

LOS ABUSOS SEXUALES
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA
(PERIODO 1999/2006)¹

Luis Raúl Guillamondegui²

Introducción.

Corrían los últimos años del siglo pasado y a consecuencia de una serie de eventos de público conocimiento que, merced a su difusión por medio de la prensa, conllevaban una fuerte carga de sensación de injusticia respecto de represión legal de conductas ilícitas contra determinados colectivos vulnerables de la sociedad³; un movimiento social, liderado por sectores principalmente feministas y acompañado por referentes parlamentarios, comenzaron a exigir la punición de ciertos hechos corrientes atentatorios contra la libertad de elección sexual, procurando tanto el desplazamiento interpretativo de la tipificación de la *fellatio in ore* no consentida desde la figura del abuso deshonesto hacia la de violación, como el castigo autónomo del acoso sexual, cualquiera fuera el ámbito donde se produjere y a tono con legislaciones extranjeras.

Al respecto, Díez Ripollés reconoce en el proceso de surgimiento de una ley penal una serie de fases sucesivas: a) la apreciación de la sociedad de cierto desajuste entre la realidad socioeconómica y la jurídica; b) el decisivo protagonismo de los medios de prensa en la promoción de la discusión y canalización de la opinión social; c) la actuación de los grupos sociales de presión que también canalizan la opinión social hacia determinados intereses (legítimos o no); d) la formulación del proyecto de ley (obviando a veces mecanismos capaces de garantizar una adecuada calificación político-jurídica o técnica-jurídica); y e) el tratamiento parlamentario⁴.

A un poco más de siete años de vigencia de la nueva normativa de Delitos Sexuales (Ley 25.087, BO: 14/05/99), la presente investigación estará centrada en determinar, a manera de aproximación, cómo nuestra jurisprudencia local fue interpretando, valorando y juzgando aquella nueva regulación legal respecto de los delitos de Abuso Sexual (Arts. 119 y 120 CP), en sus diferentes modalidades; sin dejar de hacer referencia a

¹ Artículo publicado en el Libro en Homenaje al Cincuentenario del Colegio de Abogados de Catamarca, AA. VV., *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Coord.: Pedro E. Despouy Santoro, Mediterranea, Córdoba, 2007, pp. 235-306. Su contenido se corresponde con la Unidad 7 del Programa de la Cátedra de Derecho Penal II. Parte Especial, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca (UNCa).

² Profesor Adjunto Ordinario de la Cátedra de Derecho Penal II. Parte Especial, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca (UNCa). Especialista en Derecho Penal (UNLaR). Docente de Tercer Ciclo y Doctorando en Derecho Penal y Criminología (UPO, Sevilla, España). Juez de Cámara Penal (Poder Judicial de la Provincia de Catamarca). Dedico este trabajo a los Dres. Carlos Miguel Avellaneda y Raúl Guillermo Guillamondegui, quienes pacientemente me guiaron en mis primeros pasos profesionales, y muy especialmente al "Lito grande", quien festeja sus flamantes 50 años de abogado.

³ Sirve a nuestra memoria, el siguiente pasaje jurisdiccional: "... Abordaré la génesis de tal reforma (en referencia a la Ley 25.087). El 3 de abril de 1997 el Tribunal N° 9 de la Capital Federal dictó una sentencia que, a la postre, terminaría resultando el puntapié inicial de la reforma en análisis. Mediante tal sentencia, el imputado Rey fue condenado a la pena de tres años de cumplimiento condicional por haber cometido el delito de abuso deshonesto. Se lo encontró culpable de haber obligado a realizar sexo oral a una pasajera que había ascendido al taxi que manejaba, intimidándola mediante el uso de un instrumento con apariencia de arma de fuego, también se lo encontró culpable de haberle sustraído dinero. El fallo tuvo gran difusión periodística y causó sorpresa que el hecho descrito haya sido tipificado como abuso deshonesto y que el imputado no hubiera sido detenido. (En "Delitos Sexuales. Abuso Sexual. Corrupción y prostitución. Rufianería. Publicaciones y exhibiciones obscenas. Trata de personas. Rapto. Avenimiento" de Adrián Marcelo Tenca Editorial Astrea año 2.001 pág. 62)....". Cfr. Voto del Dr. Alfredo Pablo Noel, en autos caratulados "Rosales, Juan s/ Abuso sexual calificado por el vínculo", Expte. 3058-0153, 01/12/2003, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea. LLBA, 2004, 211. En idéntico sentido, EDWARDS, Carlos E., *Delitos contra la integridad sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 8.

⁴ DIEZ RIPOLLES, José Luis, "La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 440-442.

los parámetros sentados por la jurisprudencia regional y nacional, partiendo, a esos fines, de lo expuesto por nuestra prolífica Doctrina desde entonces.

Asimismo, aprovecharemos para dar un vistazo a su tratamiento jurisprudencial desde la órbita de la ejecución penal local; temática que representa una de las cuestiones más delicadas de resolución por parte de la magistratura especializada.

A esos fines tomaremos como muestra la producción jurisdiccional más relevante de los Tribunales de Sentencia (Cámaras Criminales y Juzgados Correccionales) y de Ejecución Penal de la Provincia de Catamarca, comprendida entre los años 1999 y 2006.

1. La nueva Ley de Delitos Sexuales y el bien jurídico tutelado.

La Ley 25.087 ha venido a sustituir el bien jurídico "honestidad", por el de "integridad sexual", ya que el primero, por su vaguedad, ambigüedad y anacronismo, resultaba desajustado para designar el interés jurídicamente relevante, que la nueva legislación pretendía tutelar⁵.

Al respecto, vale recordar las críticas que la Doctrina efectuaba al sentido del término "honestidad" por su vinculación con la pureza, castidad y hasta moralidad de la víctima. Soler ya apuntaba la inconveniencia de la de la rúbrica del título "Delitos contra la honestidad", la cual pecaba por exceso y por defecto. *Por exceso*, por que se corría el peligro, tan común en estos delitos, de que se interprete en forma apresurada que la ley hace referencia al concepto religioso de honestidad. *Por defecto*, porque en estos hechos, existen otros intereses comprometidos que son el real objeto de protección de la ley⁶.

En ese orden de ideas, determinadas personas, por su particular desenvolvimiento social quedaban excluidas del marco de protección legal punitivo (p/ej.: personas de vida desarreglada, prostitutas, etc.), lo que, a la luz de nuestros días, resulta inconcebible con las exigencias de un Estado de Derecho⁷.

De modo ilustrativo, Cafferata Nores, miembro informante de la Cámara de Diputados, expresó en su discurso: *"Se ha redefinido el bien jurídicamente protegido, que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto de bien público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima, como ocurre ahora. 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."*⁸

Villada, quien en un primer trabajo sostuvo que el objeto de protección de la nueva legislación penal también apuntaba a prevenir el daño psico-emocional sufrido por las víctimas -a la par del necesariamente físico que el ataque sexual comprende en sí mismo-, y que, desde esa óptica, se buscaba proteger la dignidad sexual de la persona, en tanto forma parte de un concepto *integral* del ser humano⁹; en una publicación reciente, entiende a la *integridad sexual* como también comprensiva de la *moral pública*, en el razonamiento que tales hechos repercuten asimismo en el grupo referencial más próximo de la víctima y por extensión al

⁵ AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 27.

⁶ Citado por ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 19-20.

⁷ Ricardo Núñez hacía referencia que Jiménez de Asúa consideraba la inexistencia de violación en la mujer prostituta en razón de que ésta había perdido "el sentimiento de honestidad", tal lo recuerda PARMA, Carlos, *Abuso sexual*, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2005, p. 25, nota 21.

⁸ Antecedentes parlamentarios. Ley 25.087. Delitos contra la integridad sexual, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 1614.

⁹ VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la integridad sexual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 12.

conjunto de valores ético-morales indispensables de preservar para una convivencia civilizada, otorgándole un contenido más amplio al interés jurídico propuesto por el legislador¹⁰.

También entienden a la *integridad sexual* con un sentido omnicompreensivo, Figari¹¹, Latorre Latorre¹² y D'Alessio¹³, entre otros¹⁴.

Más allá de que el vocablo "integridad" ya suscitaba la fuerte crítica de Eduardo Carrera en el sentido que la segunda acepción del mismo importa "*cualidad de una persona integra, 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")*"¹⁵; la mayoría de la Doctrina considera que cuando nuestra ley habla de integridad sexual, en realidad está haciendo referencia a la "libertad sexual", o "libertad de autodeterminación sexual", o "libertad de elección sexual", como bien jurídico protegido¹⁶, toda vez que, más allá de una u otra precisión, existe consenso que "*(E)l atentado sexual afecta indiscutiblemente el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad, pues significa, entre los adultos, un obstáculo a la libre opción sexual, y entre los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, un abuso a esa capacidad aún no desarrollada*"¹⁷.

Respecto de los últimos, Donna, precisando el objeto de protección lo hace extensivo al *libre desarrollo sexual* respecto de los menores de 18 años y a la *intangibilidad e indemnidad sexual* respecto de los menores de 13 años e incapaces de razón y sentido¹⁸.

En esa línea directriz, Reinaldi entiende que la integridad sexual "*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*"¹⁹ *sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento*"²⁰.

Por ello, el referido autor mediterráneo entendía que, por su precisión, la denominación que hubiera correspondido al Título III del Libro Segundo de nuestro Código Penal sería la de "Delitos contra la libertad e intangibilidad sexuales".

¹⁰ "Con lo dicho, el concepto de protección de la integridad sexual no sólo está enfocado desde la perspectiva del ataque a la libertad o autodeterminación sexual individual, sino además enderezado a prevenir los innegables efectos dañosos comprobados en la víctima de este tipo de criminalidad (en el que se acentuó la protección), pero teniendo en cuenta además la repercusión mediata e inmediata que estos delitos producen en la sociedad (aspecto en el que se debilitó en parte la tutela legal-penal)", VILLADA, Jorge Luis, *Delitos sexuales*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 12-13.

¹¹ FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 45.

¹² Citado por FIGARI, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹³ D'ALESSIO, Andrés, *Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial. Arts. 79 a 306*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 157.

¹⁴ Así también lo entendía Carlos PARMA, en su primer trabajo, *Delitos contra la libertad sexual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 20; inclinándose por la autodeterminación sexual como la interpretación más adecuada a dicho concepto, en su reciente *Abuso sexual*, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2005, p. 28.

¹⁵ Citado por FIGARI, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶ Entre otros, podemos citar a BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Mave, Corrientes, 2003, p. 353; TENCA, Adrián, *Delitos sexuales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 14 y ss.; EDWARDS, Carlos E., *Delitos contra la integridad sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7; FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Actualizado por Guillermo Ledesma, 16° edición actualizada, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 200; CREUS, Carlos, *Delitos sexuales según la Ley 25.087*, JA, 1999-III-807; PANDOLFI, Oscar, *Delitos contra la integridad sexual (Ley 25.087)*, La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 21; CLEMENTE, José Luis, *Abusos sexuales*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 26; GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 21 -bajo el término de reserva sexual-.

¹⁷ BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Mave, Corrientes, 2003, p. 353.

¹⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, p. 14.

¹⁹ Término que debe interpretarse como "*lo que no debe o no puede tocarse*", tal una de las acepciones previstas en el Diccionario Español. Así, comprendería el derecho de los menores e incapaces a "*que no se los toque sexualmente*", tal REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el código penal argentino. Ley 25087*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 34.

²⁰ REINALDI, Víctor F., *op. cit.*, p. 33. En idéntico sentido, AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 28.

En el Derecho comparado²¹, España desplaza el Título "Delitos contra la libertad sexual" del Código Penal de la democracia de 1995 a "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", a partir de LO 11/1999 del 30 de abril de 1999; señalando Muñoz Conde que *"con ello, el legislador de 1999 quiso poner de relieve que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en todos los delitos regulados en éste Título"*²², ampliando el perímetro tuitivo a aquellos sujetos que carecen, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces), de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual²³.

Mientras que el reciente Proyecto de Código Penal, redactado por una Comisión Especial bajo la esfera del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el Título V del Libro Segundo, a tono con las observaciones de la Doctrina, ha preservado el término "Integridad" del catálogo punitivo vigente, agregando el de "Libertad", siempre en referencia a lo "Sexual"; *"con lo cual se puede estar o no de acuerdo, pero en realidad significa un avance ostensible en la materia. Por otra parte, sigue una línea sistemática del Anteproyecto pues ya éste tipo de delitos no se encuentra ubicado con posterioridad al Título de los "Delitos contra el honor", como el Código vigente, sino luego del Título IV "Delitos contra la libertad"*²⁴.

Tal como vemos, las variadas significaciones y contenidos que al bien jurídico "integridad sexual" le dan los autores consultados, habla a las claras de la dificultad de lograr una denominación que abarque a todos los aspectos de aquel bien jurídico general, protegidos por los distintos tipos que lo integran²⁵. No en vano, Muñoz Conde reconoce que en esta materia estamos ante *"uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de proteger con la técnica siempre tosca del Derecho penal"*²⁶.

Sin embargo, los esfuerzos doctrinarios tienen su razón de ser, ya que tal *"debate reviste importancia dogmática para la interpretación del alcance de los tipos"*²⁷ en relación a la tarea judicial de subsunción del hecho a la norma, en miras a una mejor administración del servicio de justicia.

Como bien lo señala Arocena, *"la caracterización del bien jurídico protegido es un importante instrumento de la interpretación teleológica de los tipos jurídicos penales, como así también un concepto de contenido liberal y limitador de la punibilidad"*²⁸, a tal punto que *"una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal será atípica, a pesar de ello, si no lesiona el bien jurídico protegido por la ley"*²⁹.

2. De los delitos en particular y su recepción jurisprudencial.

2.1. Abuso sexual simple.

²¹ Sobre la denominación de los Títulos relacionados con los delitos sexuales en los Códigos penales latinoamericanos y europeos, puede verse FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 39.

²² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, Decimoquinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 205.

²³ *"Más que la libertad del menor e incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales"*, MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 207.

²⁴ FIGARI, Rubén E., *"Los delitos de índole sexual y su formulación en el anteproyecto de reforma al código penal"*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/40figari.doc> (fecha de visita: 10/Feb/2007).

²⁵ ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 23.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 205.

²⁷ CREUS, Carlos, *Delitos sexuales según la Ley 25.087*, JA, 1999-III-807.

²⁸ AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, pp. 23-24.

²⁹ Tal lo señala Gimbernat Ordeig, citado por AROCENA, Gustavo A., *Ibidem*.

Carrara entendía que constituyen ultrajes violentos contra el pudor "*todos aquellos actos impúdicos que sin constituir tentativa de violencia carnal se cometen sobre otra persona, contra la voluntad de ella*"³⁰; definición clásica que contiene los elementos objetivos y subjetivos que la Doctrina contemporánea requiere para la configuración del delito de abuso sexual simple, receptado por nuestro legislador en el primer párrafo del Art. 119 CP.

Desde el punto de vista material, el abuso sexual simple importa necesariamente actos de contacto corporal o de aproximación en determinados supuestos³¹, con un claro significado sexual, entre el autor y la víctima, en contra de su voluntad; ya sea que el primero realice tocamientos físicos o mediante objetos en partes pudendas de la segunda, o bien que obligue a ésta a efectuar tales conductas en su cuerpo o en el de un tercero, como también aquellos supuestos en los que no existe tal contacto corporal, pero que, por la modalidad de su realización, implican un atentado a la integridad sexual de la víctima, tales como el desnudar al sujeto pasivo o el levantarle la pollera a una mujer.

Como bien lo señala Estrella, por la naturaleza eminentemente material de los contactos o aproximaciones constitutivas del delito, quedan excluidas las palabras o proposiciones verbales, por más obscenas que sean. Existe consenso unánime en la Doctrina, que *no existe el abuso sexual de palabra*³².

Mientras que desde el punto de vista subjetivo, el abuso sexual, tanto su figura básica como las agravadas, es un delito doloso. El dolo comprende el conocimiento y propósito de realizar un acto de significado sexual apto para lesionar la integridad sexual de la víctima.

De ese modo, resultan atípicas aquellas conductas que objetivamente pueden aparecer como impúdicas, pero que están inspiradas en propósitos legítimos o científicos, tal el acto de palpación vaginal o anal ejecutado por el médico con fines terapéuticos y dentro de los parámetros establecidos por la *lex artis*.

Cualquier persona puede ser sujeto activo como pasivo del delito en análisis. En algunos supuestos, conforme la calidad del autor o el vínculo que lo liga a la víctima, el delito se agrava -tal como lo desarrollaremos más adelante-.

El delito se consuma con el contacto corporal o el acto de aproximación en los supuestos reseñados. Admite tentativa.

En relación al tratamiento jurisprudencial de la cuestión del beso no consentido, merece que hagamos una breve consideración. Entre diferentes precedentes, podemos destacar aquel caso del beso en la mejilla a una compañera de trabajo, donde el Tribunal, por mayoría, revoca el procesamiento al entender que la calificación legal no se corresponde con las exigencias típicas del abuso sexual gravemente ultrajante; mientras la minoría considera típica la conducta dentro del abuso sexual simple³³. Recientemente, el publicitado caso del joven que al despedirse, luego de una salida en grupo de amigos, besa a una joven recién conocida, para luego declararle su amor a través de correos electrónicos -material probatorio aportado por la denunciante-, donde el Tribunal confirma el sobreseimiento por atipicidad dictado por el Juez de grado al sostener que: "*El beso no tiene siempre un carácter objetivamente impúdico, como ocurre con otras acciones*", por lo que su significado debe surgir de las particulares circunstancias del caso, por lo tanto "...Si

³⁰ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Volumen II, 3° edición, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1972, p. 296.

³¹ La idoneidad de dichas aproximaciones como constitutivas del abuso sexual simple ha sido admitida por parte de nuestra Doctrina (Soler, Laje Anaya, Creus, Donna, entre otros), y rechazada por otros, quienes entienden que exclusivamente los actos de contacto corporal entre autor y víctima resultan típicos (Buompadre, Figari, Parma, Tenca, entre otros). Cfr. ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 38, notas 5 y 6.

³² ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 38.

³³ CNCyC, Sala IV, 19/07/02, "Encina, Francisco".

no puede derivarse de ellas, una intención vinculada a un deseo sexual o impúdico por parte del autor, la conducta será impune para el derecho penal"³⁴.

En ese orden de ideas, resulta sumamente ilustrativo el parámetro interpretativo expuesto por un Tribunal mendocino: *"El beso en sí, no es conceptualmente impúdico, pero puede llegar a serlo cuando responde al móvil de apetencia sexual, en cuyo caso es un acto ultrajante al pudor...individual"*³⁵.

2.1.1. Circunstancias y medios de comisión.

La figura delictiva requiere que los actos impúdicos sean cometidos en las circunstancias o por los medios de comisión indicados en el primer párrafo del Art. 119 CP, los que resultan comunes para los distintos tipos de abusos sexuales reprimidos en dicho artículo.

Circunstancias comisivas:

Aprovechamiento de la condición de la víctima.

a) Víctima menor de 13 años (presunción *juris et de jure*)

Cualquier conducta material, de las descriptas supra, cometida contra una persona menor de trece años es considerada típica, no admitiéndose prueba en contrario. En tales supuestos, el órgano jurisdiccional debe avocarse a acreditar el extremo cronológico, mediante la pertinente partida de nacimiento, o cuando corresponda por la forma supletoria a fines de la configuración del delito.

En este supuesto, la ley presume *juris et de jure* que la víctima carece de capacidad y discernimiento para comprender el significado del acto sexual; por lo que la prestación del consentimiento por parte de aquella carece de relevancia jurídica.

El legislador ha querido de esta forma dar protección integral a la persona menor de trece años³⁶.

