



**DELITOS CONTRA LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LA SEXUALIDAD.
HERMÉNEUTICA DOGMÁTICA DEL ADULTERIO, ABUSO SEXUAL, – EN
TODAS SUS MODALIDADES – Y CIBERACOSO SEXUAL INFANTIL.**

Por: Agustín Tomás Márquez.

Sumario: *I. Prefacio. II. Prieta introducción doctrinaria y legal. III. Exegesis particular de los tipos penales en cuestión: 1) Adulterio. 2) Abuso sexual simple: a) Conceptualización, b) Elementos objetivos y subjetivos, c) Modalidades, d) Presupuestos de atipicidad. 3) Abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante: a) Conceptualización, b) Sometimiento como elemento esencial, c) Factores distintivos – duración y circunstancias de su ejecución –. 4) Abuso sexual con acceso carnal: a) Interpretación del término “acceso carnal”, b) Importancia de las cavilaciones efectuadas respecto a los cambios de paradigmas introducidos por las leyes 25.087 y 27.352, c) Supuestos fácticos subsumibles en esta figura, d) Ubicación actual de la “fellatio in ore”. 5) Agravantes comunes. 6) Abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima: a) Conductas típicas derivadas, b) Elementos esenciales, c) Casos de error, d) Interpretación de la operatividad del consentimiento de la víctima, e) Agravantes. 7) Agravante genérico para los artículos 119 y 120 cuando resulta la muerte de la víctima – artículo 124 del Código Penal –. 8) Cibercoso sexual infantil – Grooming –: a) Conceptualización, b) Fases o iter que debe transitar el grooming, c) Antecedentes legislativos, d) Naturaleza jurídica y basamentos de su punición, e) Críticas al actual artículo 131 de nuestro Código Penal. IV. Apreciación genérica final. V. Bibliografía.*

I. Prefacio:

En el presente artículo académico pretendo brindarle al lector elementos genéricos que deberán tenerse en cuenta cuando se ejecute la hermenéutica dogmática correspondiente en relación a los delitos que se encuentran previstos en el Libro II, Título III, artículos 119, 120 y 131 y antiguo – derogado – artículo 118 de nuestro Código penal vigente. Reitero, el prisma teleológico con el cual enfoco la construcción de este escrito, es erigir una especie de texto guía en relación a la materia científica a tratarse.

A su vez, voy a abordar el mismo – tomando los delitos mencionados con antelación – analizando las figuras típicas que se dan de manera reiterada o su caudal de



causas es bastante notable – lamentablemente – en la práctica tribunalicia, o que por lo general, surgen de manera esporádica, guardan cierto relación directa respecto de estos casos – la figura del artículo 120 en relación a los abusos sexuales – o que detente cierto grado de actualidad o innovación – por ejemplo el ciberacoso sexual infantil o también conocido como grooming – o que si bien se encuentra derogado, ha generado ciertos disyuntivas anteriormente en cuanto a la legitimidad de quien podía ser sujeto pasivo a lo largo de la historia – como es el caso de adulterio –.

II. Prieta introducción doctrinaria y legal:

Este cumulo de tipos penales se encuentran inmiscuidos en el Título III, Libro II de nuestro Código Penal vigente. El anterior *nomen iuris* con el cual se rotulaba a este título era de “*Delitos contra la honestidad*”, esto dejo de ser así en virtud de la reforma legislativa plasmada en la ley 25.087 del año 1.999 – esta disposición normativa modifico varios aspectos de esta gama de delitos – que hizo mutar el mote jurídico – no utilizo este sustantivo de forma peyorativa – del título mencionado, para que se identifique a esta sección del código y sus respectivos artículos como “*Delitos contra integridad sexual*”¹.

Desde el enfoque doctrinario se puede apreciar que fue sana y correcta esta modificación, ya que el anterior rotulo no era acorde a nuestro derecho penal – es decir de acto, de culpabilidad, liberal, democrático y pluralista – que está orientado al castigo de conductas lesivas o que pongan en riesgo bienes jurídicos, y no a la tutela de creencias fundadas en la moral o sentimiento religioso² – esta orientación si estaría más ligada a la rúbrica jurídica anterior de “*Delitos contra la honestidad*” – que, como he dicho sería inconcebible para nuestro ordenamiento jurídico penal.

