecho y error de derecho ya ha sido abandonada y tales categorías no coinciden siempre con las de error de tipo y error de prohibición.

⁵⁹⁴ “Si actuó sin violencia, sin amenazas, y creyendo que la víctima tenía trece años de edad, su conducta antijurídica, debe quedar atrapada en la figura del estupro que implica seducción en lugar de violencia, aprovechando la corta edad



diferente en el caso del abuso sexual simple, ya que justamente una de las características de dicha figura es que no haya habido acceso carnal, de modo tal que no se puede adoptar la misma filosofía que para el caso del error en la edad en el abuso sexual con acceso carnal que podría configurar estupro. En tal inteligencia en el abuso sexual, en caso de existir un error sobre la edad de la víctima, el accionar del sujeto activo sería atípico, pues excluiría la conducta dolosa y no está contemplada la subsistencia para este caso de un tipo culposo, además que tampoco existe una figura atenuada, como se daría en la alternativa presentada entre la violación y el estupro. “La falta de adecuación del hecho concreto a la descripción abstracta contenida en el tipo penal – sea objetivo o subjetivo – nos pone en presencia de la *atipicidad* de la conducta del sujeto, que excluye su delictuosidad penal, aunque puede quedar subsistente su ilicitud (en su caso culposa) y la consiguiente responsabilidad civil resarcitoria” ⁽⁵⁹⁵⁾.-

e). Mayoría de edad del sujeto activo.

La forma de expresar este concepto dio lugar a algunos argumentos un tanto dubitativos respecto a si la expresión aludida estaba referenciada al mero hecho de que el autor tenga más edad que la víctima. Así deslicé esta opinión ⁽⁵⁹⁶⁾ la cual no fue desechada por Clemente ⁽⁵⁹⁷⁾. Sin embargo, me veo obligado a rever tal posición, pues en realidad a lo que parece aludir la norma es a la “mayoría de edad” que se adquiere a los dieciocho años, pues si sólo fuera menester una mera diferencia de edad entre el sujeto activo y la víctima que importe una relación de predominio, como bien lo apunta Arocena se estaría contemplando dos veces el mismo caso, ante la hipótesis prevista de la relación de preeminencia ⁽⁵⁹⁸⁾. En realidad asevera este autor que la alocución “aprovechándose de su inmadurez sexual en razón de la mayoría de edad, su relación de preeminencia y otra circunstancia equivalente”, comprende toda situación que pueda valerse del agente para aprovechar

de la víctima, artículo 120 del Código Penal, y no en la violación como viniera requerido a juicio. Este convencimiento del inculpado en cuanto a la edad de la víctima constituye uno de los elementos del tipo penal, del artículo 119. El estupro requiere que haya acceso carnal con una mujer honesta, mayor de 12 años y menor de 15. El convencimiento del autor en cuanto a la edad de la víctima que lo hace actuar en consecuencia, constituye un error exculpante, por lo cual debe tener acogida tal versión en su totalidad. La conducta del encartado debe calificarse como estupro, previsto en el artículo 120 del Código Penal”. (C. Crim. 1°, Sala I, Paraná, Entre Ríos, 08/07/1994, “R. E. R. s/ violación en forma reiterada”) WebRubinzal ppypenal37.5.1.r6.

⁵⁹⁵ LASCANO (h) Carlos (ob. cit. t. I, p. 306).

⁵⁹⁶ FIGARI Rubén “Casuística...” (ob. cit. p. 390).

⁵⁹⁷ CLEMENTE José (ob. cit. p. 132).

⁵⁹⁸ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 101).



la inmadurez sexual de la víctima, la cual se puede dar aún no siendo mayor de edad el sujeto activo. Villada comparte esta observación y agrega que tampoco la mayoría de edad – dieciocho años – implica cierta y automáticamente el autor sea “experto o tenga relación de preeminencia sobre la víctima”, aunque constituya una fuerte presunción en tal sentido, más aún, un sujeto activo de diecisiete años de edad puede hacer vales perfectamente circunstancias de preeminencia o equivalente sobre una víctima de catorce años ⁽⁵⁹⁹⁾. Por otra parte, esta es la posición adoptada por la mayoría de los autores ⁽⁶⁰⁰⁾.-

f). Relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente.

Según Reinaldi esta situación se da cuando el autor se encuentra en una posición de superioridad, prevalencia o prerrogativa frente al menor, cualquiera sea la causa que pueda haberla originado. Por tal razón puede emerger de una relación parental, de tutoría o curatela, del encargo de la educación o de la guarda o por una relación de índole religiosa, laboral, funcional o de otra naturaleza y de tales circunstancias no debe abusarse coactiva o intimidatoriamente. También sostiene que esa relación de preeminencia puede tener origen en otros vínculos tales como la adopción, puede haber otras relaciones de superioridad que no nazcan de los mismos vínculos que la ley reparó para agravar la pena como es el caso de la persona unida sentimentalmente con uno de sus progenitores que no revistan el carácter de encargado de la guarda suya ⁽⁶⁰¹⁾.-

Cabe destacar que dichas circunstancias deben ser determinadas en cada caso particular mediando la prudente valoración judicial pues está referida a una ventaja objetiva que se expande sobre la inexperiencia de la víctima menor de dieciséis años.-