El error sobre la edad de la víctima tiene valor excluyente de la culpabilidad cuando aquel resulta una creencia razonable; y estimamos, conforme la nueva redacción de los tipos penales pertinentes que, en este supuesto, el mismo resultaría atípico y no trasladable a la nueva figura que reemplaza al pretérito estupro, ya que el Art. 120 CP nos exige como conductas materiales punibles las propias del abuso sexual gravemente ultrajante o del abuso sexual con acceso carnal, distintas como veremos más adelante a la del abuso sexual simple³⁷. Mientras que la *"desaprensiva o negligente ignorancia y la duda sobre la edad de la víctima, no excusan al autor que deberá responder por este delito a título de dolo eventual"*³⁸.

Dentro de los precedentes de nuestra jurisprudencia provincial, podemos mencionar los casos de un sujeto condenado por realizar tocamientos impúdicos a una menor de 5 años, incluso afirmándola con su miembro viril en sus glúteos, sin intentar el acceso carnal³⁹; el que en forma reiterada efectuara tocamientos en zonas íntimas y besos en la boca a una menor de 11 años, amenazándola que la mataría si le contara a su madre⁴⁰; el que abusa sexualmente de dos menores de 8 y 9 años, aprovechando el juego de la "escondida",

³⁴ CNACyC, Sala V, 20/09/06, "B., C.R."

³⁵ Cám. 1º Crim. Mendoza, 27/08/80, "D., T. p/Abuso Deshonesto".

³⁶ "Conforme la normativa adoptada por el Código Civil (arts. 24, 25, 27 y 128), se es menor de trece años hasta la hora 24 del día del cumpleaños en que se alcanza esa edad, cualquiera sea la hora del nacimiento, por lo que el hecho ocurrido durante ese día cae dentro de las previsiones legales", ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 43.

³⁷ En idéntico sentido, FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 71-72.

³⁸ GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2º edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 25.

³⁹ Juzgado Correccional Nº 1, Sent. Nº 28/2004, 14/06/04, Expte. Nº 142/2003 "M., R. A. -Abuso sexual simple- Aconquija - Depto. Andalgalá".

⁴⁰ Juzgado Correccional Nº 1, Sent. Nº 53/2005, 31/10/05, Expte. Nº 124/2005 "A., J. V. - Abuso sexual simple continuado y coacción (2 hechos) en concurso real - Bañado de Ovanta - Santa Rosa".

introduciéndola en su auto guardado en el garage a esos fines⁴¹, y recientemente el del sujeto condenado por realizar tocamientos en los senos de una menor de 12 años, en la vía pública⁴².

b) Víctima que, por cualquier causa, no pudo consentir libremente la acción (presunción *juris tantum*)

El aprovechamiento por parte del autor de determinadas condiciones en que se encuentra la víctima, y que le impiden a ésta otorgar su libre consentimiento al acto de significado sexual a la que se la somete, también resultan circunstancias comisivas típicas de las figuras de abuso sexual, entre ellas su figura básica.

La imposibilidad de consentir se corresponde con la víctima privada de razón, o de sentido, o cuando por cualquier causa no pudiere consentir.

La víctima se encuentra *privada de razón* cuando padece de un insuficiente desarrollo intelectual o volitivo, o sufre de alteraciones mentales que la colocan en una situación similar a la del inimputable por falta de salud mental (Art. 34 Inc. 1° CP)⁴³.

Sin embargo, corresponde aclarar que, tal la redacción del nuevo texto legal, no toda relación de naturaleza sexual con una persona incapacitada por razones mentales resultará punible, sino exclusivamente aquella que implica un aprovechamiento de la discapacidad del sujeto pasivo⁴⁴. Una rígida interpretación nos llevaría al absurdo del desconocimiento del inalienable derecho que tiene la persona privada de razón de tener una vida afectiva y sexual plena⁴⁵, razonamiento incompatible con nuestra ideología constitucional.

Mientras que la víctima está *privada de sentido* cuando, sin padecer trastornos en sus facultades mentales, se encuentra en estado de inconsciencia o su conciencia se halla gravemente perturbada por trastornos de tipo fisiológico o patológico (sueño normal o anestésico, ebriedad, desmayo, sopor, sonambulismo, ingesta de drogas, enfermedad o secuelas de alguna enfermedad, epilepsia, parálisis, amputación de miembros, etc.), que la desconectan de la realidad, impidiéndole la comprensión del acto.

Al respecto, vale señalar el antecedente jurisprudencial local del vendedor ambulante de golosinas, que por su oficio tenía libre acceso al sector de internación del Hospital de Niños "Eva Perón", y aprovechando el sueño de una menor de doce años, alojada en etapa de postoperatorio quirúrgico, le efectuó tocamientos en sus partes íntimas, en dos oportunidades⁴⁶. En este proceso, más allá de su minoridad, queríamos resaltar el supuesto de la víctima dormida.

Y a través de la previsión "*por cualquier causa*", el legislador nos amplía el abanico de circunstancias comisivas, en la medida que se compruebe que el autor se aprovechó de tal situación para atentar contra la intimidad sexual de la víctima, sin que ésta haya tenido la posibilidad de consentir o disentir libremente el acto. La doctrina nos presenta los ejemplos de víctimas ultrajadas por sorpresa, paralizadas, desprevenidas, o cuyo consentimiento fue logrado fraudulentamente. A diferencia de las circunstancias anteriores, en estas

⁴¹ Juzgado Correccional N° 2, Sent. N° 19/2006, 28/03/06, Expte. N° 153/2004 "L., J. A. -Abuso sexual sin acceso carnal y coacción en concurso real - Capital".

⁴² Juzgado Correccional N° 2, Sent. N° 74/2006, 06/10/2006, Expte. N° 109/2006 "P., D. O. -Abuso sexual simple".

⁴³ Cámara 1a de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Formosa. 09/05/1997. Pérez More, Marco A. LL Litoral, 1997-967: "El significado del concepto "persona privada de razón o de sentido" al cual alude el art. 119, inc. 2° 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... La debilidad mental es el diagnóstico que lleva a considerar a una persona como privada de razón.... no resulta necesaria la existencia de una declaración judicial de demencia de la víctima...".

⁴⁴ BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Mave, Corrientes, 2003, p. 372.

⁴⁵ ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁶ Juzgado Correccional N° 1, Sent. N° 56/2003, 06/11/03, Expte. N° 106/2003 "C., H. N. -Abuso sexual simple (2 hechos)-Capital".

hipótesis el consentimiento aparece viciado por falta de libertad de quien lo presta, aunque el sujeto pasivo pueda tener plena conciencia de la naturaleza y significado del acto⁴⁷.

La imposibilidad de consentir libremente la acción por parte de la víctima debe ser probada en cada caso a fines de configuración típica. La ley admite prueba en contrario.

Medios de comisión:

a) Violencia:

La violencia (*vis absoluta*) exigida por el delito comprende la energía física desplegada por el autor sobre o contra la víctima, para vencer la resistencia que esta opone al abuso sexual no consentido, al que se la somete o pretende someter⁴⁸.

La violencia, que comprende el uso de medios hipnóticos y narcóticos (Art. 78 CP), puede provenir del autor, puede aprovecharse éste de la proyectada por los copartícipes, o de una energía mecánica o animal⁴⁹.

El empleo de violencia supone una víctima físicamente incapacitada para expresar su disenso o resistencia al acto, la que debe ser *seria y constante*⁵⁰, y cuya valoración depende de las circunstancias que concurren en la agresión sexual, tomando en cuenta principalmente las características personales y vinculares del autor y la víctima⁵¹.

Quedan excluidas del concepto, las violencias practicadas durante un acto sexual consentido, como la discreta energía empleada por el varón para doblegar el pudor de la doncella, que también desea la relación (*vis grata puellis*), tal lo señalaba Sebastián Soler⁵².

En el delito en tratamiento, señalamos el precedente jurisprudencial del sujeto que, empleando energía física, hace ingresar a una menor de dieciséis años a la habitación, afirmándola contra la pared y despojándola de su vestimenta, para luego proceder a realizar tocamientos por diferentes partes íntimas de su cuerpo⁵³.

b) Amenazas:

El abuso sexual se comete mediante amenazas cuando el autor doblega a la víctima infundiéndole temor o miedo, a través del anuncio de la comisión, por sí o por un tercero, de un mal grave, injusto e inminente a su persona, bienes o afectos, que el sujeto activo se encuentra en condiciones potenciales de ejecutar.

⁴⁷ Tuvimos en cuenta para el desarrollo precedente, lo expuesto por AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, pp. 45-48.

⁴⁸ ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁹ GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2º edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 28.

⁵⁰ El maestro de Pisa enseñaba que: *"..para que haya violencia carnal la resistencia de la mujer debe ser seria y constante; seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino que en realidad exprese un querer decididamente contrario; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar a concurso en el goce mutuo."*, CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Volumen II, 3º edición, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1972, p. 254.

⁵¹ *"La consideración conjunta de estos dos extremos: violencia-resistencia permitirá, en cada caso concreto, apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por la norma"*, como bien lo subraya ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 44.

⁵² REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el código penal argentino. Ley 25087*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 52.

⁵³ Cámara Penal Nº 2, Sent. Nº 01/2005, 15/02/05, Expte. Nº 158/2004 "M., P. M. - Abuso sexual con acceso carnal - Santa María". Vale advertir que en dichas actuaciones, si bien la víctima hizo referencia a la comisión de penetración sexual, tal conducta no fue acreditada con la certeza pertinente.

La amenaza (*vis compulsiva*) puede efectuarse expresamente mediante palabras o implícitamente a través de violencias físicas sobre terceros o cosas, con un claro propósito de atemorizar al destinatario y de esta manera vencer su oposición o rechazo al acto abusivo.

Al igual que la violencia física, la idoneidad de la amenaza debe juzgarse con arreglo a las circunstancias de cada caso en particular, teniéndose en cuenta las características personales y relacionales de los sujetos activo y pasivo.

Dentro de los fallos consultados, observamos que este medio comisivo acompañaba verbalmente la ejecución de actos violentos, los que, en definitiva, resultaban eficaces para vencer la resistencia de la víctima de la agresión sexual. Sin embargo, podemos precisar el referente jurisdiccional donde el acusado, abuso sexualmente, en forma continuada, de una menor de 11 años, valiéndose de amenazas para consumir el hecho; a la par de coaccionar a la hermana de la víctima, también menor, de ocasionarles su muerte en caso que contaran lo sucedido a su madre⁵⁴.

En ese sentido, debemos resaltar que no debe confundirse la amenaza empleada como medio comisivo requerido a fines del perfeccionamiento del delito sexual, con aquella amenaza empleada para asegurar el silencio de la víctima ya abusada sexualmente y, de ese modo, procurar la impunidad delictiva; situaciones pasibles de concurso material o real de delitos (Art. 55 CP)⁵⁵.

c) Abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad o poder:

Se trata de una modalidad consumativa del delito de abuso sexual incorporada por la nueva Ley de Delitos Sexuales, a instancias de responder la demanda social de tipificación autónoma del acoso sexual. A poco que desandemos su sentido, advertiremos que no es más que otra propuesta legislativa propia de un Derecho Penal simbólico, ya que aquellas agresiones sexuales consumadas en el ámbito laboral, aprovechándose el autor de una situación de superioridad jerárquica para facilitar su realización, podían ya quedar encuadradas dentro del tipo penal de coacción (Art. 149 bis 2º párrafo CP)⁵⁶, o bien, yendo al terreno práctico, una vez efectuado el tocamiento en una zona de reserva sexual de la víctima, el delito aparece consumado, siempre que fuere dentro de alguna de las circunstancias o por cualquiera de los medios comisivos desarrollados precedentemente, sin interesar necesariamente la relación de supremacía entre las partes⁵⁷.

En efecto, la pretensión del legislador ha sido venir a castigar aquellos abusos sexuales cometidos en ámbitos de superioridad jerárquica propias de una relación laboral, de autoridad o de poder; situación en la que el autor se encuentra en una situación de prevalimiento respecto de la víctima, y ésta coaccionada o intimidada cede ante el avance intempestivo o propuesta de índole sexual.

Sin lugar a dudas, nos encontramos ante un farragoso terreno para la recolección de pruebas en miras al descubrimiento de la verdad de lo ocurrido. El ámbito laboral también puede resultar propicio para la concreción de denuncias penales maliciosas o con finalidades cuasi extorsivas. Por ello, la investigación que se lleve a cabo debe ser lo más prudente y profesional posible.

⁵⁴ Juzgado Correccional Nº 1, Sent. Nº 53/2005, 31/10/05, Expte. Nº 124/2005 "A., J. V. - Abuso sexual simple continuado y coacción (2 hechos) en concurso real - Bañado de Ovanta - Santa Rosa".

⁵⁵ Tal lo resuelto por el Juzgado Correccional Nº 2, Sent. Nº 19/2006, 28/03/06, Expte. Nº 153/2004 "L., J. A. -Abuso sexual sin acceso carnal y coacción en concurso real - Capital".

⁵⁶ CREUS, Carlos, *Delitos sexuales según la Ley 25.087, JA*, 1999-III-808, nota 2.

⁵⁷ En idéntico sentido, DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, p. 31.

La *relación de dependencia* se da cuando la víctima se encuentra subordinada al autor por razones laborales, educativas, religiosas, etc.; mientras que en la *relación de autoridad* tal subordinación viene establecida por la ley, situación que ocurre en aquellas instituciones organizadas sobre la base de jerarquías como las Fuerzas Armadas o de Seguridad y la Administración Pública; presentándose la *relación de poder* en las situaciones de hecho donde una persona controla y regula la vida de otro, tal los supuestos de dependencia económica, social, sanitaria, de protección, etc.

Decíamos arriba que el legislador quiso venir a presentar un nuevo delito, el de acoso sexual. A su pesar dichas intenciones resultaron frustradas, ya que si recorremos la Doctrina y Legislación contemporáneas, con la previsión de tal figura se pretende limitar el castigo a la mera solicitud de prestación de actividades sexuales facilitadas por situaciones de superioridad jerárquica, cualquiera fuere la causa.

Vale como muestra, la renovada tipificación dada por el legislador español al referido ilícito: "*Art. 184.1: El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicio, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante será castigado...con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. Agravantes: 184.2, anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas en el ámbito laboral o docente (5 a 7 meses de prisión o 10 a 14 meses de multa); 184.3, para ambos (5 a 7 m p o 10 a 14 m, en el primer inciso; o 6 m a 1 a, en el segundo inciso), cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.*"⁵⁸.

Vale señalar, que actualmente cuenta con media sanción legislativa un proyecto que regula la tipificación autónoma del acoso sexual, con una redacción similar a la transcrita y con una sanción penal compatible con el delito de coacción.

No se registran en nuestra jurisprudencia local casos de abusos sexuales mediante esta modalidad, ni tampoco a nivel nacional, dentro del material consultado.

2.2.. Abuso sexual gravemente ultrajante.

El segundo párrafo del Art. 119 CP introduce una modalidad típica novedosa en nuestra legislación, con la que se pretende atrapar aquellas conductas criminales intermedias entre las figuras del abuso sexual simple y con acceso carnal.

Gavier justifica la inclusión legislativa en razón que los hechos encuadrables por esta nueva figura penal, por su gravedad, "*no podían estar reprimidos con la misma escala penal que un furtivo tocamiento de nalgas o senos*"⁵⁹, conductas típicas propias del abuso sexual simple.

Precisamente, el autor citado explica que "*(L)la razón determinante de la mayor criminalidad del hecho, reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que significa llevar a*

⁵⁸ Nota de actualización: Tal referencia normativa fue modificada mediante LO 15/2003 de 23 de Noviembre, quedando redactado de la siguiente manera: Art. 184: 1. *El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.*2. *Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.*3. *Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.*

⁵⁹ GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2º edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 31.

cabo hechos que implican un sometimiento... que por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes"⁶⁰.

Para la consumación del delito resulta necesario que la agresión sexual hubiere configurado un *sometimiento sexual gravemente ultrajante* para la víctima.

Ante una previsión legislativa de tales características, la Doctrina ha cuestionado tal extensión por la vaguedad de los términos utilizados -incluso llegando a considerarlo un *tipo penal abierto*⁶¹-, descripción que no deja de marcar cierta tensión con el Principio de Legalidad Penal.

Más allá de tales dificultades, se ha sostenido que quedan comprendidos en tal supuesto aquellos *"actos desproporcionados con el tipo básico que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normal y objetivamente se verifica con el abuso en sí"*⁶².

A fines de una correcta interpretación del concepto, el juzgador debe tener en cuenta, el carácter estrictamente *degradante* del acto abusivo en sí, desde un punto de vista objetivo, del que se pueda concebir que se ha producido una *cosificación de la víctima*, y no la sensibilidad extrema de la misma⁶³, ni la especial intención perseguida por el autor.

Por las objeciones señaladas, Creus supo adelantar que *"la jurisprudencia podrá precisar casuísticamente la extensión de su concepto"*⁶⁴.

En ese sentido, nos parecen sumamente ilustrativas las pautas de interpretación expuestas por el Tribunal Superior de Córdoba, en un precedente del que nos permitimos tomar algunos pasajes textuales: *"...Los casos encuadrables en el art. 119, segundo párrafo, del C.P., serán siempre actos objetivamente impúdicos. Ello es así, porque la reforma puso su acento en la gravedad de la agresión sexual, como dato objetivo, independientemente de la especial motivación que haya tenido el sujeto activo al cometerla (p.e., sádica, vejatoria, de venganza, desprecio, etc.), y del grado -elevado o bajo- de sensibilidad de la víctima hacia esta clase de trato... El sometimiento sexual al que alude la norma recepta aquellos casos en los cuales, mediando en términos generales un quebrantamiento de la voluntad, 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 dicho dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal... A nuestro juicio, el someter sexualmente a la víctima, de modo tal que ella no pueda impedir actos impúdicos llevados a cabo con la lengua del autor sobre su órgano sexual femenino (tal como aconteció en autos), constituye un acto que, objetivamente considerado, implica, por sí mismo, un grave agravio a la dignidad e integridad sexual de aquélla*⁶⁵... (Voto de los Dres. Cafure de Battistelli y Rubio) *La referencia que se efectúa en el art. 119, 2do. párr., C.P., según Ley 25.087, en cuando*

⁶⁰ GAVIER, Enrique A., *op. cit.*, p. 32.

⁶¹ ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 83. En la jurisprudencia nacional, se puede ver el voto en disidencia del Dr. Mario Juliano en "Rosales, Juan s/ Abuso sexual calificado por el vínculo", Expte. 3058-0153, 01/12/2003, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea: *"...el principio de la "ley previa, cierta, escrita y estricta" garantiza a los justiciables que el juez no agregue -de acuerdo a sus convicciones- supuestos no previstos por el legislador al momento de señalarlas conductas punibles en el catálogo penal... Este es el caso del "sometimiento gravemente ultrajante" previsto por el 2º párrafo del art. 119 del C.P., que no dudaría en incluir en la categoría de tipos penales "abiertos". En efecto, no obstante el esfuerzo del legislador por circunscribir el supuesto típico- por "su duración" o por "las circunstancias de su realización"-, considero que queda abierto un margen de discrecionalidad interpretativa que debe ser reducido a sus mínimas expresiones para no vulnerar los aludidos principios de legalidad, tipicidad y taxatividad"*.

⁶² DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2º edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, p. 50.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ CREUS, Carlos, *Delitos sexuales según la Ley 25.087*, JA, 1999-III-809.