La titulación vigente de estos delitos es receptada de manera facsímil del código penal suizo – “*Delitos contra la integridad sexual*” –. Hubiese sido más lógico – siguiendo este raciocinio de encontrar una innovación legislativa en el derecho comparado – seguir la gramática del código penal francés, que ha titulado a este conglomerado de conductas típicas como “*De las agresiones sexuales*”, ya que es más ilustrativo respecto al accionar delictivo que se vislumbran en estos delitos³.

Siguiendo al maestro Marco Antonio Terragni, podemos seguir ahondando críticamente en la exegesis si este rotulo vigente es correcto o no, y llegar a la

¹ Artículo 1 de la ley Nacional Nº 25.087.

² CREUS, Carlos - BOUMPADRE, Jorge Eduardo, “*Derecho Penal Parte Especial*”, ASTREA, Buenos Aires – Bogotá 2.013, Tomo 1, 7ma edición actualizada, pagina 180.

³ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge Eduardo, IBIDEM, página. 180.



conclusión que, lo acertado es el adjetivo que se ha utilizado – sexual – pero, el sustantivo – integridad – es un tanto anfibológico, ya que algo integro u omnímodo es aquello que no carece de ninguna de sus partes o – dicho de una persona – que es recto e intachable. Ninguno de estos conceptos se circunscribe a lo que el legislador pretendió proteger con la norma positiva erigida. Cabe destacar que para Terragni un cabal *nomen iuris* sería “*Delitos contra el normal ejercicio de la sexualidad*”⁴ ya que es más elocuente y representativo respecto a los bienes jurídicos tutelados en este conjunto de disposiciones.

Esta discusión sobre determinar que rubrica sería correcta para contener a estos delitos, no solo es un mero capricho doctrinario donde solo genere problemas de raigambre dogmática, sino también produce y tributa a la creación de controversias en el ámbito pragmático, ya que cabe aclarar que el nombre que se coloque, constituye una especie de faro guía para el operador jurídico que trata de desentrañar el verdadero sentido del mismo – practica que se trata en la parte general de la parte especial del derecho penal – y entender si se ha menoscabado efectivamente con la amplitud perniciosa correspondiente o no el bien jurídico tutelado, que en *ultima ratio*, es lo que le interesa al derecho penal. De no ser así es aplicable el “*Principio de insignificancia*” o que se torne atípica la acción perseguida⁵. A su vez, para que lo antedicho no se torne esotérico, cabe destacar que también guarda una relación inescindible con principios genéricos de nuestro derecho penal – al hablar de nuestro derecho penal aludo a las características distintivas a la hora de determinar cómo es el mismo, es decir, en nuestro caso, es de acto o de hecho, de culpabilidad y liberal tal como lo expuesto *ut supra* – principalmente de lesividad, fragmentariedad y subsidiariedad⁶.

III. Exegesis particular de los tipos penales en cuestión:

- 1) Adulterio: Este delito estaba tipificado en el artículo 118, cabe destacar que era un delito de acción privada - previsto en el artículo 73 del Código penal – y que en virtud del artículo 74 surgía quien eran los legitimados para accionar por el mismo. Tanto el artículo 118, como el artículo 74 fueron derogados en el año 1.995 en virtud de la ley 24.453, la cual también modificó el artículo 73, obliterando – lógicamente – el adulterio como delito – esta aclaración es un tanto tautológica pero sirve para entender con mayor elocuencia la mutación normativa –.

⁴ TERRAGNI, Marcos Antonio, “*Tratado de Derecho Penal*”, LA LEY, Buenos Aires 2013, Tomo II, páginas 392 y 393.

⁵ TERRAGNI, Marcos Antonio, IBIDEM, página 392.

⁶ GENTILE BERSANO, Fernando, “*Derecho penal Parte General*”, LIBRERÍA CIVICA, Santa Fe 2.019, página 24.



El derogado artículo 118 estaba erigido de la siguiente manera: “*Serán reprimidos con prisión de un mes a un año: 1. La mujer que cometiere adulterio; 2. El codelincuente de la mujer; 3. El marido, cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal; 4. La manceba del marido.*”

Haciendo una sencilla y rápida hermenéutica de este texto normativo derogado, se puede apreciar que los bienes jurídicos protegidos eran la “*fidelidad conyugal recíproca*” y “*el orden familiar*”.