⁵⁹⁹ VILLADA Jorge (ob. cit. p. 267)

“Las circunstancias señaladas por la ley como reveladoras del aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (mayoría de edad del autor, o la relación de preeminencia de éste u otra equivalente) son alternativas. No forzosamente acumulativas. En consecuencia la falta de una de ellas, como la mayoría de edad, no impide aceptar que hubo aprovechamiento si se da alguna de las otras circunstancias que, para la ley, lo pone de manifiesto. La expresión “preeminencia” alude a una situación de privilegio, de ventaja, que tiene una persona sobre otra” T.S.J Córdoba – Ch. E.J.s abuso sexual con acceso carnal – 30/04/13, Seminarios Oficiales Poder Judicial Córdoba, R.C.J 361/14

⁶⁰⁰ DONNA Edgardo (ob. cit. ps. 114/115); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 58); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 162); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 100); TENCA Adrián (ob. cit. p. 134); PARMA Carlos (ob. cit. p. 105); BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1067); D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 185); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 219); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 469); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 149); DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 122/123) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 670).

⁶⁰¹ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 164/165). Según DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio y BAIGÚN David- ZAFFARONI Eugenio (ob. cit. p. 670) la hipótesis de la relación de preeminencia con la víctima es independiente del aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima y asimismo, la ley no la limita a una relación de parentesco, legal o de hecho como lo enumera taxativamente el art. 119. (ob. cit. p. 123).



Debe existir un aprovechamiento de tal situación, ello es, sacar una ventaja o partido de una determinada situación de hecho que implica algo más que la antigua seducción presunta, sino más bien el llamado “prevalimiento” ⁽⁶⁰²⁾ a que hace alusión el Código Penal Español ⁽⁶⁰³⁾. “El aprovechamiento debe manifestarse a través de conductas tendientes a lograr el consentimiento de la víctima. Debe aceptarse que no resulta igual la utilización de cualquier medio para que se configure el aprovechamiento exigido por el estupro, sino que cuanto mayor sea la inexperiencia por inmadurez del sujeto pasivo, menores serán las exigencias para considerarla seducida y viceversa” ⁽⁶⁰⁴⁾.-

El concepto “otra circunstancia equivalente” se refiere a situaciones análogas y da la pauta de que la enumeración es ejemplificativa y no taxativa, como ya se dijo anteriormente ⁽⁶⁰⁵⁾ ⁽⁶⁰⁶⁾.-

⁶⁰² “A efectos de la configuración del delito de estupro consignado en el art. 120 del Cód. Penal se requiere inmadurez sexual de la víctima y un aprovechamiento de tal circunstancia por parte del sujeto activo, el cual no es presumido con carácter vinculante por la ley, sino que debe ser probado en cada caso”. (C.N. Crim. y Correc., sala V - 26/09/2006 - D., A. M.) LL 02/02/2007, 02/02/2007, 7 - LL 2007-A- 568.

⁶⁰³ CLEMENTE José (ob. cit. p. 132). Art. 181.3: “3... La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima...”. A diferencia de lo que sucede en los supuestos anteriores aquí sí hay consentimiento, de lo viciado por encontrarse el sujeto activo en una situación de superioridad respecto a la víctima, que puede ser cualquier persona mayor de dieciséis años y el sujeto activo puede ser, cualquier persona pero debe estar en una relación especial con el activo, o sea, debe tener una posición de superioridad no siendo relevante las causas que originen dicha superioridad. No basta con que haya una mera relación entre los dos sujetos, sino que esta sea de tal envergadura, que origine una superioridad del sujeto activo sobre el pasivo que determine en éste su consentimiento para el acto sexual. “En el art. 181.3 se incluyen, por tanto, casos que llegan a nivel de agresión sexual porque la intimidación no tiene la gravedad necesaria, pero en lo que sí hay una situación de superioridad de un abuso de la misma (jefe sobre empleado/a, profesor sobre alumno/a) que puedan coartar la libertad de la víctima (*metus reverenciaris*, miedo a perder el empleo o a una mala nota etc.) (Cfme. MUÑOZ CONDE Francisco ob. cit. ps. 202/203).

⁶⁰⁴ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 119).

⁶⁰⁵ “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 forma de evitar la penalización de las simples relaciones sexuales entre los jóvenes” (Cfme. BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal...” ob. cit. p. 413). “Una situación equivalente a las anteriores puede ser la que se funda en un especial afecto o un temor reverencial que un menor sienta por una persona a la que no está subordinada jerárquicamente en el campo laboral, escolar u otro, pero que le otorga ventajas a ésta para obtener de aquél su consentimiento para realizar actos sexuales, aprovechándose de su inmadurez en lo relativo al sexo. Ese aprovechamiento vicia el consentimiento dado por la víctima, lo que lo torna jurídicamente irrelevante” (Cfme. REINALDI Víctor ob. cit. ps. 165/166).