⁶⁵ En un supuesto similar -cunnilingus a una menor de 9 años-, luego de compartir el razonamiento técnico del Tribunal mediterráneo transcrito y siguiendo Doctrina de Donna, en un publicitado caso reciente, un Tribunal Nacional consideró que en el caso en juzgamiento *"no se verifica un exceso en las pautas del ultraje que ya contiene el tipo básico de abuso deshonesto"*, por lo que la calificación legal que corresponde al hecho imputado es la de abuso sexual simple. Cfr. Albrecht, Mario E., CCyC, Sala I, 03/05/06.

a que el abuso sexual, por su duración o circunstancias de realización, "hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima", constituye un elemento normativo del tipo. En tal sentido, se ha sostenido que esos elementos, al menos de la especie que aquí interesa, reclaman una valoración de carácter no jurídico, que debe efectuar el juez quien debe motivarse entonces en "criterios éticos-sociales o standards de comportamiento reconocidos socialmente", con el consiguiente nivel de dificultad para identificarlos en el marco de una sociedad pluralista... (Voto de la Dra. Tarditti)."⁶⁶.

Ahora bien, para que se configure típicamente la calificante, dicho *sometimiento* debe ser producido por una (o ambas) de las formas previstas expresamente por la ley:

a) *Por su duración*: es necesario que el abuso se prolongue temporalmente, ya sea que el acto se extienda más tiempo del normal requerido para su realización, o bien que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo⁶⁷.

Por su parte, Estrella, respecto de ésta última apreciación, hace la advertencia que la interpretación debe ser prudente a fines de evitar equívocos, ya que "una cosa es, como lo expresa la ley, 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 mínima duración, y que, por consiguiente, ninguno de ellos reúne las difusas exigencias objetivas del tipo...Entendemos que en estos supuestos sólo será de aplicación la figura básica en función con las reglas del concurso material (art. 55, Cód. Penal)"⁶⁸.

Nuestra jurisprudencia registra el caso de un sujeto que, luego de hacer ingresar a su domicilio a unos hermanos de 8 y 9 años de edad, le realiza tocamientos impúdicos con su pene en la región anal al mayor de ellos, durante el lapso de una hora aproximadamente⁶⁹.

b) *Por las circunstancias de su realización*: comprende los ataques sexuales que por sí mismos resultan escandalosos, humillantes, peligrosos o de un alto contenido vejatorio para la víctima⁷⁰. Son alcanzados por el concepto aquellos actos sádicos, denigrantes, vindicativos, bromistas, etc., en la medida que no exista acceso carnal o se intente aquel (empalamiento, introducción de dedos⁷¹, botellas, palos, consoladores, instrumentos o elementos ortopédicos en zonas pudendas o asimilables de la víctima, cunnilingus, annilingus, etc.), como aquellas conductas abusivas realizadas ante determinadas personas

⁶⁶ TSJ Córdoba, Sentencia N° 82, "González, Orlando M.", 09/09/2004.

⁶⁷ DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, p. 48.

⁶⁸ ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, pp. 85-86. Razonamiento similar se tiene en cuenta Sent. N° 72/2005, 09/11/05, Expte. N° 139/2005 "P., M. F. -Abuso sexual simple agravado por el vínculo - Capital", donde la Cámara Penal N° 2, a pesar de un pedido fiscal de condena por abuso sexual simple como delito continuado, entiende que al poder discriminarse en autos cinco hechos delictivos, cometidos entre los años 2001 y 2004, corresponde la aplicación de las previsiones del Concurso Real (Art. 55 CP), descartándose el delito continuado a los fines de la determinación de la pena y, en consecuencia, hasta una posible calificación legal de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración.

⁶⁹ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 31/2004, 15/10/04, Expte. N° 81/2004 "A., D. -Rapto propio calif. en Conc. Ideal con Sustracción de Menores (1° y 3°). Abuso sexual gravemente ultrajante (2° y 4°) - Huillapima - Depto. Capayán". En el caso citado, dicho Tribunal de Sentencia concursó idealmente el delito de abuso sexual gravemente ultrajante con el de corrupción de menores agravada por el medio de comisión (engaño). En nuestra Doctrina, Clemente ilustrando la hipótesis teórica en tratamiento expone el ejemplo de un victimario que retiene a un menor de 13 años dentro del domicilio, efectuándole tocamientos reiterados, durante un tiempo prolongado. Cfr. CLEMENTE, José Luis, *Abusos sexuales*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 83.

⁷⁰ GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 32.

⁷¹ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 31/2006, 15/08/06, Expte N° 194/2005 "A., F., -Abuso s/acceso carnal gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente (2 hechos) y Abuso sexual s/acceso carnal agrav. sit. conv. en Conc. Real (1 hecho) - Huillapima - Depto. Capayán". En el caso llevado a juzgamiento, y respecto del delito en análisis, el acusado fue condenado por haber realizado, en dos oportunidades, tocamientos impúdicos contra una menor de diez años, los cuales incluían la introducción de sus dedos en la vagina de la víctima.

vinculadas afectiva o laboralmente a la víctima o en un sitio con trascendencia pública. Cierta doctrina encuadra los supuestos del sexo oral no consentido dentro de esta modalidad⁷².

El primer caso resuelto por nuestros Tribunales reseña a un sujeto que el 13 de Mayo del año 2000, en horas de la siesta, se encontraba en el Arroyo Fariñango de la ciudad Capital, y molesto por el ruido de unos menores que se encontraban cerca jugando y que perturbaban su pesca, toma a uno de ellos, le baja los pantalones y violentamente le introduce un marlo de choclo, de unos quince centímetros de longitud aproximadamente, en el ano⁷³.

Del citado fallo podemos resaltar, que luego de compartir la falta de precisión semántica jurídica del nuevo tipo penal -siguiendo razonamiento de Donna-, el judicante considera que en el caso llevado a juzgamiento existe *un excedente* que configura un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima, en razón de la particular concreción de la agresión sexual: "*...introducción de un elemento lacerante (marlo de choclo), a modo de "falo", en el ano del menor...*". Reafirmando, concluye: "*...la básica naturaleza sexual del acto abusivo, se ve incrementada por la efectivización degradante y humillante, por su pública realización, situación esta que califica el sometimiento de la voluntad sexual, haciéndolo pasible de su subsunción legal, dentro de los parámetros típicos del art. 119, 2do. dispositivo del C.P., calificación de la conducta del sujeto activo del ilícito, en punto a las circunstancias aprobiantes de su realización...*" (Voto del Dr. Carlos A. Roselló).

Más reciente resulta el precedente, también mediante la introducción de objetos en partes íntimas de la víctima, donde se condena a un sujeto por haber ingresado un cable en la zona anal de un menor de tres años, elemento con el que además se ocasionó lesiones en la integridad física del sujeto pasivo⁷⁴.

Dentro de la modalidad consumativa desarrollada, mencionamos el caso de un sujeto que sorprende a un menor de 8 años, que volvía de comprar el pan, y le ofrece la suma de un peso para dejarse tocar la cola, a lo que el niño se opone. Entonces el victimario, lo toma por la fuerza y lo lleva a un baldío cercano, bajándole el short y colocándolo boca abajo, lo toca con su miembro viril en distintas partes del cuerpo del menor (cola, cabeza y parte del rostro). Luego obliga a la víctima a que le toque sus genitales. Estas conductas duraron aproximadamente media hora. En los fundamentos del fallo, si bien el juzgador reconoce que el tiempo de duración de la conducta abusiva no ha podido ser precisada adecuadamente, probablemente por la corta edad y el trauma sufrido por la víctima, sí resultan debidamente acreditadas las circunstancias de realización del hecho: "*...el agente ha excedido notoriamente lo que serían meros actos de tocamientos inverecundos sobre la víctima (menor de ocho años), al haberle rozado el pene "e recto" en distintas partes de su cuerpo como el ano, nalgas, cara y boca, a la vez que le realizaba movimientos (propios de una*

⁷² Entre otros, NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Tomo IV, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 248 y ss.; LAJE ANAYA, Justo-GAVIER, Enrique, *Notas al código penal argentino*, Tomo II, Parte especial, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995, p. 137; GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2º edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 41 y ss.; DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2º edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, p. 50; BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Mave, Corrientes, 2003, p. 396; CLEMENTE, José Luis, *Abusos sexuales*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 97; TENCA, Adrián, *Delitos sexuales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 87 y ss.; EDWARDS, Carlos E., *Delitos contra la integridad sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 29-30; PANDOLFI, Oscar, *Delitos contra la integridad sexual (Ley 25.087)*, La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 45 y ss..

⁷³ Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 25/2000, 24/10/2000, Expte. Nº 100/2000 "C., P. R. -Abuso sexual agravado - Capital".

⁷⁴ "*... En efecto, ha quedado fehacientemente comprobado a través del material probatorio colectado en autos que el encartado Romero introdujo un cable en el ano del menor..., el que para la época de los sucesos sólo contaba con tres años y ocho meses de edad...El accionar del encartado...implicó para el infante un sometimiento sexual gravemente ultrajante...*", Voto del Dr. Juan C. Sampayo, al que adhiere el Dr. Roberto D. Mazzuco. Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 14/2006, 18/05/06, Expte. Nº 113/05 "R., D. R. - Abuso sexual gravemente ultrajante - Capital".

relación sexual) y habersele tirado encima después de arrojarlo al piso y exigido por la fuerza que le tocara los genitales..." (Sentencia única y de redacción colectiva)⁷⁵.

Encuadra dentro de la figura en análisis, el supuesto de una persona, quien se atribuía ser curandero, que procedió a realizar su actividad en dos mujeres mayores, consistiendo su *modus operandi* en hacer desnudar a la víctima, pasarle alcohol en forma de masajes por su cuerpo, incluyendo zonas íntimas e introducirle sus dedos en la vagina, aprovechando el efecto sorpresa que la situación le propiciaba⁷⁶

También podemos citar el precedente condenatorio a un profesional médico que durante la consulta, hace desnudar a la paciente de 17 años, con la intención de practicar una ecografía hepática, y valiéndose del elemento sorpresa, dada su condición y acto a realizar, le introduce una pastilla en la vagina a la menor, para luego tocarla en su zona genital y senos. Al querer ésta reaccionar, el sujeto activo la toma fuertemente de sus pantorrillas, y continuando con la conducta abusiva, le pregunta a la víctima si sentía excitación por la situación y si tenía novio, a la par de sugerirle que viniera sola a la próxima consulta⁷⁷.

Del suceso llevado a juzgamiento, podemos concluir que, notoriamente, estamos ante un "exceso en el acto médico", en consideración a las circunstancias que rodearon al caso, las que permiten asimismo acreditar un ánimo especial por parte del galeno, incompatible con una actuación estrictamente profesional⁷⁸.

Respecto de la recepción jurisprudencial de la *fellatio in ore* no consentida como supuestos de abuso sexual gravemente ultrajante, en nuestra Provincia, uno de los Tribunales de Sentencia, la Cámara Penal de Segunda Nominación, se enrola en esta posición -cimentando sus resoluciones en los fundamentos de la Doctrina parcial que alega tal encuadramiento legal-. Advertimos que, dentro del material consultado y del período en análisis, no se registran fallos de la Corte de Justicia que hayan determinado un direccionamiento hacia una determinada postura.

Dentro de los precedentes podemos citar el de un sujeto que, en una fiesta familiar, mediante engaños saca a su compañera de baile del salón, una menor de 11 años. Luego, en forma violenta la lleva a un domicilio colindante, haciéndola ingresar a una habitación, donde la tira en la cama y comienza a besarla por diferentes partes del cuerpo, inclusive su vagina. A continuación, mediante amenazas obliga a la víctima a que le succione su miembro viril, hasta eyacular en su boca. El judicante consideró debidamente probado que *"...el procesado procedió no sólo a realizar tocamientos en la víctima sino que además la sometió a un abuso degradante como es el hecho de haberle obligado a una "fellatio in ore"... Así la doctrina ha indicado que queda abarcada por el inciso segundo del art. 119 del Código Penal, dado la gravedad de la pena la "fellatio in ore", porque ello provoca una humillación y sometimiento en la víctima y es sexualmente degradante cuando se hace en contra de la voluntad del sujeto pasivo (Edgardo Alberto Donna, pág. 46 -*

⁷⁵ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 28/2003, 22/08/03, Expte. N° 80/2003 "N., F. R. - Abuso sexual gravemente ultrajante - Valle Viejo".

⁷⁶ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 23/2006, 20/03/06, Expte. N° 68/2005 "C., R. de J. -Abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante (1°, 3°, 4° y 5°), Abuso sexual simple en grado de tentativa (2° y 6° hechos) - Andalgalá". En el referido caso, de los hechos acusados llevados a debate, la mayoría de ellos resultan descartados por absolución, algunos por el testimonio de las víctimas que consideraron que no existía una *mala intención* por parte del acusado que afectara su integridad sexual, y otros por el beneficio de la duda.

⁷⁷ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 24/2005, 01/07/05, Expte. N° 145/2004 "M. M., A. E. - Abuso sexual gravemente ultrajante - Capital"

⁷⁸ Respecto la apreciación jurídica del acto médico, la necesidad de la concurrencia de un elemento subjetivo especial y la particularidad de las circunstancias.. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 15° edición, Tirant lo Banch, Valencia, 2004, pp. 212-213; BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial.*, Tomo I, 2° edición actualizada, Mave, Corrientes, 2003, pp. 360-362.

Delitos contra la Integridad Sexual).- " (Voto del Dr. Rodolfo Bustamante, al que adhieren los demás Jueces de Cámara)⁷⁹.

2.3. Abuso sexual con acceso carnal.

El Art. 119 CP en su tercer párrafo recepta el tipo penal que viene a sustituir al antiguo delito de violación, pero de acuerdo a la reciente redacción es posible advertir una serie de diferencias respecto aquel y una extensión del ámbito de protección atento las características del nuevo bien jurídico.

La conducta material reprimida es el *acceso carnal*, entendido éste como *penetración sexual*, perfeccionado por el sujeto activo en la víctima, mediando las circunstancias o medios de comisión establecidos en el primer párrafo del Art. 119 CP, explicados supra.

La *penetración sexual* comprende la *introducción* total o parcial del *pene* en el cuerpo del sujeto pasivo, por alguna de las vías admitidas por la Ley, esto es, la *vagina*, el *ano*, o la *boca* -esta última, según la posición doctrinaria que se acepte y conforme desarrollaremos más adelante-.

La Ley sólo requiere la penetración, cualquiera sea su intensidad, aunque fuera superficial. No se requiere una cópula perfecta, bastando el denominado "coito vestibular o vulvar", a fines de su consumación típica. No es necesario ni la desfloración, la eyaculación o la satisfacción genésica, extremos que resultan extraños al concepto jurídico de acceso carnal⁸⁰.

A los fines ilustrativos, vale la extensión dada por el Tribunal Supremo de España: "*El concepto de penetración tiene un fundamento normativo... presupone...la introducción del órgano sexual masculino en las cavidades vaginal, bucal y anal... tanto cando se penetra como cuando se hace penetrar*" (Ponente: Sr. Martínez Arrieta)⁸¹.

Sujeto activo del delito puede ser un *hombre*, ya que no caben dudas que es quien, por cuestiones biológicas, se encuentra en condiciones de penetrar. Pero, atento el núcleo del nuevo verbo típico, "*hubiere*" que reemplaza a "*tuviere*", también pueden ser sujetos activos del acceso carnal tanto la *mujer*⁸², como el *hombre homosexual* o *pederasta pasivo* que se hacen penetrar por un varón, quedando comprendidos los casos de *violación inversa*, de los que ya hablaban Maggioro, Carrara, Fontán Balestra, entre otros⁸³.

Sujeto pasivo del delito puede ser cualquier persona, tanto mujer como hombre. Debe tratarse de una persona con vida, quedando excluidos para el Derecho Penal argentino los accesos mantenidos con cadáveres (necrofilia), o con animales (actos de bestialidad), aunque en éste último caso, de acuerdo a sus modalidades

⁷⁹ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 38/2003, 04/11/03, Expte. N° 100/2003 "F., D. O. - Abuso sexual gravemente ultrajante- Capital". En idéntico sentido, en otros supuestos de *fellatio in ore* no consentida contra víctimas menores de edad: Sent. N° 27/2004, 21/09/04, Expte. N° 17/2004 "C., P. A. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo -Capital-", y Sent. N° 31/2004, 15/10/04, Expte. N° 81/2004 "A., D. -Rapto propio calif. en Conc. Ideal con Sustracción de Menores (1° y 3°). Abuso sexual gravemente ultrajante (2° y 4°) - Huillapima - Depto. Capayán-", donde dicho Tribunal de Sentencia concursó idealmente el delito de abuso sexual gravemente ultrajante con el de corrupción de menores agravada por el medio de comisión empleado. Este último caso presenta la particularidad que es el autor *quien* realiza el sexo bucal al menor de 8 años, habiéndose valido de conductas engañosas para hacerlo ingresar a su domicilio.

⁸⁰ ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 98.

⁸¹ Tribunal Supremo de España, 2°, Sentencia 19/11/2002. Vale recordar que el Art. 179 CP Español prescribe: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal.... el responsable será castigado como *reo de violación* con la pena de prisión de seis a 12 años.

⁸² "*Debe optarse en el caso de autos, por si corresponde considerar como violación cuando el autor del abuso sexual no ejecuta el acceso carnal, sino que es el accedido, fellatio in ore mediante... puede ser sujeto activo de violación... tanto el hombre que penetra como la mujer que se hace penetrar*", Cám. 2° Crim. Mendoza, 01/09/04, autos 3424 "Fiscal c. S., E. P/apelación". Sin embargo, parte de nuestra Doctrina sigue considerando, por diversas razones, que *únicamente* puede ser sujeto activo del delito un *hombre*. Entre otros, DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, pp. 67-69; GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 35-41; EDWARDS, Carlos E., *Delitos contra la integridad sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 26; FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 162-165.

⁸³ Tal lo ilustra, PARMA, Carlos, *Delitos contra la integridad sexual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 76.

y consecuencias, es posible determinar una responsabilidad penal por los delitos de daños (Art. 183 CP) o de actos de malos tratos o crueldad contra animales (Ley 14.346).

De acuerdo al nuevo bien jurídico protegido, en la medida que resulte acreditada la comisión de una relación sexual con penetración o intento de ella *en contra* de la voluntad de la víctima, mediando las circunstancias o medios de comisión previstos, el delito se consuma, sin interesar la relación legal o afectiva entre las partes, o la honestidad sexual del sujeto pasivo. Por ello, más allá de la particular situación de los deberes derivados del vínculo conyugal (Art. 198 CC), el Código Penal, superando antiguas interpretaciones doctrinarias⁸⁴, protege en forma integral a la cónyuge⁸⁵, a la concubina, a la novia⁸⁶, y hasta la prostituta⁸⁷ y el transexual⁸⁸.

De la lectura del material jurisprudencial consultado, nos resultó llamativo un caso en el que el judicante se interrogaba respecto de la posibilidad de un embarazo sin penetración sexual. El magistrado concluía respecto de la incógnita planteada aseverando que, desde el punto de vista lógico-natural, tal circunstancia era posible, ya que a pesar del informe médico categórico respecto de las características del himen compatibles con la virginidad, frente la posibilidad de la masturbación con eyaculación sobre el cuerpo de la víctima en período fértil resultaba factible el inicio de la gestación, atento la mecánica de reiteración de los abusos sufridos y relatados por la menor⁸⁹.

Habíamos manifestado que para la consumación del delito era necesario la concurrencia de las circunstancias o medios de comisión previstos en la Ley, y cuyo desarrollo teórico realizamos páginas atrás. Ahora, mencionando los mismos, nos detendremos en la referencia de algunos precedentes jurisprudenciales provinciales.

En los supuestos de víctima menor de 13 años, citamos los siguientes antecedentes: el de un sujeto que, durante un período de aproximadamente un año, abuso sexualmente de una menor de 9 años, accediéndola reiteradamente por vía vaginal⁹⁰; el de otro sujeto que fue dejado a cuidado de un menor de 3 años, cuyos padres se dirigían al trabajo, quien aprovechándose de tal situación accedió analmente al niño⁹¹;

⁸⁴ Sobre la evolución de la Doctrina nacional en este tema, Cfr. AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, pp. 72-82.