Este antiguo delito no siempre mantuvo el mismo andamiaje o estructura, ya que si escarbamos históricamente, podemos encontrar en el derecho canónico – por los albores del siglo XVI – que se sancionaba al marido o la esposa adúltera con la némesis de excomulgación. Esta sanción surgió del principio “*la misma ley para los hombres y para las mujeres*”. En el derecho secular, el tratamiento jurídico era otro, ya que no consideraba delito el adulterio del marido. Este tratamiento imperante en dicha época, permite que se trasluzca la doble moral que practicaba la sociedad, ya que, mientras el varón tenía un amplio margen para satisfacer su libido, la mujer se encontraba circunscripto su accionar para no mancillar el honor del marido. Siguiendo estos datos, podemos llegar a la conclusión que, la falta o la equivocación de la esposa se castigaba siempre, y los hechos licenciosos que ejecutase el marido no⁷ – hago alusión aquellos hechos de contenido lubrico que desemboquen en adulterio y no en otros delitos como por ejemplo abusos sexuales, siendo estos últimos merecedores de una sanción penal –.

Aproximándonos temporalmente a nuestro presente, podemos encontrar en el Código penal de Tejedor del año 1.886, como seguía vigente este tratamiento desigual del derecho penal en relación a la mujer y al hombre. Particularmente lo que se puede vislumbrar en este antecedente normativo, es el eximente del uxoricidio – dar muerte a la esposa – cuando se encontraba a la mujer con su respectivo amante y las lesiones que les produjese el marido a ambos, o hasta incluso la muerte no eran punibles. Tejedor recepto esto de la Ley de Partidas, donde se enunciaba una máxima romana “*Si sorprendes a tu mujer en adulterio, da muerte impunemente sin necesidad de juicio*”.

Analizando el anteproyecto de nuestro actual código – anteproyecto del código de Moreno de 1.921 – encontramos que en el supuesto mencionado *ut supra* se atenuaría la penalidad correspondiente a dicho actuar, basándose en el “*justo dolor*”. Esto emana de la *Ley Julia de Adulteris*: “*cum sit*

⁷ LEVAGGI, Abelardo, “*El derecho penal argentino en la historia*”, EUDEBA, Buenos Aires, 2.012, 1era edición, pagina 87.



*defficillimum justum dolorem temperare*⁸ – para controlar el dolor de un hombre cuando es justo –.

- 2) Abuso sexual simple: Esta figura penal está tipificada en el primer párrafo del artículo 119, el texto legal enuncia lo siguiente: “*Sera reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*”. Haciendo la pertinente elucubración de este tipo debemos partir del cimiento interpretativo de que esta figura es la base de las distintas modalidades de abusos sexuales – abuso sexual simple, gravemente ultrajante y con acceso carnal – y lo neurálgico de la misma es precisar que se entiende por abuso sexual, las modalidades de su ejecución, en que supuestos se tornaría atípico y los elementos que detenta la misma figura.

- a) Conceptualización: En términos de Creus en coautoría con Boumpadre podemos decir que es “*todo acto de acercamiento o contacto corporal con la víctima, de significación sexual sin constituir acceso carnal*”⁹. Siguiendo a Terragni, podemos expresar que hay abuso sexual cuando se ejecutan “*movimientos corporales libidinosos, que tienden a desahogar su apetito de lujuria sin ánimo de tener coito*”¹⁰.

En mi entendimiento, se materializa el delito de abuso sexual simple cuando, se ejerce “*toda actividad de connotación lasciva manifestada a través de acercamientos o tocamientos en zonas erógenas que el agente utiliza de derrotero para satisfacer su famélico afán sexual sin que – este o estos actos – se encausen teleológicamente en un concúbite carente de anuencia*”¹¹.

- b) Elementos objetivos y subjetivos: Como en todo cotejo jurídico – penal, es necesario verificar si se han plasmado los supuestos de hechos – *Tatbestand* – previstos en la norma y se condicen con la plataforma fáctica en cuestión. Para ejercer las cavilaciones correctas a la hora de determinar si hay una correcta subsunción, es necesario tener cabalmente

⁸ TERRAGNI, Marco Antonio, IBIDEM, Pagina 144.

⁹ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge Eduardo, IBIDEM, página 182.

¹⁰ TERRAGNI, Marco Antonio, IBIDEM, Pagina 394.

¹¹ En esta conceptualización propia, trato de plasmar los aspectos objetivos – modalidad de ejecución, lugar donde debe recaer la agresión sexual, etc. – como también el elemento subjetivo – esta intencionalidad manifiesta de saciar deseo sexual –.



deslindado los elementos del tipo – objetivos y subjetivo – puntuales en cuestión.