⁶⁰⁶ 1- “La condición equivalente contenida en el art. 120 del Cód. Penal remite a aquellos ámbitos de relación en donde no existe una situación estipulada de prevalencia del autor sobre el menor víctima como los señalados en dicha norma – en el caso, se revocó la resolución que condenó al imputado, de 20 años de edad al momento de los hechos, como autor del delito de estupro y respecto del cual la menor, que había consentido el acto sexual, tenía un conocimiento superficial del acusado y al cual le había efectuado confidencias en una oportunidad – y puede fincar en un especial afecto o en un temor reverencial que un menor sienta por una persona a la que no está subordinada jerárquicamente en el campo laboral, escolar u otro, pero que le otorga ventajas”. (T.S.J. Córdoba, sala penal - 10/12/2008 - Herrera, Luis Miguel) LL Online.



Luego de todo este parlamento es dable preguntarse si esas situaciones de preeminencia que se han mencionado con relación, por ejemplo como lo hace Tenca, a los ascendientes, descendientes, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o guarda ⁽⁶⁰⁷⁾ no se superponen con las agravantes previstas en el mismo art. 120. Es decir, que estarían consignadas dos veces las mismas conductas. De allí que para un mejor entendimiento de la normativa y para evitar este tipo de problemática, entiendo que la situación de preeminencia debe estar más vinculada a lo que se ha mencionado como prevalimiento o aprovechamiento, asociado con las denominadas "presiones difusas" ⁽⁶⁰⁸⁾. En contra, Tenca para quién no existe dicho concepto en el Código Penal y que la palabra preeminencia no cumple otra finalidad que la de restringir el tipo penal limitando la seducción real o verdadera ⁽⁶⁰⁹⁾.-

VI-V.- Consentimiento.

Sobre este concepto se puede adunar que es necesario toda vez que marca la diferencia con el abuso sexual con acceso carnal coactivo. De tal manera que el sujeto pasivo debe consentir la realización del acto, si bien se trata de un consentimiento viciado por alguna de las circunstancias ya enumeradas, esto es: la mayoría de edad del sujeto activo, relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente; si el consentimiento es libremente prestado por el menor sin que hayan existido aquellos componentes, queda eliminada la tipicidad de la conducta. Es así que, tal como lo apunta Buompadre que no es factible interpretar en forma mecánica que el sujeto activo por ser mayor de edad debe presumirse que se aprovechó de la víctima. "La mayoría de edad puede ser, a lo

2- "La expresión "circunstancia equivalente" contenida en el art. 120 del Cód. Penal requiere, dada su indeterminación, que se encuentre conectada a alguna de las que expresamente se encuentran previstas como situaciones de desigualdad: esto es la mayoría de edad, o la relación de preeminencia, mas si la edad es sólo tasada para inferir la desigualdad a partir de la mayoría de edad, no es correcto tomar una edad inferior - en el caso, se absolvió la sentencia que condenó al imputado, de 20 años de edad al momento de los hechos, como autor del delito de estupro - para llenar el contenido de la "circunstancia equivalente". (T.S.J. Córdoba, sala penal - 10/12/2008 - Herrera, Luis Miguel) LL Online.

3- "Comete el delito previsto y reprimido en el art. 120 del Cód. Penal, que describe el abuso sexual con acceso carnal por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, el autor que era mayor de edad y tenía una relación de preeminencia respecto de una menor - en el caso, de 14 años que quedó embarazada -, aprovechándose de su inmadurez y de su leve disminución, pues el nuevo texto contempla como sujeto pasivo a cualquier persona menor de dieciséis años, de uno u otro sexo, en cuanto pueda ser catalogada como sexualmente inmadura, incluyéndose dentro del elemento subjetivo el aprovechamiento de esa condición". (T.Crim. 2ª Nominación Catamarca - 07/05/2004 - Reales, Horacio A.) LLNOA 2004 - 1351.

⁶⁰⁷ TENCA Adrián (ob. cit. p. 135).

⁶⁰⁸ FIGARI Rubén "Casuística..." (ob. cit. p. 390).

⁶⁰⁹ TENCA Adrián (ob. cit. p. 136).



sumo, un elemento indiciario de la obtención del consentimiento de la víctima, pero no, por esa sola razón, debe automáticamente pasar a constituirse en una presunción *juris et de iure*. En el proceso judicial deberá someterse a comprobación, independientemente de la conducta sexual abusiva de que se trate, la existencia o inexistencia de inmadurez sexual del menor y la existencia o inexistencia del aprovechamiento de tal inmadurez por parte del sujeto activo, demostración que estará a cargo, naturalmente, de la acusación. Si los hechos de la causa demuestran que el consentimiento fue libremente prestado, porque no hubo tal inmadurez sexual o aprovechamiento por parte del sujeto activo, la conducta sexual será atípica” (610).-

Por mi parte puedo agregar que el consentimiento es un elemento que no se lo tiene muy en cuenta como integrativo del tipo, pues se parte de la base de que el mismo padece de cierto menoscabo fruto de la propia inexperiencia. Pero es del caso que el mismo es relevante, pues hace la diferenciación con la violación y el abuso coactivo (611) (612).-

VI-VI.- Sujeto activo.

⁶¹⁰ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 414).

⁶¹¹ FIGARI Rubén “*Casuística...*” (ob. cit. p. 377).