⁸⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 23/12/2002 . Baliño, Marcelo. *"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, CPPN"*.

⁸⁶ *"...un atentado a la libertad sexual como en el caso que nos ocupa, está reprimido ciertamente por el Código de fondo, libertad de la que gozan aún las mujeres que hubieren tenido antes relaciones íntimas con el victimario..."*, Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Exhortos, Auto N° 32/2006, 03/07/06, "G., R. C.", Voto del Dr. Edgardo R. Alvarez.

⁸⁷ Tal lo reconoce, el Dr. Edgardo R. Álvarez en su voto, en Auto N° 32/2006, 03/07/06, "G., R. C.", Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Exhortos: *"...Para reafirmar en forma englobante lo dicho, agrego que yendo aún más allá, la ley también protege sobre la señalada libertad sexual, incluso a las mujeres de mal vivir (prostitutas)..."*.

⁸⁸ Extensamente, FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 173-180. Siguiendo a MORAS MON, el autor referido comparte: *"Una penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo del sujeto operado y sometiéndola a violencia para poder llevarla a cabo, es, en el concepto jurídico, y desde nuestro punto de vista constitutivo del delito de violación"*.

⁸⁹ Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Exhortos, Auto N° 30/2006, 21/06/06, "R., L. A.", Voto del Dr. Raúl H. Da Prá

⁹⁰ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 26/2002, 12/08/02, Expte. N° 77/2002, "R., J. A. - Abuso sexual con acceso carnal reiterado en conc. real - Los Altos -Depto. Santa Rosa".

⁹¹ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 20/2001, 05/06/01, Expte N° 2272000 "L., J. A. - Abuso sexual calificado - San Antonio - Fray Mamerto Esquiú". El condenado ya contaba con un antecedente de inimputabilidad en un supuesto similar. Cfr. Resolución de fecha 06/12/1999 emitida por el Juzgado de Instrucción de Tercera Nominación en Expte. "L" N° 467/99. Considerando la especial situación de persistencia de la patología sexual de base: pedofilia y su falta de reconocimiento de responsabilidad penal durante el tránsito penitenciario, lo que dificultó su abordaje terapéutico, el Juzgado de Ejecución Penal le denegó el pedido de libertad condicional ante la no concurrencia del presupuesto de *evolución positiva en su proceso de reinserción social* (Art. 28 cc. Arts. 1, 101 y 104 Ley 24.660), tal Auto N° 77/2006, 05/06/2006, Expte N° 86/06 "Incidente de Libertad Condicional del interno penado J. A. L."

el sujeto que, en la Colonia del Valle, condujo a una menor de 11 años a un sitio alejado del poblado, y violentamente la accedió carnalmente por vía vaginal -reiterándose tal conducta abusiva en tres oportunidades, semana de por medio-⁹²; aquel que retiró al niño de 9 años de la Escuela y lo condujo a un paraje deshabitado para accederlo bucal y analmente a cambio de monedas y chupetines⁹³; y el del sujeto que sorprende a una menor de 10 años en su habitación y violentamente la accede vaginalmente, cesando en su cometido al escuchar que el hermano de la víctima se acercaba silbando a la casa⁹⁴.

En el supuesto de víctima privada de razón, citamos el caso del sujeto que accede vaginal y analmente a una mujer de 24 años, poseedora de un cuadro de oligofrenia moderada⁹⁵.

Respecto de víctima privada de sentido, mencionamos el antecedente de un sujeto que, en horas de la siesta, ingresa por la ventana a una habitación y aprovechando el profundo sueño de la víctima, una mujer de 24 años, comienza a accederla vaginalmente, utilizando violencia una vez despierta aquella⁹⁶.

Mientras que utilizando violencia contra una víctima mayor de edad, mencionamos el caso del sujeto que accede vaginal, anal y bucalmente a su ex novia, de 23 años, sirviéndose de cachetadas, golpes de puño y mordeduras para vencer la resistencia de aquella⁹⁷; y el de aquel que retira, mediante amenazas, a una menor de 15 años del boliche bailable "Bigote", trasladándola a un edificio abandonado cercano y accederla vaginalmente, empleando violencia física⁹⁸.

2.3.1. La configuración típica de la *fellatio in ore* en la nueva Ley de Delitos Sexuales.

Como bien lo señala Estrella, el cuerpo humano tiene otros orificios o conductos aparte de la vagina y el ano, que conducen hacia su interior, y que, por consiguiente, pueden ser penetrados.

Y en esta cuestión se produce la discrepancia, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, dividiéndose las opiniones sobre si la penetración del órgano sexual masculino por vía bucal en contra de la voluntad de la víctima es un acceso constitutivo del delito de en análisis o, si por el contrario, tal conducta es constitutiva de un abuso sexual simple o gravemente ultrajante⁹⁹.

Así, sintéticamente, podemos distinguir:

A) *Postura tradicional*:

No la considera como un supuesto de violación en razón de entender, siguiendo la ciencia médica, que la boca no tiene una conformación anatómica que sirva de vaso receptor a la actividad sexual, a diferencia de la vagina y el ano que si la poseen, debido a que se encuentran conformadas por glándulas de evolución y proyección erógenas.

También hacen valer los antecedentes legislativos y consideran que si el legislador hubiera querido despejar cualquier conflicto interpretativo, expresamente debería haber transcrito la *vía bucal*, como lo hace el Código Penal español en su articulado, tal fuente directa de la reforma.

⁹² Cámara Penal N° 1, Sent. N° 21/2001, 20/11/01, Expte. N° 80/2001 "Q., J. A.; Q., R. A. - Abuso sexual con acceso carnal reiterado (3 hechos) en concurso real, Exhibiciones obscenas (Art. 119, 3er. Párrafo y 129 2do. párrafo del C.P.) y Abuso sexual con acceso carnal agravado (Art. 119, 3er. Párrafo en función del 4to. Párrafo inc. f) del C.P.) - Capayán".

⁹³ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 42/2006, 15/11/06, Expte. N° 284/05 "P., R. P. - Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía continuado (1° Hecho), Exhibiciones obscenas y Abuso sexual simple en concurso real (2° Hecho) - Capital".

⁹⁴ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 10/2004, 26/05/04, Expte N° 244/2003 "R., L. O. - Abuso sexual con acceso carnal - San José Norte - Santa María"

⁹⁵ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 14/2005, 06/05/05, Expte. N° 09/2004 "Z., G. E. - Abuso sexual con acceso carnal - Pomán".

⁹⁶ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 28/2001, 13/08/01, Expte. N° 34/2001 "M., P. - Abuso sexual agravado - Capital".

⁹⁷ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 08/2005, 07/04/05, Expte. N° 05/2004 "G., J. A. - Abuso sexual con acceso carnal - La Merced".

⁹⁸ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 39/2006, 14/11/06, Expte. N° 44/06 "B., L. M. - Abuso sexual con acceso carnal - Capital".

⁹⁹ ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 99.

La *fellatio in ore* no consentida se trataría de un abuso deshonesto -según la actitud de los autores clásicos, hoy asimilable al abuso sexual simple-; o de un abuso sexual gravemente ultrajante -tal la posición asumida por autores contemporáneos-.

En nuestra Doctrina ya sentaban esta postura, autores de la talla de Núñez, Gómez, Molinario; hoy continuada por Gavier, Laje Anaya, Donna, Buompadre, Edwards, Pandolfi, Clemente, Tenca, entre otros.

Jurisprudencialmente la admiten:

Antes de la Ley 25.087:

SC Mendoza, 28/06/89, "Fiscal c. M., M. P/Abuso deshonesto y corrupción en conc. ideal s/Casación"¹⁰⁰.

CNCP, Sala I, "Luna, Daniel", 11/11/97.

CNCP, Sala IV, "Rey, 13/11/97.

Después de la Ley 25.087:

TS Entre Ríos, Sala I Penal, 04/06/03, "Mendoza, Juan".

En nuestra provincia:

Cámara Penal de Segunda Nominación¹⁰¹:

Sent. N° 38/2003, 04/11/03, Expte. N° 100/2003 "F., D. O. - Abuso sexual gravemente ultrajante- Capital".

Sent. N° 27/2004, 21/09/04, Expte. N° 17/2004 "C., P. A. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo -Capital-".

Sent. N° 31/2004, 15/10/04, Expte. N° 81/2004 "A., D. -Rapto propio calif. en Conc. Ideal con Sustracción de Menores (1° y 3°). Abuso sexual gravemente ultrajante (2° y 4°) - Huillapima - Depto. Capayán-"

B) Postura contemporánea:

La considera como un supuesto de violación, ya que tal conducta configura un acceso carnal al cuerpo de la víctima por una vía con significación sexual, a la par de tener en cuenta el aspecto integral del nuevo bien jurídico que se pretende proteger, como el espíritu de la ley manifestado en los debates parlamentarios.

En su momento se enrolaban en esta línea, Fontán Balestra, Moras Mon, Ure; compartiendo la misma los contemporáneos Reinaldi, Villada, Arocena, Figari, Parma, Estrella, Ledesma, Achával, actualmente Creus, entre otros.

Jurisprudencialmente la admiten:

Antes de la Ley 25.087:

TS Córdoba, 31/05/48, "M., J. G."¹⁰².

Cám. De Apelaciones de Azul, 21/02/56.

CNACyC, Sala VII, 30/09/97, "A., M.A."

CNCP, Sala III, "Bronsztein", 19/11/98.

Después de la Ley 25.087:

SC Mendoza, 21/09/01, "Fiscal c. B. L., O. E. P/Abuso sexual s/Casación".

TSJ Córdoba, Sala Penal, "Lazo, Flavio", Sent. N° 88/02, 11/10/02.

TSJ Córdoba, Sala Penal, "Godoy, Eduardo", Sent. N° 11/04, 22/03/04.

¹⁰⁰ "...la cavidad bucal no es conducto apto que pueda originar el acceso carnal, por carecer la boca de glándulas de evolución y proyección erógenas. La *fellatio in ore* solo 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".

¹⁰¹ Nota de actualización: Dicho Tribunal con nueva integración, mantiene la postura por mayoría, Sent. N° 05/2010, "V., A. de J.", 10/03/10.

¹⁰² "No existe ningún fundamento para excluir al coito oral de los actos susceptibles de configurar el delito de violación, cuando concurren las circunstancias que prevé el art. 119 del Cód. Penal. El Código, al usar la expresión "acceso carnal", ha implicado en el concepto de violación, sin ningún tipo de distingo, no sólo la penetración vaginal o anal, sino toda otra "penetración equivalente", como la llamada *fellatio in ore*"

CNCP, Sala I, "S., O. R. y B., M. A. s/Rec. de casación", 11/10/01.

CNCP, Sala IV, "C., V. H. s/Rec. de casación", 04/04/03.

CNCP, Sala III, "R., S. M. s/Rec. de casación", 04/02/04.

CNCP, Sala III, "Videla, Hugo L.", 23/02/04¹⁰³.

STJ Chaco, "Ledesma, Luis", 28/02/05.

En nuestra provincia:

Cámara Penal de Primera Nominación¹⁰⁴:

Sent. N° 15/2005, 13/05/05, Expte. N° 88/2004 "G., L. R. - Abuso sexual agravado (1° hecho) y Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía (2° hecho) en concurso real - San Isidro - Depto. Valle Viejo".

Sent. N° 08/2005, 07/04/05, Expte. N° 05/2004 "G., J. A. - Abuso sexual con acceso carnal - La Merced".

Sent. N° 64/2005, 01/02/06, Expte. N° 33/2005 "G., R. C. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima - Capital"¹⁰⁵.

Sent. N° 42/2006, 15/11/06, Expte. N° 284/05 "P., R. P. - Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía continuado (1° Hecho), Exhibiciones obscenas y Abuso sexual simple en concurso real (2° Hecho) – Capital".

Estamos en presencia de un delito doloso, que consiste en la voluntad de tener el acceso carnal y en el conocimiento de las condiciones o situación en la que se encuentra la víctima, y de su voluntad contraria al acto.

Respecto de la particular situación del error sobre la edad de la víctima menor de 13 años, la jurisprudencia supo dar distintas soluciones al problema, desde la atipicidad del hecho, pasando por la tipificación como violación y hasta la consideración típica como delito de estupro, en la medida que concurren las demás exigencias normativas de tal figura¹⁰⁶. Sin embargo, existe coincidencia doctrinal que la desaprensiva o negligente ignorancia y la duda sobre la edad de la víctima, no excusan al autor que deberá responder por el delito de abuso sexual con acceso carnal a título de dolo eventual¹⁰⁷.

Sobre el tema podemos destacar el voto minoritario del Dr. Santiago Olmedo, quien consideró ajustada a derecho la calificación jurídica como estupro del caso juzgado, donde el encartado de 38 años de edad accedió carnalmente, en forma reiterada, a una menor de 12 años, quien prestó su consentimiento al efecto, con el convencimiento que esta tenía 15 años, según sus dichos y su aspecto corporal. El magistrado sostuvo, previo citar jurisprudencia nacional coincidente, que la situación planteada: *"...es suficiente para generar en mi ánimo una duda razonable de que en el caso concreto pudo haber un error acerca del conocimiento que tuvo el imputado sobre la edad de la menor, lo que, de todos modos, no eximirá al autor de la responsabilidad en el hecho, pero obligaría a encuadrar al suceso, por el beneficio de la duda, en la hipótesis fáctica más favorable al reo..."*¹⁰⁸.

¹⁰³ "...La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero además... no se puede prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma". Recomendamos la lectura del fallo, por ilustrar sobre el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial del tratamiento del sexo oral no consentido, a la par de resaltar la riqueza técnica de sus fundamentos.

¹⁰⁴ Nota de actualización: Idéntica postura asume la flamante Cámara Penal de Tercera Nominación por unanimidad, Sent. N° 06/2009, "C., A. N.", 19/02/09; Sent. N° 31/2009, "B., E. A.", 22/06/2009 (Tribunal Unipersonal, Juez Dra. Patricia Olmi).

¹⁰⁵ La presenta causa tiene la particularidad que el Fiscal de Instrucción imputa y posteriormente requiere con éxito la prisión preventiva ante el Juez de Control de Garantías bajo la figura penal de Abuso sexual gravemente ultrajante. Posteriormente, el Fiscal de Cámara solicita el cambio de la calificación legal por Abuso sexual con acceso carnal al momento de perfeccionar la acusación ante el Tribunal de Sentencia, siguiendo la postura del mismo en supuestos similares.

¹⁰⁶ Sobre la problemática del error, puede verse extensamente DONNA, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, pp. 75-79; FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 63-72; BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Mave, Corrientes, p. 365-368.

¹⁰⁷ GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 25.

¹⁰⁸ Cámara Penal N° 2, Sent. 21/2005, 02/04/05, Expte. N° 147/2004 "F., W. R. - Abuso sexual con acceso carnal agravado - Manantiales - Depto. Santa Rosa".

El delito se consuma con el acceso carnal, cualquiera sea el grado de penetración.

Admite tentativa¹⁰⁹. Al respecto, vale la siguiente reseña: "*...La violación admite la tentativa, al ser un delito de resultado y por tal motivo, antes de la penetración son admisibles actos de ejecución que, guiados con el dolo de violación, se conducen hacia el fin propuesto pero no se consuman por razones ajenas a la voluntad del autor, de acuerdo al art. 42 del Código Penal... En el caso de autos....no cabe inferir otra cosa que no sea el propósito deliberado del encartado de intentar acceder sexualmente al menor. A esta conclusión llegamos si se tiene en cuenta que llamó a su víctima hacia el fondo de la vivienda y luego de ubicarse tras de una pared y bajarle el pantalón y estando de rodillas a punto de consumir su intención, ser sorprendido por la madre...*"¹¹⁰.

2.4. Agravantes.

El Código Penal en los párrafos cuarto y quinto del Art. 119 y en el Art. 124, establece circunstancias agravantes comunes para los delitos de abuso sexual simple, gravemente ultrajante y con acceso carnal, a excepción de la prevista en el Inc. c) del cuarto párrafo del Art. 119 que no resulta aplicable para el abuso sexual simple.

A continuación haremos una breve referencia a cada una de ellas, reseñando cuando corresponda los precedentes jurisprudenciales locales.

2.4.1. Por el resultado:

a) Cuando resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima (Art. 119, 4º párr. Inc. a) CP):

La calificante requiere de dos condiciones, la primera, que se trate de un *grave* daño en la salud física o mental del ofendido, entendiéndose por tal aquellas consecuencias lesivas de cierta entidad y que importen un desequilibrio orgánico funcional relevante. No se exige que tales perjuicios se equiparen necesariamente con las consecuencias previstas en los Arts. 90 y 91 CP, por lo que su determinación dependerá de las circunstancias del caso concreto. La segunda exigencia precisa que dicho daño sea una *consecuencia directa* del abuso sexual, es decir, que el grave daño debe ser un resultado del delito, ya que de lo contrario, estas lesiones concursarán materialmente con la agresión sexual (Art. 55 CP).

Respecto del agregado de grave daño en la salud *mental* de la víctima, mediante la Ley 25.087, precisión que si bien ya se consideraba incluida dentro del concepto genérico de "daño en la salud" por la Doctrina y jurisprudencia, en la práctica nos topamos con la dificultad probatoria de su delimitación técnica, sobre todo cuando las consecuencias del abuso sexual en la psiquis del sujeto pasivo, generalmente, se pueden visualizar con el tiempo. En esa dirección, resulta ilustrativa la pauta jurisprudencial sentada por el Tribunal de Casación Penal de Prov. de Buenos Aires, cuando sostiene que "*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*

¹⁰⁹ El maestro de Pisa definía la *tentativa de violencia carnal* como "*Cualquier acto con que se manifieste el comienzo de ejecución de la cópula, realizado con el fin de llegar a ésta, pero sin haber logrado consumarla*", CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Volumen II, 3º edición, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1972, pp. 295-296.

¹¹⁰ Cámara Penal Nº 2, Sent. Nº 112/2006, 31/08/06, Expte. Nº 85/2006 "A., J. B. -Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia preexistente - Capital". Voto de los Dres. Rodolfo Bustamante y Santiago Olmedo.

del trauma corriente que provoca en el sujeto pasivo toda conducta abusiva que lastime la integridad sexual, pues de lo contrario nunca se configurarían el tipo básico"¹¹¹.

En nuestra jurisprudencia provincial podemos destacar el antecedente de una menor de 13 años que fue accedida carnalmente, en forma reiterada, por dos sujetos, incluso utilizando uno de ellos un arma blanca. El Tribunal de Sentencia, siguiendo los detallados y concisos informes psicológicos incorporados en autos, que referían: *"...Lo acaecido es una irrupción en la vida que venía llevando y produce secuelas, daño en su vida psíquica, teniendo e cuenta también la edad, la etapa evolutiva que atraviesa... El estado emocional lleva a afectar lo físico, la menor no puede comer, inapetencia, sueño ininterrumpido y malestar general...se la visualiza más vulnerable que al momento del ataque...sentimientos de vergüenza y asco... De alguna manera pareciera que una sombra ha caído sobre su identidad, sobre su personalidad, sobre su cuerpo y que la atrapado...relata con dolor su vivencia de que "no puede sacarse de encima lo que pasó". "... debemos pensar en la dificultad de D. de iniciar un proceso de duelo que refiera a lo perdido (su virginidad y la confianza en el otro-otro mundo)... D. llora con el llanto de la pulsión de la muerte; la realidad le ha mostrado la cara de lo siniestro y este impacto no ha sido ni siquiera decodificado por su aparato psíquico... sus relatos incluyen también ideas de muerte y de "acabar con este dolor" ... Un acontecimiento traumático produce modificaciones profundas de la vida de relación social y personal, ellas implican el Daño Psíquico, D. L. no puede con lo que siente, con lo que piensa, no puede con su cuerpo..."*, entiende que corresponde aplicar la agravante por el resultado en análisis, ya que ha *"mediado un grave daño en la salud mental de la víctima"*; conclusión que se refuerza con los informes escolares que dan cuenta de la inasistencia de la menor al establecimiento educativo, de la que era segunda escolta, desde la comisión de delito, como también su abandono a actividades deportivas y extraescolares¹¹².

b) Muerte de la víctima (Ar. 124 CP):

El deceso debe ser resultado directo del abuso sexual, ya sea como consecuencia del delito mismo, o por las violencias desplegadas por el autor para ejecutarlo, o por las fuerzas desplegadas por la víctima para evitarlo, durante su ejecución.