Ahora bien, al escudriñar el artículo 119, primer párrafo de nuestro Código Penal, se puede vislumbrar que a los elementos objetivos lo podemos “clasificar” en dos: - Persona menor de trece años; - Persona que no puede concebir voluntariamente la acción del sujeto activo – es decir, que carece de algún elemento determinante de la voluntad, ya sea discernimiento, intención o libertad –.

En el primer supuesto, claramente el legislador considera que el consentimiento de un menor de trece años es nulo para eliminar la ilicitud en estos tipos de delitos – es nulo, no insuficiente como pasa en el delito del artículo 120 que *a posteriori* voy a analizar – ya que el discernimiento que detenta es totalmente prematuro, *ergo* su voluntariedad plasmada en el consentimiento o la anuencia que preste está viciada. En síntesis, el basamento utilizado es que, esta agresión de índole sexual atenta contra el normal desarrollo físico y psicológico de la sexualidad del menor, al experimentar de forma prematura actos de connotación sexual – este argumento guarda cierta relación directa con el utilizado en el delito de promoción y facilitamiento a la corrupción de menores, previsto en el artículo 125 –.

En el segundo supuesto, se puede apreciar al observar el artículo mencionado del código penal, las múltiples modalidades para atentar contra la voluntariedad de la víctima.

La primera modalidad que establece la normativa en cuestión es que mediar *“violencia”*. En este sentido debe interpretarse *lato sensu* el término violencia, es decir, hay que elucubrarla en su sentido amplio, comprendiendo violencia física y la violencia psicológica y a su vez, es necesario comprender sobre qué y de qué manera recae cada tipo de violencia mencionadas.

En relación a la violencia física – *vis absoluta*¹² –, se hace alusión a aquellos amedrentamientos escabrosos que sufre la víctima para vedar su voluntariedad física, y de esta manera el autor construye una relación de pleitesía de la víctima hacia él.

¹² Utilizo este término para hacer alusión a la fuerza física irresistible que sufre el sujeto pasivo de estos delitos, y no en el sentido convencional que refiere a la exclusión de acción, previsto en el art 34, inciso 2, primera parte de nuestro Código Penal.



Respecto a la violencia psicológica – *vis compulsiva o relativa*¹³ – utilizada como derrotero por el agente, tenemos que tener en cuenta que es cualquier agresión de raigambre no física, que se manifiesta de manera, y los dichos perorados por sujeto activo, tienen la entidad lesiva tal de hacer claudicar al sujeto pasivo, venciendo su resistencia volitiva y que este se somete al ataque sexual – por supuesto que el sometimiento es involuntario o no consentido –.

Siguiendo con el análisis del elemento “*violencia*” no debemos olvidar la interpretación auténtica que ha hecho el legislador local de este término, que la ha plasmado en el artículo 78 de nuestro Código Penal vigente. El mismo enuncia lo siguiente “*Queda comprendido en el concepto de ‘violencia’, el uso de medios hipnóticos o narcóticos.*”. Esto guarda un nexo directo con el delito tratado, porque el elemento objetivo en tratamiento, también se puede ejecutar de esta manera.

Prosiguiendo con el análisis de este tipo penal, al continuar la lectura del artículo 119, primer párrafo, encontraremos otros elementos objetivos como “*amenaza*”, “*abuso coactivo o intimidatorio*”, “*relación de dependencia, de autoridad, o de poder*” y “*cualquier causa que no hay podido consentir libremente la acción*”. Estos elementos, no son más que modalidades de violencia que ya he escudriñado de manera genérica *ut supra*. Para poder culminar este análisis, y ser más elocuente y preciso, puedo decir que los elementos que he traído a colación – amenaza, abuso coactivo, etc. – son modalidades de violencia psicológica que se vale el sujeto activo para conseguir su cometido. Por supuesto, que cuando el artículo alude a “*cualquier causa que no hay podido consentir libremente la acción*” podría darse a través de violencia física, psicológica o en los términos de artículo 78 de nuestro código penal.