⁶¹² 1- “Corresponde calificar la conducta del imputado como abuso sexual con acceso carnal por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, previsto en el art. 120 Cód. Penal, si resultó demostrada la ilicitud del acceso carnal, que no proviene de la ausencia de consentimiento válido de la víctima, sino de la existencia de un consentimiento insuficiente, por haber sido prestado por una persona -en el caso, niña de 14 años de edad que quedó embarazada- a quien que la ley presume como desconocedora de las consecuencias del acto”. (T. Crim. 2a Nominación Catamarca - 07/05/2004 - Reales, Horacio A.) LLNOA 2004- 1351.

2- “Mientras que en el delito de violación, la relación con una persona menor de 12 años lleva insita, con carácter de presunción *jure et de jure* la violencia supuesta, la que permitía entender que el menor de esa edad no tenía capacidad fáctica para consentir el acto, existiendo presunción de violencia por vía irrefragable, en el caso del estupro, del que únicamente pueden ser sujeto pasivo y activo respectivamente una mujer y un hombre, la primera mayor de 12 y menor de 15 años, la violencia tipificante de la violación debe ser probada, existiendo como presunción en la integración de esta figura, en su defecto, el consentimiento el que no despenaliza la acción, pero sí mengua su reprochabilidad (Del voto en disidencia parcial del doctor Rosello)”. (C. Crim. 1a Nominación Catamarca - 16/03/2006 - Mercado, Pedro A. y otro) LLNOA 2006- 932.

3- “Corresponde disponer la absolución del acusado por el delito de abuso sexual cometido mediante acceso carnal con aprovechamiento de la inmadurez sexual de una menor que, habiendo cumplido los trece años de edad, lo consintió, toda vez que al momento del examen médico la víctima presentaba desfloración de antigua data y los exámenes psiquiátricos y psicológicos determinaron su madurez psicosexual”. (T. Casación Penal Buenos Aires, sala I - 28/08/2003 - O., C. A. s/rec. de casación) LLBA 2004- 181 - LL 2004-D- 130, con nota de Eduardo Aguirre Obarrio.

4- “Corresponde absolver a quien se encuentra imputado en orden al delito de abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima que consiente - art. 120, Código Penal -, ya que la menor no era sexualmente inmadura, lo cual se infiere a partir de las declaraciones testimoniales de ella misma y de su madre, y tampoco hubo un intento de aprovechamiento por parte del acusado, desde que la propia niña reconoció haber tenido la iniciativa de comenzar una vida en pareja con el imputado”. (T.Crim. Tandil - 15/06/2006 - A., J.R.) LLBA 2007- 239.



Como en esta figura están previstas dos acciones tales como el abuso sexual con acceso carnal y el abuso sexual gravemente ultrajante, se hacía menester hacer una diferenciación en cuanto a las posibilidades del sexo del sujeto activo, pues en este último se había dicho que el sujeto pasivo podía ser tanto el hombre como la mujer mientras que en el abuso con acceso carnal por cualquier vía se había adoptado la posición de que sólo podía ser el varón, pues era quien estaba en condiciones de llevar a cabo el acceso, era quien estaba en condiciones de introducir el órgano sexual.-

Por su parte Reinaldi entendía que el sujeto activo puede ser tanto el hombre como la mujer que hayan alcanzado la mayoría de edad, es decir, a la medianoche del día en que se cumplió dieciocho años o que no tenga aún esa edad y por lo tanto sea menor pero tenga relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente. “Estas pautas dadas por la ley para determinar la existencia de aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, son alternativas. No son forzosamente acumulativas. En consecuencia, la falta de una de ellas, como la mayoría de edad, no impide aceptar que hubo aprovechamiento si se da alguna de las otras circunstancias que, para la ley lo pone de manifiesto” (613). En contra Gavier (614).-

Creus - Buompadre con sus apreciaciones dejaban entrever que lo que puede ser más difícil de interpretar es la expresión “*en razón de la mayoría de edad del autor*”, lo que, en principio estaría significando que el “*aprovechamiento*” sólo sería típicamente vigente cuando el autor fuese mayor de edad; por tanto en el supuesto del “*aprovechamiento de la inmadurez de la víctima*” la ley requeriría un autor calificado, lo que no deja de ser algo no del todo razonable, pero con arreglo al texto, sujeto activo sólo puede ser una persona mayor de dieciocho años. La verdad sin embargo, es que se hace difícil pensar en un significado distinto del expuesto (615).-

En realidad todo este cúmulo de argumentaciones actualmente no tiene mayor sentido pues ya se ha dicho que tanto en el abuso sexual gravemente ultrajante como en el abuso sexual con acceso carnal o con la introducción de objetos u otras partes del cuerpo en la vagina, ano o boca el sujeto activo es indiferenciado.-

⁶¹³ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 151/152); CLEMENTE José (ob. cit. p. 133); BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 1067); D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 261); VILLADA Jorge “*Delitos Sexuales*” (ob. cit. p. 160).

⁶¹⁴ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 58).

⁶¹⁵ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 219).



VI-VII.- Sujeto pasivo.