Señalamos que la Ley 25.983 (BO: 26/05/2004) incrementa la pena de esta agravante a reclusión o prisión perpetua; mientras que con la sanción de las Leyes N° 25.892 (B.O.: 26/05/2004) y N° 25.948 (B.O.: 12/11/2004), el legislador excluye lisa y llanamente de la expectativa de acceder al derecho de libertad condicional (Art. 14 CP *in fine*), y del usufructo de las modalidades comprendidas en el período de prueba del régimen penitenciario, tales incorporación a un establecimiento abierto o basado en el principio de autodisciplina, salidas transitorias y semilibertad (Art. 15 Ley 24.660), como también de los derechos de prisión discontinua (Art. 36 Ley 24.660), semidetención (Art. 39 Ley 24.660) y libertad asistida (Art. 54 Ley 24.660), a las personas condenadas -entre otros delitos- por abusos sexuales seguidos de la muerte de la víctima (Art. 56 bis Ley 24.660), respectivamente¹¹³.

¹¹¹ TCPBA, sala II, 25/03/2004, "G.A.R. S/Rec. de casación".

¹¹² Cámara Penal N° 1, Sent. N° 25/2003, 24/11/03, Expte. N° 107/2003 "1) O., J. Á.; 2) O., L. F. - 1) Rapto propio en grado de tentativa, Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real; coautor de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado; 2) Coautor abuso sexual con acceso carnal triplemente agravado - Belén ", Voto del Dr. Roberto Dionisio Mazzuco.

¹¹³ Desarrollamos nuestra postura crítica sobre la nueva legislación de ejecución penal en *"La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho"*, *Doctrina Judicial*, Año XXI, N° 45, 9 de Noviembre de 2005, La Ley, Buenos Aires, pp. 681-687. También disponible en JA-2006-III, Número Especial. Ejecución Penal, 02/08/2006, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 24-32. Sobre los despropósitos del legislador en este tema, puede verse ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 59-63.

2.4.2. Por el vínculo (Art. 119, 4º párr. Inc. b) CP):

El abuso sexual se agrava cuando el sujeto activo fuere un ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima.

El delito se agrava por la sola relación parental entre los sujetos activo y pasivo¹¹⁴, y no necesariamente en la violación de los deberes de custodia surgidos de tal vínculo¹¹⁵, ni se exige un aprovechamiento del mismo para la comisión delictiva¹¹⁶.

El vínculo parental debe acreditarse conforme las exigencias de la Ley Civil. Al no distinguir la ley, el parentesco puede ser legítimo o natural (derivado o no del matrimonio, Art. 1º Ley 14.367). No hay limitación de grados entre los ascendientes o descendientes (Arts. 350, 351 y 352 CC), ni en la afinidad en línea recta (Art. 363 CC). Se comprenden los hermanos bilaterales como unilaterales (Art. 360 CC).

Sólo se tiene en cuenta el parentesco por consanguinidad, esto es, el derivado del vínculo de sangre; excluyéndose el derivado de la adopción. Este supuesto resulta atrapado por la agravante de persona "encargada de la educación o guarda" respecto del adoptante como autor, pero no en forma inversa. Estrella entiende que el legislador debería haber incluido la agravante del parentesco por adopción, al menos para la adopción plena¹¹⁷.

Si bien la Ley no lo exige, tal la tipificación del parricidio, es menester que el sujeto activo tenga conocimiento del vínculo que lo liga con la víctima. La Doctrina pacíficamente entiende que el error o ignorancia al respecto excluyen la culpabilidad del autor, no así la duda que no lo favorece y equivale al conocimiento¹¹⁸.

En nuestra jurisprudencia podemos citar dentro de los precedentes de abuso sexual simple agravados por el vínculo diferentes supuestos donde el padre¹¹⁹ o el abuelo¹²⁰ realizan tocamientos impúdicos sobre sus hijas y nieta, respectivamente; y con acceso carnal calificados de padres que someten sexualmente a sus hijas, uno en presencia de su madre y utilizando un arma blanca¹²¹, y otro mediante sexo bucal y vaginal a la menor de 8 años¹²², respectivamente.

La Ley 25.087 incluye expresamente a los tutores y curadores (Arts. 377, 468 y cc. CC) dentro de la agravante, inclusión acertada, más allá que la Doctrina y jurisprudencia ya los consideraba alcanzados por la calificante como encargados de la educación o guarda de la víctima.

Otra novedad prevista en la nueva legislación de Delitos Sexuales, es la calificante del delito cuando el autor sea "...un ministro de un culto reconocido, o no...", ampliando el limitado concepto de "sacerdote" de la regulación anterior. Con la nueva normativa también resultan atrapados en el concepto los ministros,

¹¹⁴ ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 63.

¹¹⁵ Como lo entiende, GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2º edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 64.

¹¹⁶ Tal exigencia de TENCA, Adrián, *Delitos sexuales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 107.

¹¹⁷ ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 64. En idéntico sentido, GAVIER, Enrique A., *op. cit.*, pp. 66-67.

¹¹⁸ GAVIER, Enrique A., *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁹ Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 16/2002, 07/08/02, Expte. Nº 87/01 "C., F. D. - Abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo en concurso ideal con Corrupción de menores – Abuso deshonesto agravado por el vínculo y Abuso sexual agravado por el vínculo - Belén - Catamarca". Cámara Penal Nº 1, Sent. 23/2003, 31/10/03, Expte. Nº 73/2003 "A., M. Á. -p.s.a- Abuso sexual simple reiterado agravado por el vínculo (3 Hechos) -Andalgalá-". Cámara Penal Nº 2, Sent. Nº 72/2005, 09/11/05, Expte. Nº 139/2005 "P., M. F. -Abuso sexual simple agravado por el vínculo - Capital".

¹²⁰ Cámara Penal Nº 2, Sent. Nº 27/2004, 21/09/04, Expte. Nº 17/2004 "C., P. A. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo -Capital-".

¹²¹ Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 05/2002, 11/04/02, Expte. Nº 137/01 "A., L. A. – Abuso sexual agravado (Dos hechos en Concurso Real) - Capital - Catamarca". Vale resaltar en dicho precedente, que por la naturaleza de la acción, los medios empleados para su comisión y la extrema peligrosidad demostrada por el autor; como el vínculo con la víctima y la extensión del daño causado a la misma, entre otras cuestiones, por mayoría, el Tribunal de Sentencia aplica al condenado una pena de veinticinco años de reclusión, de conformidad a las previsiones del Concurso Real (Art. 55 CP).

¹²² Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 25/2006, 04/07/06, Expte. Nº 208/05 "V., M. A. - Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (2 hechos) en conc. real - Chumbicha - Capayán".

sacerdotes o líderes de numerosas sectas o religiones que ninguna vinculación, admisión o autorización tienen del Estado argentino¹²³.

Por último, la Ley también agrava el delito cuando el autor es el encargado de la educación o de la guarda de la víctima. En el primer supuesto, se trata de aquel que en forma más o menos permanente, individual o colectivamente, por encargo o por función, tiene la tarea de instruir al sujeto pasivo. Mientras que en el segundo supuesto, queda comprendido aquel que por ley, convención o simplemente por una situación de hecho, lícita o aún ilícita, tiene el cuidado y atención de una persona, por un período más o menos extenso¹²⁴.

La Doctrina, en forma mayoritaria, ha considerado que el fundamento de la agravante respecto de los supuestos del ministro de culto y de los encargados de la educación o guarda descansa en la particular relación existente entre el autor y la víctima que facilita la comisión del delito; y no por el sólo hecho de poseer dicha calidad¹²⁵.

En nuestra jurisprudencia se destaca el fallo condenatorio a un sujeto que realizó tocamientos impúdicos y obligó a una menor de 4 años a que le practicara una *fellatio in ore*, niña que se había dirigido a su domicilio a jugar con su hija de edad semejante. La mayoría consideró que se daba la calificante de la guarda, siguiendo posturas doctrinarias de Fontán Balestra y Núñez, quienes entendían que esta quedaba configurada por cualquier circunstancia en la que el autor tuviere a su cuidado al menor. En apoyo, citaban un precedente anterior a la Ley 25.087, en la que se confirmaba un fallo similar, donde la Corte de Justicia de Catamarca sostuvo que dentro del concepto de *encargado de la guarda* quedaban incluidos aquellos que realizaban un *cuidado principal sustitutivo* del cuidado que les corresponde a los padres, sea permanente o transitorio¹²⁶. En autos, concluían, que la circunstancia de que la menor víctima concurriera al domicilio del acusado a jugar con su hija, fundamentaba la configuración de la guarda exigida normativamente por la agravante. Mientras que la disidencia sostenía que tales extremos no eran suficientes para calificar el delito, toda vez que la interpretación en estos casos debía ser restrictiva, ya que de la causa surge que "*...el inculpado no adquirió ni voluntariamente, ni convencionalmente, ni tampoco de hecho la guarda de la niña, razón por la que me pronunció por la descalificación de la imputación, debiendo encuadrar elhecho dentro de la tipicidad del Abuso sexual simple*"¹²⁷.

2.4.3. Por ser el autor portador consciente de una ETS y hubiere existido peligro de contagio (Art. 119, 4º párr. Inc. c) CP):

Los abusos sexuales gravemente ultrajante y con acceso carnal se agravan si el autor tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual (ETS) grave, y como consecuencia del contacto sexual no consentido hubiere existido peligro de contagio para la víctima.

El autor debe saber a ciencia cierta que padece de una ETS grave, es decir, aquella susceptible de producir efectos perjudiciales en la salud de un tercero -sin que resulten dichas consecuencias equiparables a las previstas en los Arts. 90 y 91 CP-, y mantener consciente y voluntariamente una relación sexual de las

¹²³ ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 64-65.

¹²⁴ ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 66-67. Ver asimismo los ejemplos expuestos.

¹²⁵ GAVIER, Enrique A., *op. cit.*, pp. 66-67.

¹²⁶ Sentencia Corte de Justicia N° 03/2002, 08/04/2002, Expte. Corte N° 39/01 "Recurso de Casación, interpuesto por los Dres. Arnaldo Adolfo Patria y Labid José Morcos en causa expte. Nro. 224/99 - "C., A. A. s/Abuso deshonesto agravado".

¹²⁷ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 15/2005, 13/05/05, Expte. N° 88/04 "G., L. R. - Abuso Sexual Agrav. (1º hecho) y Abuso Sexual con Acceso Carnal por cualquier vía (2º hecho) en Concurso Real - San Isidro - Dpto. Valle Viejo". Voto de la mayoría, Dres. Roberto D. Mazzuco y Juan C. Sampayo. Voto de la minoría, Dr. Carlos A. Roselló.

previstas en los párrafos 2º y 3º del Art. 119 CP, contra la voluntad de la víctima, y que de la misma, conforme la modalidad de su realización, existiera peligro de contagio de la ETS, abstracto para algunos autores¹²⁸, concreto para otros¹²⁹.

Entre las ETS referidas quedan comprendidas la sífilis, la blenorragia, el herpes genital, el papilomatosis venéreo, las secreciones masculinas y femeninas genitales genocóccidas y no genocóccidas, el molusco contagioso, el chancro blando, el linfogranuloma venéreo, la hepatitis B, y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)¹³⁰.

Reiteramos que el presente agravante no resulta aplicable para la figura del abuso sexual simple, ya que, conforme el mecanismo de perfeccionamiento del tipo básico, resulta prácticamente imposible la potencialidad del contagio ante la inexistencia de un contacto sexual apto a esos fines.

La jurisprudencia local registra el caso de un sujeto que, una vez enterado de que era portador de HIV, continuó con su habitual conducta de acceder carnalmente a su hija menor, sin que se haya comprobado a la fecha del plenario que la misma haya resultado efectivamente contagiada, "... *lo que no lo exime al encartado, en modo alguno, de responder por esta agravante*"¹³¹.

2.4.4. Por el número de intervinientes o con armas (Art. 119, 4º párr. Inc. d) CP):

Los abusos sexuales de los tres primeros párrafos del Art. 119 CP se agravan si la agresión sexual fue cometida por dos o más personas, ya sea que actúen como coautores o como autor y partícipes primarios (p/ej.: el que sujeta a la víctima mientras el autor abusa sexualmente de la misma). Con la nueva redacción legislativa, se requiere un mínimo de dos personas ejecutantes del tipo penal¹³².

La calificante reside en las menores posibilidades defensivas del sujeto pasivo frente a la pluralidad de agentes, y consecuentemente, las mayores facilidades que ello importa para la ejecución del delito.

En nuestra jurisprudencia recordamos el caso de una menor de 13 años, accedida carnalmente en forma reiterada por dos hermanos, utilizando uno de ellos un arma blanca¹³³.

El delito también se califica si es cometido con armas, ya sean estas propias o impropias¹³⁴. Pero para que funcione la agravante, será menester que dicha arma, propia o impropia, sea utilizada como medio intimidatorio o vulnerante destinado a doblegar la resistencia de la víctima.

El fundamento de la agravante radica en el real y mayor peligro que para la vida e integridad física de la víctima importa la utilización de un arma por el sujeto activo del ataque sexual.

¹²⁸ REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el código penal argentino. Ley 25087*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 107.

¹²⁹ ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 88. El autor citado entiende que si se produce efectivamente el contagio, resultará de aplicación la agravante por el resultado referida a la producción de un grave daño en la salud de la víctima.

¹³⁰ AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 93. Del mismo, actualizado en AA.VV., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1 Dogmática (Interpretación), Director: Fabián I. Balcarce, Lerner, Córdoba, 2007, pp. 272-273.

¹³¹ Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 25/2006, 04/07/06, Expte. Nº 208/05 "V., M. A. - Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (2 hechos) en conc. real - Chumbicha - Capayán", Voto del Dr. Juan C. Sampayo.

¹³² Sobre las dificultades y exigencias de la pretérita legislación, ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹³³ Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 25/2003, 24/11/03, Expte. Nº 107/2003 "1) O., J. Á.; 2) O., L. F. - 1) Rupto propio en grado de tentativa, Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real; coautor de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado; 2) Coautor abuso sexual con acceso carnal triplemente agravado - Belén".

¹³⁴ Son armas propias aquellos instrumentos destinados para el ataque o la defensa (revólver, cuchillo, etc.). Son armas impropias aquellos instrumentos susceptibles, mediante su uso, de aumentar el poder ofensivo o defensivo del autor (palo, botella, ladrillo, etc.), NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2º edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner Editoria Córdoba, Córdoba, 1999, p. 72.

Por ello, parte de la Doctrina entiende que la agravante no funciona en los supuestos que el arma empleada sea simulada o de utilería, o bien, siendo de fuego, esta sea inepta o se encuentre descargada, salvo que se la utilice blandiéndola tal un arma impropia¹³⁵.

Aquí recordamos nuevamente el precedente citado de los hermanos agresores, utilizando uno de ellos una cuchilla¹³⁶; y el del padre que accediera carnalmente a su hija de 15 años, frente a su madre y usando un cuchillo, con el que le rompía la ropa y se lo pasaba por el cuello a la víctima, doblegando su resistencia y facilitando la comisión del delito¹³⁷.

2.4.5. Por la calidad funcional del autor (Art. 119, 4º párr. Inc. e) CP):

Se agrava el ataque sexual cuando fuere cometido por personal de las Fuerzas Policiales o de Seguridad, en ocasión de sus funciones.

El agravante descansa en la circunstancia de que se trata de personas que violan el deber de protección hacia los habitantes, del que fueron investidos por Ley.

Únicamente pueden ser autores del delito, dentro de las *Fuerzas Policiales*, los miembros de la Policía Federal y de las policías provinciales; y dentro de las *Fuerzas de Seguridad*, los integrantes de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina y de la Policía Aeronáutica.

Quedan excluidos, quizás por un olvido del legislador, los componentes de los Servicios Penitenciarios Federal y provinciales, que no son considerados técnicamente Fuerzas Policiales ni de Seguridad. Tal omisión no tiene sentido, si tenemos en cuenta que tales funcionarios se encuentran en una relación de preeminencia y poder respecto de las personas privadas de libertad, bajo su custodia¹³⁸.

Es necesario que el abuso sexual sea cometido "en ocasión de sus funciones", es decir, cuando el autor está realizando un acto para el cual tiene competencia funcional y territorial.

No se registran a la fecha de la presente investigación antecedentes jurisprudenciales locales respecto de la calificante en estudio.

2.4.6. Por aprovechamiento de la situación de convivencia (Art. 119, 4º párr. Inc. f) CP):

El delito también se agrava si el autor, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de 18 años, abusa sexualmente de ella.

Se trata de una agravante novedosa en la letra de nuestro catálogo punitivo, ya que dichas circunstancias ya resultaban atrapadas en la figura del encargado de la guarda, de la anterior regulación típica.

¹³⁵ Entre otros, ESTRELLA, Oscar Alberto, *op. cit.*, p. 70; CLEMENTE, José Luis, *Abusos sexuales*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 78-79; DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, p. 96; FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Actualizado por Guillermo Ledesma, 16º edición actualizada, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 233-234. En contra, PARMA, Carlos, *Abuso sexual*, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2005, pp. 79-80 y FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 228-229.

¹³⁶ Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 25/2003, 24/11/03, Expte. Nº 107/2003 "1) O., J. Á.; 2) O., L. F. - 1) Rapto propio en grado de tentativa, Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real; coautor de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado; 2) Coautor abuso sexual con acceso carnal triplemente agravado - Belén".

¹³⁷ Cámara Penal Nº 1, Sent. Nº 05/2002, 11/04/02, Expte. Nº 137/01 "A., L. A. - Abuso sexual agravado (Dos hechos en Concurso Real) - Capital - Catamarca".

¹³⁸ Al respecto, Carrara ya sostenía y hasta distinguía: "Castíguese, pues, al carcelero que abusa de su función por haber faltado a su deber, pero manténgase una distinción racional entre el carcelero que se aprovechó del consentimiento de una mujer lúbrica, y el carcelero que brutalmente viola a una virgen confiada a él por otro delito", CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Volumen II, 3º edición, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1972, pp. 295-296. CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Volumen II, 3º edición, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1972, p. 249.

El legislador ha querido castigar aquellas situaciones criminales tan habituales, perfeccionadas aprovechando las situaciones de convivencia o cercanía entre el sujeto activo y pasivo.

Para la consumación del delito se requiere la convivencia, esto es, la circunstancia de cohabitar bajo el mismo techo con la víctima, situación que debe presentarse con anterioridad a la agresión sexual, aunque el autor no tenga la guarda o el cuidado legal o de hecho del sujeto pasivo.

El sujeto pasivo debe ser menor de 18 años.

En nuestra jurisprudencia destacamos el caso de un sujeto que aprovechando la situación de convivencia preexistente realizaba reiterados tocamientos impúdicos e introducción de dedos en la vagina de una menor de 10 años¹³⁹; el de otro sujeto que realizaba tocamientos impúdicos contra la menor hija de su concubina¹⁴⁰; el que obligó a una *fellatio in ore* a un menor conviviente¹⁴¹; y los sujetos que accedieron carnalmente a la menor hija de su concubina¹⁴², y a su hija¹⁴³.