- c) Modalidades: Este delito se puede perpetrar de cuatro maneras comisivas: a) Cuando el agente del mismo desarrolla actos de tocamiento en zonas erógenas; b) Cuando el sujeto pasivo del mismo es obligado a realizar estos tocamientos en regiones de índole sexual en el cuerpo de autor; c) Cuando el sujeto activo, obliga a la víctima a realizar dichos tocamientos en las zonas o regiones mencionadas con anterioridad, y que por supuesto los mismo sean contrario a su voluntad; d) Cuando el victimario ejerce tocamientos en zonas no erógenas de la víctima con partes corporales de raigambre sexual de el mismo (por ejemplo –

¹³ Me valgo de este término en la misma dirección que utilice el de “*vis absoluta*”, expuesto en la nota anterior. El mismo es extraído del artículo 34, inciso 2, *in fine*.



suponiendo que el sujeto activo es de un varón –cuando le apoya el miembro viril en los pies a la víctima¹⁴.

- d) *Presupuestos de atipicidad*: En términos simples, esta figura se torna atípica cuando – desde el análisis de tipicidad de los elementos objetivos – no se ejecuta o se ejerce algún tipo de acercamiento o tocamiento¹⁵ mencionados *ut supra* en las modalidades. De lo mencionado, se puede hacer una especie de “interpretación residual” por llamarla de alguna manera, y llegar a la inteligencia de que también se tornarían atípicos los supuestos donde hay un mero avizorar u observación respecto de la víctima – por ejemplo el supuesto de voyerismo –.

Tampoco estas conductas – acercamientos o tocamiento – se volverán típicas – haciendo las cavilaciones pertinentes desde el aspecto subjetivo del tipo – si carecen de una intencionalidad lubrica o lujuriosa¹⁶ o si – cabe hacer la aclaración para generar mayor elocuencia en el lector – la acción desenvuelta carece de voluntariedad y es un mero movimiento involuntario – esta elucubración se debe ejercer cuando se analiza la teoría del delito, precisamente en el estamento o la *conducta* o la *acción*, y ver que se torna bizantino profundizar y seguir en el análisis de dicha teoría ya que se pueden dar los factores excluyentes de acción, que son “*los actos involuntarios o reflejos*” o “*fuerza física irresistible*”¹⁷.

Para ser más claro y preciso, el factor excluyente de “*fuerza física irresistible*” opera cuando una persona actúa como una mera masa corporal, donde sus movimientos son mecánicos y es incapaz de gobernarlos, ya que carece del aspecto volitivo. Esta fuerza externa proviene de un tercero o de la naturaleza¹⁸. Un ejemplo, relacionado al tema principal tratado en relación a esta causal excluyente puede ser, que una persona es empujada por otra, y al impactar en otra persona – distinta al que la empuja – genera un tocamiento en alguna zona erógena de la misma.

El otro factor excluyente que mencione con anterioridad son “*los actos involuntarios o reflejos*”, estos consisten en reacciones corporales que responden a estímulos externos que obliteran o borran la voluntariedad. Estos estímulos pueden ser coquillas – exógenos –, estornudos,

¹⁴ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge Eduardo, IBIDEM, página 183.

¹⁵ CREUS, Carlos y BOUMPADRE, Jorge Eduardo, IBIDEM, página 183.

¹⁶ TERRAGNI, Marco Antonio, IBIDEM, páginas 394 y 395.

¹⁷ TERRAGNI, Marcos Antonio, “*Tratado de Derecho Penal*”, LA LEY, Buenos Aires 2.013, Tomo I, página 105.

¹⁸ GENTILE BERSANO, Fernando, IBIDEM, pagina 124.



calambres – endógenos –, entre otros de la misma matriz excluyente¹⁹. Esta exclusión prosperaría – por ejemplo – en el supuesto factico que, una persona producto de un calambre o un estornudo, desarrolle algún tipo de movimiento que embista en alguna región sexual de otra persona.

- 3) Abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante: Continuando con el orden sistemático que se ha utilizado como periplo lógico el artículo 119, en su segundo párrafo nos encontramos con la figura delictiva del abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, el texto legal reza lo siguiente: “*La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para víctima.*”.

Debemos partir de la base que este tipo ha sido incluido a nuestro Código Penal en virtud de la ley 25.087, que lo coloco en la ubicación que hoy detenta, tomándolo como una modalidad agravada del abuso sexual simple – aclaración que he hecho al inicio del presente artículo – precisamente por las modalidades empleadas o por la duración del mismo²⁰.