Anteriormente se exigía que el sujeto pasivo fuera una mujer “honesta”, al ser desplazado este concepto, el paciente puede ser tanto un hombre como una mujer que sean mayor de trece y menor de dieciséis años e inmaduros sexualmente.-

La doctrina discutía el tema de la seducción, tanto presunta como real y algunos autores, aún con la reforma, reflatan el tema aduciendo que existe con la nueva redacción una seducción real ⁽⁶¹⁶⁾. Algo ya se adelantó *ut-supra* en el sentido de que no se advierte que para la nueva redacción sea necesaria la seducción real sino una suerte de prevalimiento; pero para una mayor comprensión resulta sumamente interesante lo aportado por Arocena, quien aborda el tema con absoluta solvencia. El mentado autor, primero distingue en qué consiste la seducción real y la presunta; para la primera se requiere que el autor deba lograr el sometimiento sexual gravemente ultrajante o el acceso carnal engañando o persuadiendo a la víctima y el Juez debe probar como extremo del delito el engaño o la persuasión. En la segunda, en cambio, la ley presume *juris et de iure*, no la existencia del engaño o persuasión, sino que la víctima por su inexperiencia, cede seducida por la propia naturaleza del acto sexual o por la seducción del autor. En este aspecto la ley no requiere una concreta conducta seductora desplegada por el agente. “Exige *menos que eso*. En los términos de la fórmula vigente, sólo debe mediar *aprovechamiento del autor de la situación de superioridad que tiene respecto de la víctima*, el que, por cierto deberá ser debidamente acreditado por el Juez. Únicamente ese extremo deberá probarse y no una *seducción real* cuya existencia no impone de modo expreso el tipo penal, ni surge del *sentido* de la acción prohibida que describe la norma. A más de ello, si la seducción consiste en “*la persuasión por halagos, lisonjas o mañas*”, no parece irrazonable sostener que aquel aprovechamiento podría acaso obedecer a otras circunstancias diversas del despliegue seductor del actor y, quizás, vinculadas con cierta **presión difusa** del sujeto activo sobre la víctima – circunstancia esta a la que también se aludió *ut-supra* – ... La sola exigencia del aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, entendemos, no configura al sistema de la ley como de *seducción real*, pues ésta, al demandar *que se acredite el engaño o la persuasión mediante los cuales el autor llevó a cabo la acción prohibida exige más que ese mero aprovechamiento*” ⁽⁶¹⁷⁾.-

⁶¹⁶ TENCA Adrián (ob. cit. p. 136); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 469); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 146). DONNA Edgardo (ob. cit. p. 118) aunque este autor si bien habla de seducción real acota que lo que el Juez debe acreditar es el aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la víctima para lo que estima relevante escudriñar los medios de los que se valió el agente.

⁶¹⁷ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 103 y sgtes).



VI-VIII.- Si no resultare otro delito más severamente penado.

Tazza refiere que el presente artículo contiene una relación de subsidiariedad expresa y restringida que excluye su propia aplicación típica a aquellos supuestos en los que, acciones típicas, resulte un delito más severamente penado que éste. “Si tenemos en cuenta que este ilícito contiene una penalidad que va desde los tres a los seis años de prisión, debemos concluir que no se aplicará el delito de estupro cuando se produzca un abuso sexual que sea gravemente ultrajante (2º párr. del art. 119) ya que prevé una pena de cuatro a diez años de prisión, o incluso cuando se den las circunstancias de la violación (3º párr. del art. 119) dado que contiene una pena de seis a quince años de prisión. Es por ello que anteriormente decíamos que no había que confundir las acciones típicas constitutivas de este ilícito con los delitos de los apartados del artículo anterior, puesto que, de requerir para el estupro que hubiese primero un abuso gravemente ultrajante o una violación, se llegaría al absurdo de la inaplicabilidad eterna de esta figura penal. Por tanto, y en orden a mantener la coherencia de la sistemática penal en esta clase de hechos punibles, creemos que los actos constitutivos del delito de estupro no se identifican técnicamente con los delitos previstos por el artículo 119, 2º y 3º párrafos del Código Penal, sino sólo exclusivamente con los actos allí mencionados” (!) ⁽⁶¹⁸⁾.-

Al decir verdad la subsidiariedad prevista en la última parte de la norma resulta una redundancia pues se está ante un ilícito penal totalmente autónomo. Es así que el estupro contiene una modalidad de abuso sexual grave o gravemente ultrajante o con penetración – acceso carnal o introducción de objetos u otras partes del cuerpo en la vagina, el ano o la boca de la víctima – llevado a cabo con el consentimiento – viciado – de aquélla inexperta, menor de dieciséis años, de lo que se aprovecha el sujeto activo y consecuentemente faltando algunos de estos elementos no se puede considerar que puede ser confundida con otra figura o, en su defecto que la acción disvaliosa quede encasillada por otro tipo penal inherente a esta clase de delitos, con excepción de casos muy singulares tales como se pruebe la falta de consentimiento de la víctima, incurriéndose en la normativa prevista en el art. 119 2º párr. del C.P ⁽⁶¹⁹⁾.-

⁶¹⁸ TAZZA Alejandro (ob. cit. t. I, ps. 420/421)

⁶¹⁹ En esta misma línea de pensamiento se ubica VILLADA Jorge (ob. cit. p. 273)



VI-IX.- Tipo subjetivo.