2.5. Abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima consentidora.

Dentro del bien jurídico de la Integridad Sexual, con la represión de este delito, se procura tutelar un aspecto de aquel, la inexperiencia o inmadurez sexual de la víctima mayor de 13 años y menor de 16 años.

La inexperiencia o inmadurez sexual se compadece con el estado de incontaminación sexual que, sin importar ignorancia en cuestiones sexuales, resulta incompatible con el desenvolvimiento sexual adquirido por su práctica, o por la ligereza o corrupción de las costumbres¹⁴⁴.

Esta inexperiencia, recalamos, no significa ignorancia en temas de la sexualidad humana.

Inexperta, a los términos de la Ley, tal lo ilustra didácticamente Estrella, puede ser un menor con conocimiento intelectual de lo sexual, pero no contaminado sexualmente por no haber tenido anteriores y efectivas prácticas de tal naturaleza¹⁴⁵. En ese orden de ideas, vale nuestro referente jurisdiccional: "...*En el caso de autos, esa inexperiencia e incontaminación sexual se desprende diáfananamente de los propios dichos de la menor víctima cuando afirmó que: "...antes de tener relación con su tío no la tuvo con ningún otro ni tampoco después... "...*"¹⁴⁶.

Esta figura típica, que guarda cierta similitud con el derogado delito de estupro, consiste en un abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal realizado con el consentimiento de la víctima inmadura

¹³⁹ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 31/2006, 15/08/06, Expte. N° 194/05 "A., F. – Abuso sexual S/acceso carnal gravemente ultrajante Agravado por la situación de convivencia preexistente (2 hechos) y Abuso sexual S/acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente por la situación de convivencia preexistente en Concurso Real (1 hecho) - Huillapima - Dpto. Capayán".

¹⁴⁰ Cámara Penal N° 2, Sent. N° 28/2004, 24/09/04, Expte. N° 97/04 "B., M. D. - Abuso sexual Agravado por situación de convivencia preexistente en forma continuada (1° y 2° hecho) en Concurso Real"; y Cámara Penal N° 2, Sent. N° 28/2006, 31/03/06, Expte. N° 120/2005 "P., R. A. - Abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima y Abuso sexual C/acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima (2 Hechos)". En éste último caso, por mayoría se decide la condena, encuadrando un hecho en la pretérita legislación y el segundo en las previsiones de la Ley 25.087, atento su fecha de comisión. En el hecho más nuevo y a pesar de la acusación por abuso sexual con acceso carnal, al no acreditarse fehacientemente esta circunstancia, la conducta punible del acusado se encuadra en la figura básica.

¹⁴¹ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 64/2005, 01/02/06, Expte. N° 33/2005 "G., R. C. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima - Capital".

¹⁴² Cam. Penal N° 2, Sent. N° 04/2001, 08/03/01, Expte. N° 190/00 "B., S. N. - Abuso sexual con Acceso carnal calificado - Pozo de Piedra - Belén"; y Cámara Penal N° 1, Sent. N° 21/2001, 20/11/01, Expte. N° 80/2001 "Q., J. A.; Q., R. A. - Abuso sexual con acceso carnal reiterado (3 hechos) en concurso real, Exhibiciones obscenas (Art. 119, 3er. Párrafo y 129 2do. párrafo del C.P) y Abuso sexual con acceso carnal agravado (Art. 119, 3er. Párrafo en función del 4to. Párrafo inc. f) del C.P.) - Capayán ". En este caso, el Tribunal de Sentencia hace valer también la agravante de la guarda de hecho, que la Jurisprudencia reconoce al concubino respecto de los hijos de su pareja.

¹⁴³ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 25/2006, 04/07/06, Expte. N° 208/05 "V., M. A. - Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (2 hechos) en conc. real - Chumbicha - Capayán".

¹⁴⁴ "No es ignorancia, sino ausencia de experiencia práctica en el ámbito sexual", Cám. 2° Apel. CyC de Formosa, "C., E. I.", 18/05/05.

¹⁴⁵ ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 145.

¹⁴⁶ Voto del Dr. Juan C. Sampayo, Cámara Penal N° 1, Sent. N° 11/2002, 05/06/02, Expte. N° 194/2001 "Q., W. M. - Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía agravado - Capital-".

desde el punto de vista sexual, mayor de 13 y menor de 16 años, aprovechándose el autor de tal circunstancia derivada de una relación de preeminencia respecto de aquella¹⁴⁷.

Entonces, son elementos del delito:

A) *Agresión sexual*, consistente en un abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal.

B) *Consentimiento de la víctima inmadura sexualmente*, mayor de 13 y menor de 16 años. Esta figura penal, a diferencia de los abusos sexuales desarrollados supra, exige que el sujeto pasivo haya prestado su consentimiento para la realización de la relación sexual; sólo que el legislador le resta valor a dicha conformidad atento la inexperiencia de la víctima en el campo práctico de la sexualidad. Por lo tanto, de acreditarse la utilización de cualquier medio violento o coactivo para la consumación del contacto sexual, la conducta se trasladaría a los tipos penales previstos en el Art. 119 CP..

C) *Aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima*.

No basta que la víctima sea inexperta sexualmente, sino que resulta necesario que el autor se aproveche de tal inexperiencia, mediante halagos, engaños o cualquier artificio para persuadir al sujeto pasivo a consumir los objetivos sexuales propuestos.

La Ley establece los supuestos de los que se puede valer el autor para aprovecharse de la inexperiencia de la víctima y obtener su consentimiento al acto sexual:

a) *Mayoría de edad*, el autor debe tener más de veintiún años¹⁴⁸, conforme lo precisa la Doctrina mayoritaria¹⁴⁹, en razón de ser la conclusión que mejor se compadece con la idea integralidad del ordenamiento jurídico¹⁵⁰.

b) *Relación de preeminencia*, lo que significa que el autor se encuentra en una situación de superioridad o prerrogativa frente al menor, cualquiera fuere la causa que la hubiere originado (p/ej.: una relación de parentesco, de tutela o curatela, de educación o guarda, religiosa, laboral, funcional, etc.¹⁵¹).

c) *Otra circunstancia equivalente*, permitiendo la Ley con esta expresión ampliar considerablemente el abanico de posibilidades, autorizando así la inclusión de situaciones análogas que, de otro modo, estaría prohibida, conforme lo apunta Reinaldi¹⁵².

Resaltamos que la mera existencia de tales situaciones de superioridad, aún conocidas por el sujeto activo, no son bastantes para la configuración típica de la conducta en análisis. Será necesario, a esos fines,

¹⁴⁷ En líneas generales, el ingrediente biológico del derogado delito de estupro, consistente en el acceso carnal, resulta ahora reemplazado con las conductas de abusos sexuales gravemente ultrajante y con acceso carnal; el ingrediente cronológico, que exigía una víctima mujer mayor de 12 y menor de 15 años, es reemplazado por la posibilidad de víctimas de ambos sexos y mayor de 13 y menor de 16 años; y el ingrediente ético de la honestidad sexual es hoy reemplazado por la inexperiencia o inmadurez sexual. Asimismo, la pretérita exigencia de la seducción presunta o real, según los autores, como medio para obtener el consentimiento de la víctima, resulta descartado por la vigente exigencia del aprovechamiento por parte del autor derivado de una relación de preeminencia sobre el sujeto pasivo.

¹⁴⁸ Nota de actualización: Con la modificación introducida por Ley N° 26.579 (BO: 22/12/09) que prescribe la mayoría de edad a los 18 años, el tope etario mencionado debería adecuarse al vigente.

¹⁴⁹ Entre otros, DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, pp. 114-115; FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 252; REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el código penal argentino. Ley 25087*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 124; AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 100. En contra PANDOLFI, Oscar, *Delitos contra la integridad sexual (Ley 25.087)*, La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 80; PARMA, Carlos, *Abuso sexual*, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2005, p. 100. Al respecto: "... A su vez también resulta indudable la mayoría de edad del autor del evento, el que contaba al momento de su consumación con cuarenta y un años de edad. -...". Voto del Dr. Juan C. Sampayo, Cámara Penal N° 1, Sent. N° 11/2002, 05/06/02, Expte. N° 194/2001 "Q., W. M. -Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía agravado - Capital-".

¹⁵⁰ Ver nota de actualización n° 148.

¹⁵¹ Tal lo ejemplifica, REINALDI, Víctor F., *op. cit.*, p. 126.

¹⁵² El autor ejemplifica con situaciones, en las que no existe subordinación jerárquica, laboral o docente o de otro tipo, pero en las que el menor siente un especial afecto o temor reverencial de las que se vale el sujeto activo para obtener su consentimiento en miras a futuras actividades sexuales. REINALDI, Víctor F., *op. cit.*, p. 127.

que aquel recurra a ellas para aprovecharse de la víctima y obtener su consentimiento para la relación sexual reprimida legalmente¹⁵³.

En ese sentido, el Superior Tribunal de Justicia de Chubut sostiene que: "*el nuevo art. 120 CP impone la necesidad de verificar que el abuso sexual reprochado se haya realizado con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima*"¹⁵⁴; lo que importa, complementando con lo anterior, que "*el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima no puede ser fundado en una presunción*"¹⁵⁵.

Respecto del delito en tratamiento, rige el principio de subsidiariedad (Art. 120 *in fine* CP).

Cualquier persona, hombre o mujer, puede ser sujeto activo del delito.

Sujeto pasivo puede ser, cualquier persona, hombre o mujer, mayor de 13 años y menor de 16 años. Si la víctima tiene menos de 13 años, la prestación su conformidad al acto carece de relevancia jurídica, ante la presunción *juris et de jure* de su falta de capacidad y discernimiento para comprender el significado del acto sexual; trasladándose en su caso la conducta a algunas de las previsiones del Art. 119 CP.. Si esta es mayor de 16 años, la relación sexual consentida es atípica.

Se trata de un delito doloso, que exige el pleno conocimiento del autor de realizar alguna de las conductas materiales prohibidas con una víctima mayor de 13 y menor de 16 años, cuyo consentimiento fue obtenido mediante aprovechamiento de su inmadurez sexual.

En la jurisprudencia local, merece señalarse el precedente donde se castiga a un sujeto por haber accedido carnalmente, en forma reiterada, a su sobrina de 14 años, mientras ésta lo visitaba en esta ciudad y ocasionando su embarazo. En dicho fallo, se produce una situación particular, ya que el voto en disidencia, acogiendo el planteo de la defensa, plantea una irregular promoción de la acción penal, al no haber denunciado el padre de la menor, aunque si lo hiciera su madre no conviviente, teniendo en cuenta el orden de prelación previsto en la Ley de forma en concordancia con particularidades derivadas del ejercicio concreto de la patria potestad. Por su parte, la mayoría del Tribunal considera correctamente promovida la acción penal, siguiendo importantes precedentes jurisprudenciales, sin perjuicio de dejar asentado que el acusado, al momento del hecho, detentaba la calidad de guardador de la víctima, circunstancia que de por sí habilitaba la persecución penal de oficio, tal la previsión del nuevo Art. 72 CP¹⁵⁶.

2.6. Agravantes.

El Abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima consentidora se agrava si mediere algunas de las circunstancias previstas en los incisos a) por el resultado, b) por el vínculo¹⁵⁷, c) por la patología del autor, e) por la calidad funcional del autor, y f) por la convivencia preexistente, del cuarto párrafo del Art. 119 CP. Por razones de brevedad, remitimos a lo allí expuesto.

En el precedente jurisprudencial local citado, el Tribunal de Sentencia calificó doblemente el delito, por el vínculo, ya que consideró que al autor cumplía las funciones de *guardador* de hecho de la menor, mientras ésta, procedente de una localidad del interior de nuestra Provincia, lo visitaba de su domicilio por

¹⁵³ AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 101.

¹⁵⁴ STJ Chubut, "V., R.", 16/03/05.

¹⁵⁵ TCP Bs. As., Sala I, 28/08/03. En el caso en examen, se dispuso la absolución en razón de haberse acreditado el consentimiento de la víctima mayor de 13 años, desfloración de antigua data y madurez psicosexual, conforme los exámenes técnicos pertinentes.

¹⁵⁶ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 11/2002, 05/06/02, Expte. N° 194/2001 "Q., W. M. -Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía agravado - Capital-".

¹⁵⁷ Excluimos como autor del delito al descendiente de la víctima, por obvias razones cronológicas.

períodos considerables de tiempo; y por aprovechar la necesaria situación de convivencia preexistente con aquella¹⁵⁸.

3. El avenimiento.¹⁵⁹

Al debatirse la reforma legislativa, Cafferata Nores sostuvo, en su informe, como miembro de la Cámara de Diputados: "... *Hay que tener en cuenta, además, que en la mayoría de los casos el nuevo modelo de reacción frente al abuso sexual, está orientado hacia un sistema que puede o no ser punitivo, hacia un modelo si se quiere compositivo, aún cuando conserve la sanción penal... Creemos que de ese modo, se satisface la pretensión punitiva del Estado, como así también se toma en cuenta el reclamo de la víctima de que se atiendan sus intereses, recurriendo a una alternativa legítima cual es la de participar, decidiendo el conflicto de acuerdo a los puntos de vista de los protagonistas*"¹⁶⁰.

Siguiendo las nuevas ideas de la posibilidad de legitimación política jurídica de la reparación del daño como tercera vía sancionatoria del Sistema Penal y una mayor participación del ofendido en la resolución del conflicto penal, el nuevo Art. 132 CP faculta a la víctima, mayor de 16 años, de cualquiera de los Abusos Sexuales tipificados en los Arts. 119, 1º, 2º, y 3º párrafos y 120 CP o del delito de Rapto Sexual simple del Art. 130, 1º párrafo CP, a proponer un avenimiento con el imputado, entendiéndose por tal un acercamiento o acuerdo conciliatorio entre las partes tendiente a armonizar el conflicto ocasionado por la agresión sexual¹⁶¹.

El Tribunal puede excepcionalmente aceptar la propuesta, en la medida que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente entre la víctima y el imputado, considere que es el modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la proponente. En tal caso, la acción penal quedará extinguida o, en el mismo supuesto, podrá disponerse la aplicación de lo dispuesto por los Arts. 76 ter y 76 quater CP.

Al no fijar la Ley como única forma de avenimiento "el casamiento con la ofendida" -tal el derogado Art. 132 CP-, se abre un catálogo de soluciones alternativas que van desde el pedido de perdón liso y llano del sujeto activo hasta cualquier circunstancia reparatoria con aptitud armonizar el conflicto, tales el reconocimiento de la paternidad, el pago de la cuota alimentaria, el ofrecimiento de una vivienda, la reparación económica del daño material y moral causado, el reestablecimiento de la relación afectiva, la asistencia con fines educativos, el pago de una obra social, propuestas de trabajo, etc¹⁶².

Recapitulando, para convalidar el avenimiento, el Tribunal interviniente -Juzgado de Control de Garantías, Juzgado Correccional, o Cámara Criminal- debe verificar los siguientes extremos:

a) *Víctima mayor de 16 años, que haya sufrido un atentado sexual de los tipificados en 1º, 2º, y 3º párrafos del Art. 119, Art. 120 y Art. 130, 1º párrafo CP.* Si la víctima es menor de 21 años, deberá ser asistida por su representante legal, tutor o curador, y hasta podrá serlo por alguna de las instituciones de asesoramiento o protección de víctimas, públicas o privadas.

¹⁵⁸ Cámara Penal N° 1, Sent. N° 11/2002, 05/06/02, Expte. N° 194/2001 "Q., W. M. -Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía agravado - Capital-".

¹⁵⁹ Nota de actualización: La figura de avenimiento fue recientemente derogada mediante Ley N° 26.738 (BO: 07/04/12); circunstancia que no impide su aplicación para la resolución de hechos cometidos con anterioridad a su vigencia conforme el Principio de Ley más benigna (Art. 2 CP). En forma crítica, BARBIROTTA, Pablo A., "*Análisis de la derogada figura del Avenimiento prevista en el artículo 132º del Código Penal de la Nación Argentina. ¿Es razonable su derogación?*", disponible: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/04/doctrina06_0.pdf (Fecha de consulta: 24/05/2012).

¹⁶⁰ Citado por GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 110.

¹⁶¹ Así, autores como Reinaldi han considerado que la regulación del avenimiento viene a representar la "*primera admisión legislativa de conciliación en materia penal*", REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el código penal argentino. Ley 25.087*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 244.

¹⁶² Acerca de las posturas doctrinarias respecto del contenido del avenimiento, puede verse AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001, pp. 188-190.

b) *Propuesta libre y voluntariamente formulada por la misma*, es decir, con discernimiento, intención y libertad, tal exigencias civiles (Arts. 897, 921, 922 y cc. CC). Debe quedar claro, que es la víctima *quien* propone el avenimiento.

c) *Preexistencia de una relación afectiva entre las partes*, tal una relación de amistad, noviazgo, concubinato, conyugal o ex conyugal.

d) *Modo más efectivo de armonizar el conflicto entre las partes*.

La oportunidad procesal es amplia, es decir, hasta tanto exista sentencia firme.

Los efectos legales pueden ser la suspensión del proceso a prueba, con la imposición de normas de conducta hasta la extinción de la acción penal (Art. 76 ter y quater CP), o directamente la extinción de la acción penal. Estos benefician exclusivamente al acusado a quien está dirigido y acepte el avenimiento.

En nuestra jurisprudencia podemos citar los precedentes "S." (Auto N° 290/00, 11/12/2000, Juzg. Inst. N° 4), "N., G." (Auto N° 82/01, 24/08/2001, Juzg. Inst. N° 2) y "A., L. F." (Auto S/N°, 28/12/2001, Juzg. Inst. Segunda Circunscripción Judicial de Andalgalá), supuestos en los que preexistía una relación de noviazgo entre las partes; "Y.", donde, por mayoría del Tribunal de Sentencia, se acepta el avenimiento, comprobándose una relación laboral-afectiva anterior (Sent. N° 03/05, 11/02/2005, Cám. Penal N° 2); mientras que se rechaza la solicitud en el antecedente "D. C.", al negar la peticionante cualquier tipo de vinculación afectiva-sentimental con el acusado (Auto N° 14/04, 16/12/2004, Juzg. Ctról. Grtias. N° 2), y en "P., M. A.", por tratarse de una relación de parentesco por consanguinidad directa -padre e hija menor-, figura calificada prevista en el 4° párrafo Inc. a) del Art. 119 CP, supuesto no incluido por el legislador¹⁶³ (Auto N° 71/05, 17/06/2005, Juzg. Ctról. Grtias. N° 1).

4. Persecución penal.

Los abusos sexuales (simple, gravemente ultrajante, y con acceso carnal), estupro y rapto son delitos perseguibles por acciones dependientes de instancia privada; lo que significa que, para que el Estado pueda investigarlos y juzgarlos, es necesario, como paso previo e ineludible, que la persona con derecho a instar su persecución efectúe la denuncia penal ante el Ministerio Fiscal o sus auxiliares (Art. 72 Inc. 1° CP).

Dicha instancia privada importa un límite al ejercicio de la potestad represiva estatal, tendiente a proteger la intimidad, la dignidad y la salud psicofísica de la víctima. Se procura prevenir la revictimización propia del proceso penal, de entidad relevante en la investigación de este tipo de delitos en razón del fuerte impacto producido en el sujeto pasivo y en su grupo afectivo cercano. El legislador pretende, en estos supuestos, evitar el llamado *strepitus forii*, es decir, la producción de un daño mayor que el ya causado por el delito en la víctima.