Siguiendo al diputado Cafferata Nores, ha expuesto en los antecedentes parlamentarios, una suerte de explicación socio – jurídica, de porque la necesidad de la incorporación de esta figura, que es una especie de injerto jurídico entre el abuso sexual simple y el abuso sexual con acceso carnal²¹. El diputado mencionado ha señalado lo siguiente: “*Existen situaciones que no son contempladas por la legislación vigente. Situaciones de ultraje grave que no llegan a la penetración y a la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, deben ser reguladas de modo tal que puedan satisfacer las demandas sociales en este tema, sin dejar excesivamente abierto el tipo penal. Pero no debe perderse de vista que este tipo penal requiere situación de ‘sometimiento’ de la víctima, de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical. La fórmula incorporada pretende retribuir suficientemente vejámenes que no lo están en el marco del código penal vigente, mediante una expresión que agrava de modo progresivo, conductas que son altamente dañosas para la víctima*”.²²

- a) Conceptualización: Al hablar de abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, puedo exponer que es “*Todo aprovechamiento de*

¹⁹ GENTILE BERSANO, Fernando, IBÍDEM, pagina 125.

²⁰ DONNA, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la integridad sexual*”, RUBINZAL – CULZONI EDITORES, Buenos Aires 2.005, 2da edición actualizada, pagina 43.

²¹ FÍGARI, Rubén, “*Delitos sexuales*”, HAMMURABI, Buenos Aires 2.019, 1era edición, pagina 83.

²² “Antecedentes Parlamentarios”, 1.999, nº 5, páginas 1.614 y 1.615.



manera excesiva, relacionado a aspectos sexuales, que tiene su génesis en el abuso sexual simple y se torna mayormente lesivo que este, por su duración o circunstancias de su ejecución”.

- b) Sometimiento como elemento esencial: Como punto de partida se debe entender que es el sometimiento, el mismo, haciendo una interpretación literal del mismo, debemos remitirnos a lo expresado por la Real Academia Española – de ahora en más la abreviare como “R.A.E.” – que manifiesta que por tal debe entenderse “*Acción y efecto de someter*”. Lo correcto es seguir ahondando que se entiende por someter, y es la misma R.A.E. es la que expone que someter es “*Hacer que alguien o algo reciba o soporte cierta acción*”. Ahora bien, para precisar con mayor amplitud, que es el sometimiento como elemento esencial en este delito voy a seguir a Rubén Fígari que manifiesta, “... *en el caso que, mediando en términos generales algún tipo de fuerza o violencia, se expone a la víctima bajo el dominio de otra, reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosa sobre la que se ejerce un dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal. Se considera que la razón de esta agravante se basa en la mayor afectación que sufren los bienes jurídicos protegidos, libertad e indemnidad sexuales...*”²³.

- c) Factores distintivos: Según mi entendimiento, este es el punto neurálgico a la hora de hacer el análisis correspondiente, ya que aquí encontraremos los aspectos distintivos con la figura simple.

Por un lado tenemos que se distingue de la figura simple por la “*duración*” del acto dañino. Lo que concretamente debemos elucubrar es que se entiende por duración en relación al abuso sexual. El meollo de esta cuestión radica en que lo que se exige es una prolongación innecesaria en el tiempo. Esta prolongación tiene una doble matriz – utilizo este sustantivo como elemento generador –, una se puede materializar porque dure más de lo normal que se requiere para el abuso simple, o en el segundo caso, que el autor despliegue esta modalidad abusiva de manera reiterada o continuada a través del tiempo.

El argumento criminológico de porque esta modalidad es más perniciosa para el sujeto pasivo – esto se traduce en la némesis aplicable para este caso, ya que es más gravosa para el agente – radica en que la excesiva prolongación temporal genera un alto peligro para la integridad tanto física, como psíquica de la víctima, y a su vez menoscaba con mayor

²³ FIGARÍ, Rubén, IBÍDEM, pagina 87.



amplitud y vehemencia su dignidad, ya que es un vejamen estrepitoso e innecesario.

La problemática de este factor – duración – se da a la hora de determinar cuál es el tiempo distintivo en relación al abuso simple. Esta disyuntiva se materializa precisamente en la praxis judicial a la hora de resolver, ya que queda abierto a la apreciación subjetiva del juez – obviamente en el caso concreto – de manera que está en presencia de una figura típica que se encuentra al borde de la inconstitucionalidad por no adaptarse a la tipología cerrada imperante en nuestro sistema penal²⁴.