Se trata de un delito de perfil doloso ya que el sujeto activo debe tener un conocimiento al realizar las acciones típicas de que se trata de una persona menor de dieciséis años, cuyo consentimiento se ha logrado aprovechándose de la inmadurez sexual. Ese aprovechamiento se circunscribe a algunas de las hipótesis o circunstancias de superioridad que la ley dispone. “Al requerir *aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima* la ley dota de caracteres particulares al tipo subjetivo del delito, en función de *un componente distinto del dolo*, consistente en un *ánimo del autor* que integra el *sentido* del acto. En razón de ese elemento subjetivo del tipo, no bastará el conocimiento de las situaciones de superioridad que menciona la ley sino que el autor deberá valerse de éstas para lograr *aprovecharse de la inmadurez sexual del sujeto pasivo* ... El autor debe *prevalerse* de aquella *situación objetiva de superioridad* para conseguir el fin apuntado” ⁽⁶²⁰⁾ ⁽⁶²¹⁾.-

Bonelli estima que este delito, refiriéndose al antiguo estupro, sólo puede imputarse por dolo, sin embargo no requiere que el mismo sea específico bastando el genérico ⁽⁶²²⁾. En igual sentido Vázquez Iruzubieta ⁽⁶²³⁾; Núñez ⁽⁶²⁴⁾. Arocena admite el dolo eventual ⁽⁶²⁵⁾ y la duda acerca de los elementos del tipo no equivale a error ⁽⁶²⁶⁾.-

⁶²⁰ Idem (ob. cit. p. 105 y sgtes.); GAVIER Enrique (ob. cit. p. 58); BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 414); REINALDI Víctor (ob. cit. p. 166); CLEMENTE José (ob. cit. p. 139); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 273); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 220); FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 109); FIGARI Rubén “*Casuística...*” (ob. cit. p. 390); SPINKA Roberto (ob. cit. t. I, p. 268).

⁶²¹ 1- “Conforme la nueva redacción del Art. 120 CP, el elemento subjetivo del “aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima” por parte del autor no es presumido con carácter vinculante por la ley, sino que debe ser probado en cada caso concreto (del voto del Dr. Barroetaveña - MI)”. (T.O.Crim. Cap. Fed. N° 21, 17/9/2007, “Ruiz, Néstor Fabián”) WebRubinzal ppypenal37.5.3.r2.

2- “Si el imputado (un hombre mayor de más de setenta años) seduce con gratificaciones dinerarias a una niña careciente y de ese modo logra el trato sexual, sabe que el consentimiento que ella presta no es libre sino que se encuentra claramente direccionado por la recompensa que necesita para paliar sus necesidades: así se evidencia, en el caso concreto, el aprovechamiento requerido por el artículo 120 del Código Penal. (del voto de la Dra. Cafure de Battistelli -SD-)”. (T.S.J. Córdoba, Sala Penal, 07/03/2007, “Bidondo, Héctor Raúl p.s.a. abuso sexual con acceso carnal - Recurso de Casación”) WebRubinzal ppypenal37.5.3.r1.

⁶²² BONELLI Mario “*Violación - estupro - abuso deshonesto*”, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 112.

⁶²³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA Carlos (ob. cit. p. 287)

⁶²⁴ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 295)

⁶²⁵ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. p. 123) y en BAIGÚN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección TERRAGNI Marco (Coordinación) (ob. cit. t. 4, p. 671) D`ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 186). BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal...*” (ob. cit. p. 414) lo descarta. DONNA Edgardo (ob. cit. p. 119) requiere dolo directo al igual que CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 220); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 273); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 471); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 149)

⁶²⁶ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 107).



VI-X.- Consumación y tentativa.

La acción típica tiene lugar cuando el acceso carnal el sometimiento sexual gravemente ultrajante se consuma llevando a cabo el aprovechamiento de la víctima mayor de trece y menor de dieciséis años.-

Si el objetivo del sujeto activo fue el de consumir un sometimiento gravemente ultrajante o el acceso carnal y ello no tuvo lugar por una circunstancia ajena a la voluntad, desde luego se está en presencia de un caso de conato (art. 42 del C.P.). Es menester tener presente que sólo los actos inmediatos al abuso sexual con acceso carnal al abuso sexual gravemente ultrajante podrán considerarse tentativa. Ahora bien, los actos que integran el proceso para obtener el consentimiento del menor no implican un abuso deshonesto pues precisamente hay un consentimiento.-

VI-XI.- Concurso con otros delitos.

Con respecto al concurso que pueda existir entre este ilícito que se está tratando y otros, también debe hacerse remisión a lo expuesto *ut-supra*, evitando de esta manera caer en reiteraciones. Simplemente cabe consignar que si el estupro es precedido por un rapto del menor (art. 131) el concurso se da en forma real (art. 55) ⁽⁶²⁷⁾.-

V-XII.- Agravantes.