Se encuentra habilitado para denunciar, en primer término, el agraviado u ofendido directamente por el delito sexual. Debe tratarse de una persona *capaz*, desde el punto de vista civil para algunos (en líneas generales, mayor de 21 años o de 18 años si lo es por emancipación civil; sin perjuicio de los supuestos de emancipación por matrimonio o la mayoría de 18 años, edad que la Ley ya habilita para el ejercicio de determinados derechos), o desde la órbita penal para otros (mayor de 16 años, es decir, desde que es considerado imputable para el Derecho Penal). Por las razones victimológicas que informaron a la reforma de la legislación criminal sexual, Villada entiende que la segunda postura es la correcta, ya que por un lado, según la letra del Art. 132 CP, la víctima, sin hacer referencia a alguna edad en particular, se encuentra

¹⁶³ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, p. 204.

habilitada a instar la persecución penal, con la única exigencia del asesoramiento o representación de determinadas entidades; y por el otro, conforme idéntica norma, si la Ley faculta al menor mayor de 16 años a requerir la cancelación punitiva estatal a través del avenimiento, que más entendible que pueda requerir su investigación y posterior castigo¹⁶⁴.

En caso que el agraviado fuera un incapaz, la denuncia debe ser efectuada por sus representantes legales: a) quienes ejercen la patria potestad, esto es, los padres; b) los tutores; c) los curadores; o d) los guardadores, ya sean de hecho o de derecho (Art. 72 1º párrafo CP).

En estos supuestos, a diferencia de las acciones de oficio, la instancia es *subjetivamente indivisible*, pero *objetivamente divisible*, es decir que formulada la denuncia, la persecución comprende a todos los participantes del hecho, pero puede ser limitada respecto de los mismos¹⁶⁵.

Sin embargo, deberá actuarse de oficio en los delitos sexuales referidos cuando: a) resulte la muerte o lesiones gravísimas de la víctima; b) cuando esta sea un menor que no tenga padres, tutor, guardador o representante legal; o c) cuando el supuesto autor fuere su ascendiente, tutor o guardador (Art. 72 1º párrafo CP).

Mientras que podrá actuarse de oficio cuando el Fiscal interviniente considere que existen *intereses gravemente contrapuestos* entre el menor víctima y sus representantes legales (padres, tutor, curador o guardador), y siempre que dicha actividad oficiosa resulte más conveniente para el *interés superior* del menor -siendo de estimar que así lo será casi siempre- (Art. 72 2º párrafo CP)¹⁶⁶.

Existirían tales intereses contrapuestos cuando el representante legal sea el autor o cómplice del delito; o cuando el representante legal tenga vinculaciones de parentesco, laborales, de dependencia económica, de gratitud, de temor reverencial, o de cualquier otra índole que puedan gravitar en su determinación de no realizar la denuncia, restándole la debida protección al menor víctima.

5. Breve referencia a la regulación de los Delitos Sexuales en el nuevo Proyecto de Código Penal de la Nación.

En razón de su actualidad, más allá del aplazamiento de su tratamiento parlamentario por razones de conveniencia política, pretendemos hacer una mínima referencia a la previsión de los abusos sexuales en el reciente Proyecto de Código Penal, redactado por una Comisión Especial bajo la esfera del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el que en su Título V del Libro Segundo regula los "Delitos contra la Integridad y la Libertad Sexual".

De la lectura de los Arts. 154¹⁶⁷ y 155¹⁶⁸, y de otros tópicos del referido Proyecto de Código Penal, podemos concluir que, en líneas generales, se suprimen¹⁶⁹:

¹⁶⁴ VILLADA, Jorge Luis, *Delitos sexuales*, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 17-18.

¹⁶⁵ CLEMENTE, José Luis, *Abusos sexuales*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000, p. 147.

¹⁶⁶ Respecto de la regulación legal de la denuncia y procedimiento en supuestos de anoticiamiento de abusos sexuales en nuestro código de forma, GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl-GORKIEWICZ MORONI, Erica, *El nuevo proceso penal. Ley n° 5097. Catamarca*, Mediterránea, Córdoba, 2006, pp. 441-444.

¹⁶⁷ ARTICULO 154.- Se impondrá prisión de CUATRO (4) a DOCE (12) años al que con violencia o intimidación, obligare a otro a tolerar una relación sexual contra su voluntad. Se considerará relación sexual la penetración por la vagina o el ano practicada con el pene o con cualquier objeto.

Se impondrá la misma pena, aunque no hubiera violencia ni intimidación, a quien tenga relación sexual con un menor de DOCE (12) años.

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

a) Si el hecho se realiza de manera de causar 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 (10) años;
d) Si el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.

a) La *fellatio in ore* no consentida como supuesto de violación; b) La protección a la víctima privada de razón, sentido y que no haya podido consentir libremente la acción; c) Las agravantes por el vínculo respecto del descendiente, hermano y ministro de culto, por el empleo de armas, por ser el autor portador de ETS, por convivencia, por pluralidad de autores -aunque el Proyecto incluye el supuesto dentro de las pautas de mensuración de la pena-, por muerte de la víctima - aunque el Proyecto deja librada la situación a supuestos de concursos de delitos-; d) Los delitos de Estupro, Promoción y Facilitación de la Corrupción sexual, Exhibiciones obscenas y Rapto sexual -el Proyecto como una de las modalidades dentro de los Delitos contra la Libertad-; y e) La participación secundaria.

6. La ejecución penal de los delincuentes sexuales.

De conformidad a nuestra Legislación Penitenciaria, la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad procurar la reinserción social de la persona condenada, debiendo el régimen penitenciario ofertar al penado un tratamiento interdisciplinario a esos efectos, requiriendo su participación voluntaria (Arts. 1, 5 y 6 Ley 24.660 cc. Art. 75 Inc. 22 CN cc. Art. 10.3 PIDCP y Art. 5.6 CADH).

De ello, podemos concluir que la ejecución de la pena de prisión persigue un fin de *prevención especial* de cara a la resocialización del condenado, objetivo que, conforme la moderna doctrina penitenciaria, se circunscribe a que el penado *respete la ley penal* y que *se abstenga de cometer delitos en el futuro*.

Más allá de las aspiraciones legislativas, nuestra realidad es bastante ilustrativa de la deficiente infraestructura material y humana imperante en los centros de detención, para afrontar tales propósitos.

Ante tal cuadro, no provocado por el destinatario de la pena, la situación se torna más que complicada al momento que las agencias administrativas y jurisdiccionales deben considerar el retorno anticipado de un condenado al medio libre, por cualquiera de los institutos penitenciarios previstos (p/ej.: salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y asistida, etc.).

Sabemos del alto impacto social cuando, prensa mediante, se toma conocimiento de la comisión de un delito por un presidiario en usufructo de algunos de tales egresos anticipados. Y si se trata de un delito sexual, por un sujeto con antecedentes sexuales, la alarma social tomará dimensiones ilimitadas.

Se intentará buscar responsables de distintos ámbitos, con fines legítimos o no tanto. Pasará el tiempo, pero nadie se preocupará por trabajar seriamente en un programa de tratamiento con intenciones verdadera y operativamente resocializadoras. Hasta un nuevo suceso de reincidencia criminal.

En el Derecho comparado, el Reglamento Penitenciario español de 1996 establece que “*La Administración Penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo*” (Art. 116.4 RP).

Con motivo de la prescripción legal aludida, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a partir de 1999 empezó a implantar en algunos centros penitenciarios el Programa “*El control de la agresión sexual*”, proyectado por Garrido Genovés y María José Beneyto¹⁷⁰, que tiene como objetivos fundamentales:

¹⁶⁸ ARTICULO 155.- Se impondrá prisión de DOS (2) a OCHO (8) años al que con violencia o intimidación obligare a otro a realizar o tolerar alguna acción de contenido sexual que no estuviera contemplada en el artículo anterior. La misma pena se impondrá aunque no hubiera violencia ni intimidación si la víctima fuera un menor de DOCE (12) años. La pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de prisión si concurriere alguna de las circunstancias de agravación del artículo 154.

¹⁶⁹ Extensamente, FIGARI, Rubén E., “*Los delitos de índole sexual y su formulación en el anteproyecto de reforma al código penal*”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/40figari.doc> (fecha de visita: 10/Feb/2007).

¹⁷⁰ GARRIDO GENOVES, Vicente-BENEYTO ARROJO, María José, *El control de la agresión sexual. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión y en la comunidad. Manual para el terapeuta.*, Ed. Cristóbal Serrano Villalba.

a) El reconocimiento del penado de las situaciones de riesgo que le han conducido a la comisión del delito; b) El aprendizaje del control de impulsos; c) La concientización por parte del recluso de los daños producidos a las víctimas, sus familiares y personas de su entorno; y d) La asunción de responsabilidad de sus actos y de las consecuencias derivadas de ello¹⁷¹.

Resulta común escuchar que el delincuente sexual padece una patología y que “nunca se curará”, por eso que, al salir de la cárcel, volverá a caer en el delito. Sin embargo, corresponde hacer una aclaración necesaria: delitos sexuales *"ha habido y habrá siempre: son manifestaciones desviadas, conforme a patrones culturales y sociales que rigen el comportamiento sexual de las personas, del instinto sexual"*, y que el *"peligro de la reincidencia no es...privativo de los delincuentes sexuales, aunque hay que reconocer que la reincidencia en ellos provoca más alarma social que en otros delincuentes"*¹⁷².

6.1. Valoración jurisprudencial de derechos penitenciarios de egreso anticipado respecto de condenados por delitos sexuales.

Dentro de la jurisprudencia local en materia de ejecución penal, pudimos observar que respecto de los condenados por delitos sexuales, a merced de la contundencia de los informes criminológicos, una relevante proporción de sus peticiones de reincorporación anticipada al medio social fueron rechazadas jurisdiccionalmente, invitándoselos a los mismos a participar de tratamientos específicos mediante profesionales de la institución penitenciaria o privadas¹⁷³.

¹⁷¹ Sobre las características del Programa y la problemática en general de la situación del delincuente sexual en prisión, puede verse nuestro trabajo *"La resocialización de los delincuentes sexuales ¿Es posible ? Una perspectiva comparada"*, Icaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro, Año 1, Nº 1, Di Plácido, Buenos Aires, 2006, pp. 225-251.

¹⁷² HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 375-376. Los autores agregan: *"no está empíricamente demostrado que ese peligro de reincidencia sea superior al que se da en los autores de otros delitos...El riesgo de que se pueda volver a cometer el delito debe ser por tanto asumido, como debe serlo el del homicida, narcotraficante, estafador o ladrón que salen de la cárcel tras haber cumplido su pena y puede que, con mayor probabilidad que el delincuente sexual, vuelvan a delinquir"*.

¹⁷³ Juzgado de Ejecución Penal, Auto Nº 77/06, 05/06/06, Expte. Nº 86/2006 “Incidente de Libertad Condicional del interno penado J. A. L.”: *"... el informe pertinente nos hace referencia a una patología sexual que persiste en la actualidad y relacionada con el delito sexual por el que purga condena el requirente; y que si bien, es primario, registra antecedentes referidos a circunstancias similares, que no obstante tratarse de una causa resuelta mediante sobreseimiento por inimputabilidad del peticionante y en la que no existen constancias del sometimiento y evolución del penado al tratamiento psiquiátrico entonces ordenado (Resolución de fecha 06/12/1999 emitida por el Juzgado de Instrucción de Tercera Nominación en Expte. "L" Nº 467/99, obrante en el Expte. Principal a fs. 74/76), de conformidad a las reglas de la sana crítica racional, me permite considerar como otro parámetro valorativo respecto de la tendencia a la comisión de abusos sexuales y, que a la fecha, según informes criminológicos, el penado descrea de la misma, dificultando la ayuda profesional; circunstancia que permite predecir -dentro de nuestra humana falibilidad- un riesgo cierto de reincidencia criminal, principalmente respecto de potenciales víctimas vulnerables por su menor edad, atendiendo el diagnóstico técnico señalado supra. Por tales circunstancias, estimo que no concurre el presupuesto de evolución positiva en el proceso de reinserción social respecto del requirente, exigido normativamente, por lo que considero prudente la imperiosa necesidad de la continuación del régimen progresivo y la profundización en el tratamiento penitenciario por el peticionante, en pro de la ansiada neutralización de la reincidencia criminal, como meta perseguida con la ejecución de la pena de encierro ambulatorio (Art. 1º Ley 24.660 cc. Art. 10.3 PIDCP y Art. 5.6 CADH), postergando una nueva consideración del derecho de egreso anticipado requerido para la etapa procesal oportuna y de acuerdo a la evolución del penado en el tratamiento que se ofrezca por parte de la Administración Penitenciaria..."*. En sentido similar, Auto Nº 82/2006, 07/06/06, Expte. Nº 27/06 “Incidente de Libertad Condicional del interno penado M. B. P.”; y respecto de otros derechos de egresos anticipados, Auto Nº 228/2006, 29/11/06, Expte. Nº 67/02 “C., F. A. S/Salida Laboral”: *"..Que en relación al caso puesto en examen y valorando los impedimentos expuestos en el apartado precedente, el órgano jurisdiccional comparte el criterio expuesto por el Gabinete Criminológico sobre los aspectos deficientes de la personalidad del penado peticionante y de la potencialidad de reincidencia criminal, atento las aristas expuestas por el contundente informe criminológico pertinente, ya que nos encontramos ante un sujeto en el que persisten rasgos de su patología sexual, carencia de autocritica y debilidad en el control de impulsos en el área de la sexualidad, máxime ante víctimas vulnerables. Así también su historia personal, tampoco ayuda a un mejor pronóstico, ya que su soledad, escasos recursos personales y carencia de contención social-familiar, son pautas que dificultan la concesión de una oportunidad de regreso anticipado al medio libre, a través de esta previsión legislativa..."*; y Auto Nº 129/2006, 08/08/06, Expte. Nº 179/2003 “P., J. C. S/Ejecución de Condena”: *"...Que en relación al caso puesto en examen, el suscripto comparte el criterio expuesto por el Gabinete Criminológico en cuanto al concepto desfavorable del peticionante debido a su deficiente proceso de resocialización, no existiendo a la fecha una plataforma fáctica-técnica diametralmente distinta de la valorada jurisdiccionalmente, mediante Auto Nº 254/2005 (fs. 410) y que fundamentara la denegación del derecho peticionado, atendiéndose al perfil emocional e historia criminológica del interno requirente (persistencia de rasgos relevantes de su patología sexual vinculadas al delito por el que cumple condena y nuevo delito cometido en usufructo del régimen de semilibertad pretérito), a la que remito por razones de brevedad; sin perjuicio de recibir de recibo la predisposición del interno en el inicio de un*

En los casos que se avizoró una evolución positiva en el tratamiento desarrollado, se permitió el regreso gradual al medio libre, considerándose asimismo la persona que oficiara como tutor o empleador y tomándose una serie de precauciones respecto del impedimento de contacto con la víctima, procurando, dentro de las posibilidades humanas, disminuir el riesgo de reincidencia, a la par de respetarse nuestra legislación penitenciaria de espíritu profundamente humanista.¹⁷⁴

Sin lugar a dudas, se trata de una tarea sumamente delicada en la que se debe buscar cotidianamente el equilibrio en proporcionar el mayor bien al condenado sin descuidar la seguridad ciudadana, dentro de un Sistema, como el Penitenciario, que se basa justamente en *la convicción de que las personas pueden “cambiar”* y que los judicantes desempeñan *su función “apostando” sobre conductas futuras y, por tanto, con un margen incierto de probabilidad*, y careciendo de “dotes proféticos” *que permitan prever, sin margen de error, cualquier contingencia futura*¹⁷⁵, lo que no significa que no se tengan en cuenta los dictámenes técnicos criminológicos ni las posturas del Ministerio Fiscal, sino más bien procurando efectuar una interpretación integral de los elementos de mérito recolectados en consonancia con la normativa propia de un Estado de Derecho, reforzada por las prescripciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados con la Carta Magna de 1994¹⁷⁶.

tratamiento técnico y de reconocimiento de los aspectos de vulnerabilidad, terapia que se estima de una relevante duración, atento criterio profesional....”.

¹⁷⁴ Juzgado de Ejecución Penal, Auto N° 50/2006, 09/05/06, Expte. N° 218/04 “Incidente de Libertad Condicional del interno penado M. Á. V.”, interno que estuvo bajo tratamiento psicológico por más de dos años, contados a partir de la primera denegación del pedido de egreso anticipado y que fue paulatinamente reincorporándose al medio social a través del régimen de salidas transitorias y semilibertad: “... *Sin perjuicio del pronóstico del informe psicológico y de la postura del equipo profesional, estamos ante calificaciones trimestrales superlativas y con un progreso ascendente del penado en el régimen penitenciario progresivo, ya que supo observar regularmente sus derechos de salida y no apareció inmiscuido en circunstancias relacionadas a la patología de base apuntada, ni relacionadas a la ingesta de alcohol. Tales variables parecen no haber sido tenidas en cuenta por el Gabinete ni el Consejo Correccional y sus conclusiones no dejan de resultar contradichas por sus propios informes criminológicos. No debemos olvidar que los sistemas progresivos, desde Sir Crofton en adelante, recomiendan la posibilidad de egresos limitados anticipados al medio libre a fines de “poner a prueba” al penado y así contar con otro parámetro para valorar su futura reinserción social.*”; Auto N° 247/2006, 21/12/06, Expte. N° 196/06 “P., M. F. S/Salida Laboral”, interno que realizó un tratamiento ante una psicóloga particular con posterioridad a la primera denegación: “... *Que conforme consideraciones efectuadas supra, el suscripto estima que se encuentran cumplimentadas las exigencias normativas para la procedencia de la concesión de la Semilibertad en examen, considerando los intentos de superación demostrados por el interno, reflejados en los informes pertinentes, en el tratamiento técnico observado ante profesional particular (fs. 32/33) y la propuesta administrativa positiva, como el tiempo transcurrido de pena y la necesidad de evaluar su desenvolvimiento en el medio libre de cara a futuros derechos penitenciarios; circunstancias que lo posicionan en una situación favorable a efectos de permitirle una oportunidad para acceder a esta modalidad de la etapa de prueba del régimen penitenciario (Arts. 6, 12 y 15 Ley 24.660) y estimularlo en su proceso de reinserción social.*”; y Auto N° 190/2006, 27/10/06, Expte. N° 279/06 “C., M. F. S/Salida Laboral”, interno bajo tratamiento psicológico por un año desde su primera negativa y que durante ese tiempo se perfeccionó como coordinador del Programa de Alfabetización “Yo sí puedo”, a la par de cursar estudios introductorios de la Lic. de Trabajo Social del Programa Universidad en la Cárcel, como otras actividades institucionales; circunstancias valoradas jurisdiccionalmente como pautas “...*que permiten manifestar un pronóstico favorable de neutralización de reincidencia criminal, a las que instituciones penológicas como la analizada deben tender a sostener, a tono con las exigencias y finalidades de nuestra normativa penitenciaria (Art. 1 Ley 24.660 cc. Art. 5.6 CADH y Art. 10.3 PIDCP).*”.

¹⁷⁵ RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 89-91.