Para elucidar lo escrito hasta el momento en relación al agravante en relación a la duración del mismo, pienso que es correcto dar una serie de supuestos que eventualmente ilustraría esta cuestión de manera ejemplificativa. Adrián Tenca, al referirse al abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, ejemplifica al mismo valiéndose del siguiente supuesto – usa este ejemplo para distinguir al mencionado con antelación del abuso sexual simple – *“Así, no es lo mismo un beso en la boca dado contra la voluntad de la víctima, que se lleva a cabo valiéndose el actor de la cercanía circunstancial de los labios de uno y otro (producto de una aglomeración, por ejemplo) a que la víctima sea tomada por sus brazos debiendo soportar ser besada lascivamente durante dos horas”*²⁵. Este ejemplo mencionado por el doctrinario, hace alusión precisamente a la duración de un solo hecho que se extiende en el tiempo. Un ejemplo de duración, pero en relación a múltiples hechos reiterados podría ser, por ejemplo que, el sujeto activo, ejerza tocamientos en zonas erógenas de la víctima cada vez que se encuentra con la misma.

Prosiguiendo con el otro factor distintivo, nos encontramos con *“las circunstancias de su ejecución”*. Es pertinente tener en cuenta, que estas *“circunstancias”* alude a que deben ser públicas o escandalosas, o privadas pero humillantes.

Estas circunstancias se van a valer del elemento esencial ya tratado – el sometimiento – y el mismo tiene una doble faz, que es dable que se elucubre. En su faz objetiva encontramos el uso de violencia – *lato sensu* – y en su faz subjetiva el *animus* de someter a la víctima, reduciéndola al estado de cosa, que se vale para saciar sus apetencias lubricas.

²⁴ DONNA, Edgardo Alberto, IBÍDEM, pagina 44.

²⁵ TENCA, Adrián, *“Delitos sexuales”*, DEPALMA, Buenos Aires, 2.001, pagina 58.



Esto se podría materializar por ejemplo – en el supuesto que sea una agresión sexual pública o escandalosa – cuando una persona se encuentra en un ámbito público, con una gran cantidad de personas presentes, y es agredida sexualmente con tocamientos en zonas pudendas. Se podría ejecutar esta figura – aludiendo a que se da en un ámbito privado – cuando el sujeto activo, suponiendo que es de sexo masculino, eyacula en el rostro de la víctima. Otro presupuesto hipotético podría ser el ejercicio del “*cunnin lingus*” de una persona sobre una mujer. Estos ejemplos, permiten avizorar con gran elocuencia la reducción a un estado de cosa por parte del sujeto activo en relación a la víctima, utilizando como elemento para satisfacer sus deseos carnales.

- 4) Abuso sexual con acceso carnal: Esta figura es conocida convencionalmente como el delito de violación, la misma se encuentra ubicada sistemáticamente en el artículo 119, tercer párrafo, de nuestro código penal. El actual texto normativo vigente enuncia lo siguiente: “*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.*”

Para ubicarnos con mayor precisión, esta figura no tuvo siempre este mismo andamiaje jurídico que hoy se encuentra vigente. Ha sido la ley 27.352 la que le ha dado esta estructura actual al mismo, ya que la legislación derogada exponía “... *cuando mediando las circunstancias del primer párrafo*²⁶*hubiere acceso carnal por cualquier vía.*”. Es válido seguir escarbando en la anterior legislación que fue modificada por la ley 25.087, la cual le había dado la composición mencionada desde el año 1.999, que siguió vigente hasta el 2.017. La innovación que introdujo la ley 25.087 en relación al delito de abuso sexual con acceso carnal, radica en modificar el supuesto de hecho en el cual se daría el acceso carnal. Es decir, la normativa anterior – la cual fue la utilizada por el anteproyecto de Código Penal de 1.906 y receptado por el código actual del año 1.921 – hablaba de “*tuviere acceso carnal*”, lo que hizo la ley 25.087 fue modificar “*tuviere*” por “*hubiere*”. Esta modificación fue importante porque generó un cambio de paradigma que repercutió en el ámbito exegético de esta figura, que más adelante analizare con detenimiento.

²⁶ Hace alusión al abuso sexual simple. El texto anterior contenía la misma estructura que el actual pero, aclaraba que podía ser sujeto pasivo una persona de uno u otro sexo.



a) Interpretación del término “acceso carnal”: La doctrina entiende que “*accede carnalmente*” – siempre relacionado al accionar sexual – aquel que “*penetra*”. Es decir, se entiende de manera análoga al acceso carnal con la penetración. La “*R.A.E.*” da como significado que la penetración se da cuando se “*entra en un lugar o pasa al interior de un cuerpo*”. Llevando esta significación al ámbito sexual, al momento de ejercerse el acto genital, se puede avizorar que, la significación dada por la “*R.A.E.*” es prístinamente descriptivo del núcleo típico de la figura delictiva en cuestión.