En el párrafo segundo del mencionado art. 120 se normativizan las agravantes haciendo remisión a los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del art. 119 y también el art. 124 alude al 120 cuando se produzca la muerte de la víctima.-

En cuanto a las agravantes señaladas son las ya estudiadas anteriormente y se tratan: del grave daño en la salud física o mental de la víctima, las vinculaciones entre el sujeto activo y pasivo, el conocimiento por parte del autor de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y la existencia de peligro de contagio ⁽⁶²⁸⁾, la comisión del delito por personal perteneciente a las

⁶²⁷ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 122)

⁶²⁸ "Corresponde condenar en orden al delito de estupro reiterado en concurso real con ejercicio ilegal de la medicina - arts. 120 y 208 inc. 1, Cód. Penal - al imputado que durante las prácticas de curanderismo, y a sabiendas de ser portador de una enfermedad venérea, mantenía relaciones sexuales con menores, toda vez que los testimonios de las



fuerzas policiales o de seguridad actuando en ocasión de sus funciones y la comisión del abuso contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente ⁽⁶²⁹⁾.-

Como aseveran Arocena y Reinaldi al abordar el tema de la muerte de la persona ofendida, que no es fácil concebir que ocurra el deceso como consecuencia de un acceso carnal consentido, en realidad lo que puede darse es un homicidio *criminis causae* encuadrable en el art. 80 inc. 7º del C.P. que concurrirá materialmente con el abuso sexual del art. 120 ⁽⁶³⁰⁾.-

Tenca critica en forma total todas las agravantes consignadas en la ley porque son las que se asimilan al art. 119 y dice que el legislador no advirtió que esas agravantes hacen al abuso sexual no consentido, circunstancia que difiere totalmente de la del art. 120, cuya característica es precisamente el consentimiento. Lo mismo acontece con lo dispuesto por el art. 124 ⁽⁶³¹⁾. Aunque, es válido tomar en consideración que a partir de la reforma del art. 119 2º párr. por parte de la ley 27.352 mediante la cual se incorpora la posibilidad de la introducción de objetos en la vagina y en el ano de la víctima, no obstante en este caso de estupro en que hay consentimiento, dada la modalidad mencionada es factible en la propensión de la causación de algún tipo de heridas que pudieran provocar desangramientos y eventualmente llevar a la muerte. Es una hipótesis, no necesariamente debe ocurrir eso, aunque no debe descartarse.-

VI- XIII.- Acción penal.

De acuerdo a la redacción actual del art. 72: *“Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del*

víctimas y los familiares que las acompañaron a las sesiones, los cuales no se conocen entre sí, resultan contestes y concuerdan en cuanto a la materialidad de los hechos y la autoría del encartado, todo ello sumado a que ninguna de las pericias médicas niegan el acceso carnal”. (S.T.J Río Negro, sala Penal - 27/06/2007 - Q.C., F.F.) DJ 2007-III- 1030.

⁶²⁹ “Resulta improcedente calificar el delito cometido por el imputado en el supuesto contemplado en el inciso f) del artículo 119, cuarto párrafo del Código Penal, referido al aprovechamiento por parte del sujeto activo de la situación de preexistente convivencia con la menor víctima – en el caso, se lo condenó por el delito de estupro – si, pese a encontrarse la menor en un estado de alta vulnerabilidad, no puede afirmarse que la consecución de los hechos aberrantes hayan estado precedidos y causalmente motivados por esta estabilidad habitacional propia de la convivencia de los sujetos activo y pasivo”. (C. 2a Crim. Salta - 02/11/2005 - Vargas, Felipe) LLNOA 2006-507, con nota de Jorge Luis Villada; LLNOA 2006 - 424.

⁶³⁰ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 170); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 108); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 121) quien basado en su hipótesis de la presencia de la seducción no considera que la misma se puede lograr por medio de la violencia, por ende no es pensable que en el delito de estupro, en el cual, según su óptica, existe la seducción, al mismo tiempo existe violencia que cause la muerte, ya que el tipo penal se convertiría en violación. Por lo tanto, la muerte será siempre un homicidio que concurrirá realmente con el tipo de estupro.

⁶³¹ TENCA Adrián (ob. cit. p. 138).



Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91...En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”.-

Como principio general la acción penal es de carácter público, de modo que su ejercicio es responsabilidad de los órganos públicos encargados de incoarla, impulsarla o hacerla progresar de oficio. Por ende, por excepción la ley admite, en ciertos casos, que la iniciativa quede en manos del agraviado o de sus representantes quienes deben acreditar su respectiva calidad y formular denuncia o acusación para legitimar la actuación de los órganos que tienen a su cargo la investigación o la persecución del supuesto delito y del presunto responsable ⁽⁶³²⁾. Así, de acuerdo al art. 6 del C.P.P.N. la acción penal dependiente de instancia privada no se podrá ejercitar si las personas autorizadas por el Código Penal no formularen denuncia ante la autoridad competente.-

De acuerdo al inc. 1º se reputan delitos dependientes de instancia privada los tipos penales que se vieron en el art. 119 – abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal –, en el art 120 – abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima – y en el art. 130 – raptó propio e impropio –.-

Pero, la misma norma lo explica, en el caso de dichos delitos, cuando resulte la muerte o las lesiones mencionadas en el art. 91 – gravísimas – la acción se iniciará de oficio, esto acontece debido a que el resultado impide que la acción dependa de la instancia privada, si se trata de la consecuencia inmediata o mediata de los delitos enunciados.-