¹⁷⁶ En ese sentido vale el siguiente precedente: “...*La profesional en Psicología manifiesta que más allá del tipo de conflictiva del sujeto y las intervenciones realizadas, no se puede vaticinar con certeza su riesgo criminológico, por lo que emite un pronóstico reservado... De lo expuesto, el Gabinete de Clasificación y Criminología, en Acta N° 12/05, presta su opinión favorable por mayoría, con la disidencia de la profesional en psicología... Que corrida vista al Ministerio Fiscal, éste se expide negativamente al considerar que en razón del informe psicológico no resulta procedente la concesión del derecho en examen, al no haber el peticionante haber alcanzado el grado de readaptación requerido... Que en relación al caso puesto a examen, nos encontramos ante informes técnicos-criminológicos que permiten arribar a la conclusión de que el interno solicitante es un sujeto que ha observado regularmente los reglamentos carcelarios....; mientras que su posibilidad de avanzar gradualmente en el régimen y tratamiento penitenciarios fue efectuada de acuerdo a las posibilidades, gozando regularmente de permisos especiales por razones familiares. Es primario y de conformidad al informe técnico se han logrado avances en el reconocimiento del hecho y en el control de impulsos, reflexionando sobre su conducta infractora Cuenta con posibilidades laborales ciertas en el medio libre y con una importante contención familiar... Que respecto del pronóstico emitido por la profesional en Psicología, comparto que es imposible -desde el punto de vista humano- presagiar el riesgo de reincidencia criminal -y desde esta sede jurisdiccional nada se exige sobre ello-... Y esta observación jurídica se debe a que en el análisis de este tipo de derechos respecto personas condenadas por delitos sexuales, resulte habitual un pronóstico reservado por el solo hecho de la naturaleza del delito, lo que a riesgo de ser malpensado -y pido disculpas anticipadas-, ello se puede deber a prevenir la probable “condena social” -propiciada por “preocupaciones mediáticas”- en caso de reincidencia delictiva, al haber “advertido” técnicamente al magistrado tal posibilidad.... A su vez, circunstancias como las señaladas, permiten el exclusivo fundamento de las posturas de los representantes del Ministerio Fiscal*

Toman fuerza, en ese sentido, las palabras de Schall-Schreibauer cuando expresan que “*una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad*”¹⁷⁷, las cuales resultan transcriptas en distintos fallos resolutorios de egresos anticipados requeridos por personas condenadas por delitos sexuales.

A modo de conclusión.

A través de nuestro trabajo de tinte exploratorio-descriptivo, simplemente hemos querido acercar, a modo de aproximación, la postura jurisdiccional respecto de la interpretación y aplicación de la nueva legislación punitiva, si bien limitada a los tipos penales de Abusos Sexuales y el Avenimiento; dejando al lector la valoración crítica profunda de tales consideraciones técnicas, sin perjuicio de ínfimas estimaciones personales.

Al respecto, nos despiertan inquietudes las pautas valorativas jurisdiccionales para distinguir un abuso sexual simple reiterado del abuso gravemente ultrajante por su duración; como la distinta consideración típica de la *fellatio in ore* en los Tribunales de Sentencia, sin que exista a la fecha una directriz por parte del Tribunal Superior, quien no llegó a considerar la cuestión de fondo por razones formales, a pesar de haberse requerido su intervención mediante el medio recursivo específico. Si bien, por razones de espacio, no profundizamos la temática de la individualización judicial de la pena, *prima facie* se observan diferentes maneras de valorar las pautas de mensuración prescriptas (Arts. 40 y 41 CP) y la consecuente sanción penal aplicada; circunstancia que junto a la anterior resultarían convenientes su tratamiento por el máximo Tribunal provincial en aras a una mejor seguridad jurídica, como ya se adelantara respecto de los parámetros a observar al momento de determinar la condicionalidad o efectividad de una sanción penal privativa de libertad, para delitos culposos de tránsito (“Oyola”, Sent. N° 05/2006, 04/07/06, CJ y “Casas”, Sent. N° 06/2006, 04/07/06, CJ).

Por último, y no por ello, menos importante, mi profundo agradecimiento a las autoridades del Colegio de Abogados de Catamarca, que nos invitaron a participar de tan magno acontecimiento y confiaron en nuestra humilde contribución científica, habitualmente destinada al análisis de cuestiones tan criollas como nuestras dulzuras artesanales.

en sus intervenciones en los incidentes de ejecución de pena, sin que exista una valoración integral de los informes criminológicos agregados en la causa y en relación a la prevención especial anhelada... Si fuéramos intransigentes en la valoración de derechos penitenciarios de condenados sexuales por el solo hecho de la naturaleza del delito, ello podría llevar a crear una capitis diminutio o discriminatio legis, previsiones no compatibles con las bases de un Estado de Derecho... por lo que las posturas administrativas e informes criminológicos deben ser evaluados y valoradas jurisdiccionalmente con la prudencia necesaria y dentro de las pautas propias que establece un Estado de Derecho...”; Auto N° 62/2005, 24/05/2005, Expte. 105/05 "Incidente de libertad condicional del interno J. N. B.”.

¹⁷⁷ Citado por SILVA SANCHEZ, Jesús María, “*El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos*”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Dir. Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre, Vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 701.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1 Dogmática (Interpretación), Director: Fabián I. Balcarce, Lerner, Córdoba, 2007.
- ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS. Ley 25.087. Delitos contra la integridad sexual, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- AROCENA, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Advocatus, Córdoba, 2001.
- BARBIROTTA, Pablo A., "Análisis de la derogada figura del Avenimiento prevista en el artículo 132° del Código Penal de la Nación Argentina. ¿Es razonable su derogación?", disponible: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/04/doctrina06_0.pdf (Fecha de consulta: 24/05/2012).
- BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial. Tomo I, 2° edición actualizada*, Mave, Corrientes, 2003.
- CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Volumen II, 3° edición, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1972.
- CLEMENTE, José Luis, *Abusos sexuales*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000.
- CREUS, Carlos, *Delitos sexuales según la Ley 25.087*, JA, 1999-III-807/815.
- D'ALESSIO, Andrés, *Código Penal. Comentado y anotado. Parte Especial. Arts. 79 a 306*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, "La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé.
- EDWARDS, Carlos E., *Delitos contra la integridad sexual*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- FIGARI, Rubén E., "Los delitos de índole sexual y su formulación en el anteproyecto de reforma al código penal", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/40figari.doc> (fecha de visita: 10/Feb/2007).
- FIGARI, Rubén E., *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Actualizado por Guillermo Ledesma, 16° edición actualizada, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- GARRIDO GENOVES, Vicente-BENEYTO ARROJO, María José, *El control de la agresión sexual. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión y en la comunidad. Manual para el terapeuta.*, Ed. Cristóbal Serrano Villalba.
- GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2° edición, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2000.
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, "La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho", *Doctrina Judicial*, Año XXI, N° 45, 9 de Noviembre de 2005, La Ley, Buenos Aires. También disponible en JA-2006-III, Número Especial. Ejecución Penal, 02/08/2006, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, "La resocialización de los delincuentes sexuales ¿Es posible? Una perspectiva comparada", *Icaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, Año 1, N° 1, Di Plácido, Buenos Aires, 2006.
- GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl-GORKIEWICZ MORONI, Erica, *El nuevo proceso penal. Ley n° 5097. Catamarca*, Mediterránea, Córdoba, 2006
- HASSEMER, Winfried-MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- LAJE ANAYA, Justo-GAVIER, Enrique, *Notas al código penal argentino*, Tomo II, Parte especial, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, Decimoquinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Tomo IV, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2° edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999.
- PANDOLFI, Oscar, *Delitos contra la integridad sexual (Ley 25.087)*, La Rocca, Buenos Aires, 1999.

- PARMA, Carlos, *Delitos contra la libertad sexual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999.
PARMA, Carlos, *Abuso sexual*, ASC Libros Jurídicos, Mendoza, 2005.
RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad*, Dykinson, Madrid, 1999.
REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el código penal argentino. Ley 25087*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999.
SILVA SANCHEZ, Jesús María, "El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Dir. Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre, Vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.
TENCA, Adrián, *Delitos sexuales*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
VILLADA, Jorge Luis, *Delitos contra la integridad sexual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
VILLADA, Jorge Luis, *Delitos sexuales*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

JURISPRUDENCIA

INTERNACIONAL

Tribunal Supremo de España, 2º, Sentencia 19/11/2002.

NACIONAL

TS Córdoba, 31/05/48, "M., J. G."
TSJ Córdoba, Sala Penal, "Lazo, Flavio", Sent. N° 88/02, 11/10/02.
TSJ Córdoba, Sala Penal, "Godoy, Eduardo", Sent. N° 11/04, 22/03/04.
TSJ Córdoba, Sentencia N° 82, "González, Orlando M.", 09/09/2004.
STJ Chubut, "V., R.", 16/03/05.
SC Mendoza, 28/06/89, "Fiscal c. M., M. P/Abuso deshonesto y corrupción en conc. ideal s/Casación".
SC Mendoza, 21/09/01, "Fiscal c. B. L., O. E. P/Abuso sexual s/Casación".
TS Entre Ríos, Sala I Penal, 04/06/03, "Mendoza, Juan".
STJ Chaco, "Ledesma, Luis", 28/02/05.

CNCP, Sala I, "Luna, Daniel", 11/11/97.
CNCP, Sala IV, "Rey, 13/11/97.
CNCP, Sala III, "Bronsztein", 19/11/98.
CNCP, Sala I, "S., O. R. y B., M. A. s/Rec. de casación", 11/10/01.
CNCP, Sala IV, "C., V. H. s/Rec. de casación", 04/04/03.
CNCP, Sala III, "R., S. M. s/Rec. de casación", 04/02/04.
CNCP, Sala III, "Videla, Hugo L.", 23/02/04

TCP Bs. As., Sala I, 28/08/03.
TCP Bs.As., sala II, 25/03/2004, "G.A.R. S/Rec. de casación".

CNACyC, Sala VII, 30/09/97, "A., M.A."
CNCyC, Sala IV, 19/07/02, "Encina, Francisco".
CNACyC, Sala IV, 23/12/02 . Baliño, Marcelo.
CCyC, Sala I, 03/05/06, Albreth, Mario E.
CNACyC, Sala V, 20/09/06, "B., C.R."
Cám. De Apelaciones de Azul, 21/02/56.
Cám. 1º Apel.CyC de Formosa, 09/05/1997. Pérez More, Marco A..
Cám. 2º Apel. CyC de Formosa, 18/05/05. "C., E. I."

Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, "Rosales, Juan s/ Abuso sexual calificado por el vinculo", Expte. 3058-0153, 01/12/2003.
Cám. 1º Crim. Mendoza, 27/08/80, "D.,T. p/Abuso Deshonesto".
Cám. 2º Crim. Mendoza, 01/09/04, autos 3424 "Fiscal c. S., E. P/apelación".

PROVINCIAL

Corte de Justicia.

Sentencia Corte de Justicia N° 03/2002, 08/04/2002, Expte. Corte N° 39/01 "Recurso de Casación, interpuesto por los Dres. Arnaldo Adolfo Patria y Labid José Morcos en causa expte. Nro. 224/99 - "C., A. A. s/Abuso deshonesto agravado".

Sent. N° 05/2006, 04/07/06, "Oyola".

Sent. N° 06/2006, 04/07/06, "Casas".

Cámara Penal N° 1

Sent. N° 25/2000, 24/10/2000, Expte. N° 100/2000 "C., P. R. -Abuso sexual agravado - Capital".

Sent. N° 21/2001, 20/11/01, Expte. N° 80/2001 "Q., J. A.; Q. R. A. - Abuso sexual con acceso carnal reiterado (3 hechos) en concurso real, Exhibiciones obscenas (Art, 119, 3er. Párrafo y 129 2do. párrafo del C.P) y Abuso sexual con acceso carnal agravado (Art. 119, 3er. Párrafo en función del 4to. Párrafo inc. f) del C.P.) - Capayán".

Sent. N° 05/2002, 11/04/02, Expte. N° 137/01 "A., L. A. – Abuso sexual agravado (Dos hechos en Concurso Real) - Capital - Catamarca".

Sent. N° 11/2002, 05/06/02, Expte. N° 194/2001 "Q., W. M. -Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía agravado - Capital-".

Sent. N° 16/2002, 07/08/02, Expte. N° 87/01 "C., F. D. - Abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo en concurso ideal con Corrupción de menores – Abuso deshonesto agravado por el vínculo y Abuso sexual agravado por el vínculo - Belén - Catamarca".

Sent. 23/2003, 31/10/03, Expte. N° 73/2003 "A., M. Á. -p.s.a- Abuso sexual simple reiterado agravado por el vínculo (3 Hechos) -Andalgalá-".

Sent. N° 25/2003, 24/11/03, Expte. N° 107/2003 "1) O., J. Á.; 2) O., L. F. - 1) Rapto propio en grado de tentativa, Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real; coautor de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado; 2) Coautor abuso sexual con acceso carnal triplemente agravado - Belén".

Sent. N° 08/2005, 07/04/05, Expte. N° 05/2004 "G., J. A. - Abuso sexual con acceso carnal - La Merced".

Sent. N° 14/2005, 06/05/05, Expte. N° 09/2004 "Z., G. E. - Abuso sexual con acceso carnal - Pomán".

Sent. N° 15/2005, 13/05/05, Expte. N° 88/04 "G., L. R. - Abuso Sexual Agrav. (1º hecho) y Abuso Sexual con Acceso Carnal por cualquier vía (2º hecho) en Concurso Real - San Isidro - Dpto. Valle Viejo".

Sent. N° 24/2005, 01/07/05, Expte. N° 145/2004 "M. M., A. E. - Abuso sexual gravemente ultrajante - Capital"

Sent. N° 64/2005, 01/02/06, Expte. N° 33/2005 "G., R. C. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima - Capital".

Sent. N° 25/2006, 04/07/06, Expte. N° 208/05 "V., M. A. - Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (2 hechos) en conc. real - Chumbicha - Capayán".

Sent. N° 31/2006, 15/08/06, Expte N° 194/2005 "A., F., -Abuso s/acceso carnal gravemente ultrajante agravado por la situación de convivencia preexistente (2 hechos) y Abuso sexual s/acceso carnal agrav. sit. conv. en Conc. Real (1 hecho) - Huillapima - Depto. Capayán".

Sent. N° 42/2006, 15/11/06, Expte. N° 284/05 "P., R. P. - Abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía continuado (1º Hecho), Exhibiciones obscenas y Abuso sexual simple en concurso real (2º Hecho)- Capital".

Cámara Penal N° 2

Sent. N° 04/2001, 08/03/01, Expte. N° 190/00 "B., S. N. - Abuso sexual con Acceso carnal calificado - Pozo de Piedra - Belén".

Sent. N° 20/2001, 05/06/01, Expte N° 2272000 "L., J. A. - Abuso sexual calificado - San Antonio - Fray Mamerto Esquiú".

Sent. N° 28/2001, 13/08/01, Expte. N° 34/2001 "M., P. - Abuso sexual agravado - Capital".

Sent. N° 26/2002, 12/08/02, Expte. N° 77/2002, "R., J. A. - Abuso sexual con acceso carnal reiterado en conc. real - Los Altos -Dpto. Santa Rosa".

Sent. N° 28/2003, 22/08/03, Expte. N° 80/2003 "N., F. R. - Abuso sexual gravemente ultrajante - Valle Viejo".

Sent. N° 38/2003, 04/11/03, Expte. N° 100/2003 "F., D. O. - Abuso sexual gravemente ultrajante- Capital".

Sent. N° 10/2004, 26/05/04, Expte N° 244/2003 "R., L. O. - Abuso sexual con acceso carnal - San José Norte - Santa María"

Sent. N° 27/2004, 21/09/04, Expte. N° 17/2004 "C., P. A. - Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo -Capital-".

Sent. N° 28/2004, 24/09/04, Expte. N° 97/04 "B., M. D. - Abuso sexual Agravado por situación de convivencia preexistente en forma continuada (1° y 2° hecho) en Concurso Real".
Sent. N° 31/2004, 15/10/04, Expte. N° 81/2004 "A., D. -Rapto propio calif. en Conc. Ideal con Sustracción de Menores (1° y 3°). Abuso sexual gravemente ultrajante (2° y 4°) - Huillapima - Depto. Capayán-".
Sent. N° 01/2005, 15/02/05, Expte. N° 158/2004 "M., P. M. - Abuso sexual con acceso carnal - Santa María".
Sent. N° 03/2005, 11/02/2005, "Y, V. F."
Sent. 21/2005, 02/04/05, Expte. N° 147/2004 "F., W. R. -Abuso sexual con acceso carnal agravado - Manantiales - Depto. Santa Rosa".
Sent. N° 72/2005, 09/11/05, Expte. N° 139/2005 "P., M. F. -Abuso sexual simple agravado por el vínculo - Capital"
Sent. N° 23/2006, 20/03/06, Expte. N° 68/2005 "C., R. de J. -Abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante (1°, 3°, 4° y 5°), Abuso sexual simple en grado de tentativa (2° y 6° hechos) - Andalgala".
Sent. N° 28/2006, 31/03/06, Expte. N° 120/2005 "P., R. A. -Abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima y Abuso sexual C/acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima (2 Hechos)".
Sent. N° 31/2006, 15/08/06, Expte. N° 194/05 "A., F. - Abuso sexual S/acceso carnal gravemente ultrajante Agravado por la situación de convivencia preexistente (2 hechos) y Abuso sexual S/acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente por la situación de convivencia preexistente en Concurso Real (1 hecho) - Huillapima - Dpto. Capayán".
Sent. N° 39/2006, 14/11/06, Expte. N° 44/06 "B., L. M. - Abuso sexual con acceso carnal - Capital".
Sent. N° 112/2006, 31/08/06, Expte. N° 85/2006 "A., J. B. -Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia preexistente - Capital".
Sent. N° 05/2010, "V., A. de J.", 10/03/10.

Cámara Penal N° 3

Sent. N° 06/2009, "C., A. N.", 19/02/09.
Sent. N° 31/2009, "B., E. A.", 22/06/09 (Tribunal Unipersonal, Juez: Dra. Patricia Olmi).

Cámara de Apelaciones en lo Penal y de Exhortos

Auto N° 30/2006, 21/06/06, "R., L. A."
Auto N° 32/2006, 03/07/06, "G., R. C."

Juzgado Correccional N° 1

Sent. N° 56/2003, 06/11/03, Expte. N° 106/2003 "C., H. N. -Abuso sexual simple (2 hechos)- Capital".
Sent. N° 28/2004, 14/06/04, Expte. N° 142/2003 "M., R. A. -Abuso sexual simple- Aconquija - Depto. Andalgala".
Sent. N° 53/2005, 31/10/05, Expte. N° 124/2005 "A., J. V. - Abuso sexual simple continuado y coacción (2 hechos) en concurso real - Bañado de Ovanta - Santa Rosa".

Juzgado Correccional N° 2

Sent. N° 19/2006, 28/03/06, Expte. N° 153/2004 "L., J. A. -abuso sexual sin acceso carnal y coacción en concurso real - Capital"
Sent. N° 74/2006, 06/10/2006, Expte. N° 109/2006 "P., D. O. -Abuso sexual simple".

Juzgado de Ejecución Penal.

Auto N° 62/2005, 24/05/2005, Expte N° 105/05 " Incidente de Libertad Condicional del interno penado J. N. B.".
Auto N° 50/2006, 09/05/06, Expte. N° 218/04 "Incidente de Libertad Condicional del interno penado M. Á. V.".
Auto N° 77/06, 05/06/06, Expte. N° 86/2006 "Incidente de Libertad Condicional del interno penado J. A. L."
Auto N° 82/2006, 07/06/06, Expte. N° 27/06 "Incidente de Libertad Condicional del interno penado M. B. P.".
Auto N° 129/2006, 08/08/06, Expte. N° 179/2003 "P., J. C. S/Ejecución de Condena"
Auto N° 190/2006, 27/10/06, Expte. N° 279/06 "C., M. F. S/Salida Laboral".
Auto N° 228/2006, 29/11/06, Expte. N° 67/02 "C., F. A. S/Salida Laboral".
Auto N° 247/2006, 21/12/06, Expte. N° 196/06 "P., M. F. S/Salida Laboral".

Juzgado de Control de Garantías.

Juzgado de Control de Garantías N° 2, "D. C.", Auto N° 14/04, 16/12/2004.
Juzgado de Control de Garantías N° 1, "P., M. F.", Auto N° 71/05, 17/06/2005.

Juzgado de Instrucción Penal.

Juzgado de Instrucción N° 4, "S.", Auto N° 290/00, 11/12/2000.

Juzgado de Instrucción N° 2, "N., G.", Auto N° 82/01, 24/08/2001.

Juzgado de Instrucción de la Segunda Circunscripción Judicial de Andalgalá, "A., L. F.", 28/12/2001.