En el penúltimo párrafo, primera parte, se dispone que el acto de instancia sólo puede realizarse por medio de una “acusación o denuncia”. La primera, supone la promoción de una querrela que constituye un acto formal mediante un escrito por el cual la víctima o sus representantes acusa al imputado/s de haber perpetrado una infracción en su contra, de conformidad a los arts. 82 a 86 del C.P.P.N.. “... la querrela es una acusación contra el presunto responsable por el delito cometido contra el ofendido, que implica el ejercicio de la pertinente acción penal y que liga al querellante al

⁶³² BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob cit. p. 666).



proceso y, por consiguiente, lo somete a la jurisdicción del tribunal” (633). En cambio, la denuncia no requiere tales formalidades ya que consiste en el mero anoticiamiento que se hace a la autoridad judicial o policial del hecho cometido y en tal circunstancia el denunciante deberá expresar su voluntad de que se proceda a formar causa por tal hecho aunque no se haya podido individualizar al autor o autores o partícipes del presunto ilícito. La víctima o su representante debe informar su deseo de ejercer la acción penal y pedir que se investigue el suceso que la agravia, por ello, como se dijo, no se requiere una forma sacramental o especial, sino que se ponga en evidencia en forma inequívoca la voluntad de que se proceda en el sentido indicado – interés en instar –. La denuncia debe ser hecha ante la autoridad competente y de acuerdo a las formalidades que establece la ley procesal – art. 175 C.P.P.N. –, pero si al declarar como testigo en sede judicial o policial, la víctima manifiesta en términos inequívocos su voluntad de que se investigue el hecho cuya persecución depende de instancia privada, se considera que hay una verdadera denuncia o instancia de acuerdo al Código Penal (634) (635).-

La formulación de la denuncia es un acto que no se presume ni se supone y si en forma efectiva no se ha verificado este requisito que legitima la actuación pública estatal, lo actuado es nulo. Cabe resaltar que una vez promovida la instancia la misma es irrevocable porque su formulación ya ha excluido el obstáculo para la persecución pública del delito denunciado, potestad de la que no puede ser despojada la autoridad pública. Hecha una denuncia policial el delito puede ser perseguido policial o judicialmente, contrariamente, efectuada la denuncia judicialmente, sólo es admisible la persecución judicial, ya que abocada la justicia a su conocimiento, no puede desprenderse de su competencia a favor del fuero policial. La instancia debe tener por objeto el delito o delitos determinados (636).- Sólo puede instar la acción la persona agraviada y en caso de que ésta sea incapaz o menor de dieciocho años lo podrán hacer su tutor, guardador o representantes legales sin que ello implique un orden de prelación. En cuanto a la individualización y carácter de los mencionados me remito a lo expuesto en el comentario del art. 119 inc. b) y en el caso de los

⁶³³ NUÑEZ Ricardo “*Las disposiciones generales del Código Penal*” Ed. Lerner, Córdoba, 1988, p. 317).

⁶³⁴ CLARIA OLMEDO Jorge “*Acción penal dependiente de instancia privada*” J.A. 1971- 44/65.

⁶³⁵ “Corresponde considerar debidamente instada la acción penal por el delito de abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de una menor de edad si, en su declaración, la madre fue interrogada con relación a si instaba la acción, respondiendo afirmativamente, sin que a ello obste que haya sido el hermano el que efectuara la correspondiente denuncia en un primer momento – en el caso, se dejó sin efecto la sentencia que declaró la nulidad de todo el procedimiento ante el pedido efectuado por la defensa del imputado, al momento de alegar en la audiencia de debate –, pues para la instancia basta con que obre en el proceso una manifestación clara e inequívoca mediante la cual se pone en conocimiento la existencia del hecho delictivo para que se lo investigue”. (T.S.J Córdoba, sala penal - 12/08/2008 - M., O. G.) LL Online.

⁶³⁶ NUÑEZ Ricardo “*Las disposiciones...*” (ob. cit. ps. 318/319).



representantes legales se encuentran en primer término el padre y la madre quienes ejercen en forma conjunta la patria potestad aunque no se hace menester la expresión unísona de ambos para remover el obstáculo legal en razón de que se presume que los actos realizados por uno de ellos cuentan con el consentimiento del otro en la medida que no medie separación de hecho, personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, en cuyo caso el derecho de instar corresponde al padre o la madre que ejerza legalmente la tenencia del hijo ⁽⁶³⁷⁾. La misma normativa establece que en el caso de que el delito fuese cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, se procederá de oficio.-

La ley 27.087 agrega un último párrafo donde se indica que cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre el tutor, guardador o representante legal y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio si resultare más conveniente para el interés superior del niño. Con ello se pretende dar una solución a los casos en que los intereses del menor víctima se encuentren en colisión con la persona legitimada para instar la acción penal o cuando por cualquier circunstancia, aquélla no lo hiciera. En estos casos el fiscal puede actuar de oficio, si se entendiera que ello es lo más conveniente para el menor, caso por demás frecuente.-

⁶³⁷ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 261).