Ahora bien, si nos inmiscuimos en textos normativos anteriores, vamos a encontrarnos que, los mandatos jurídicos positivos no siempre determinaron como verbo típico de este delito al “*acceso carnal*”, tal es así que al leer por ejemplo el Código de Tejedor, ubicándonos en el Libro II, sección I, Título III, “*De los crímenes y delitos cometidos contra la honestidad*” Capítulo II, artículos 252 y 253 “*De la violación*” habla de “*aproximación sexual*”²⁷ – entendiendo que solo podía ser sujeto pasivo una mujer –. Siguiendo este periplo histórico – investigativo, podemos vislumbrar que, en el Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo de 1.891 en el Título II, “*Delitos contra la honestidad*”, Capítulo I “*Violación, estupro y ultraje al pudor*”, artículo 146, se sustituye la “*aproximación sexual*” por “*concúbito*”²⁸ – dando lugar a que sea sujeto pasivo una persona de uno u otro sexo –.

Avizorando el proyecto de 1.906 se plasma como verbo típico “*tener acceso carnal*”, – generando una doble verificación a la hora de identificar en el mundo factico si se ha dado o no el supuesto de hecho, es decir el sujeto activo ha “*tenido*” acceso carnal. Entendiendo ahora a este “*acceso*” como una especie de sustantivo – el cual ha sido receptado por el Código vigente del año 1.921. A partir de esta innovación, se vuelve a entender que solo podía ser sujeto activo del mismo un hombre, cuestión que *a posteriori* voy a elucubrar.

b) Importancia de las cavilaciones efectuadas respecto a los cambios de paradigmas introducidos por las leyes 25.087 y 27.352: En este tópico, voy a analizar cuáles fueron las innovaciones más importantes que introdujeron estas dos leyes respecto a este delito.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio – ARNEDO, Miguel “*Digesto de codificación penal argentina*”, AZ EDITORA, Madrid 1.996, página 373.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio – ARNEDO, Miguel, IBÍDEM, página 589.



Voy a comenzar por la ley 25.087, ya que es la más antigua de las dos. Lo álgido de la presente ley respecto al abuso sexual con acceso carnal, fue cambiar el verbo nuclear del mismo, ya como he manifestado *ut supra* desde el año 1.906 el mismo era “*tuviere acceso carnal*”. En el año 1.999, en virtud de la ley que estoy escudriñando, se cambió el verbo típico por “*hubiere acceso carnal*”²⁹, lo cual generó un gran cambio de paradigma respecto a este delito, ya que se modificó la inteligencia imperante respecto a quien era el sujeto activo del mismo.

Si bien esto emana de la propia ley, la génesis del cambio de paradigma se obtuvo gracias a las interpretaciones gramaticales que hicieron respecto de la misma, ya que por “*tener acceso carnal*”, el único ejecutor o quien puede acceder sexualmente a su víctima es un hombre, entendiendo a este como único sujeto activo del mismo. Lo cual, esto excluía como eventuales agentes a la mujer o al pederasta pasivo³⁰.

Cierta parte de la doctrina, sostenía la violación inversa, es decir, que la mujer, como el pederasta pasivo podrían ser sujetos activos del mismo – por ejemplo, Francesco Carrara, la mayoritaria doctrina italiana, Eusebio Gomez, entre otros –³¹.

Ahora bien, el basamento que utilizaban para sostener que el único que podía tener acceso carnal era el hombre – ejerciendo el rol activo en la relación sexual – surgió de escudriñar que significaba precisamente “*tuviere acceso carnal*”, lo cual entendían que consistía en la introducción del miembro viril en el orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona, ya sea por vía normal o anormal, de modo tal que se llegue a la copula, sin importa que esta alcance la perfección física – *inmissio penis* – es decir, la introducción total del órgano reproductor masculino, o que alcance la perfección fisiológica – *inmissio seminis* – es decir, la eyaculación³².

Una vez entrada en vigencia en el año 1.999 la ley mencionada, los juristas debieron darle otro sentido a la interpretación de este delito, ya que el legislador modificó el verbo nuclear del tipo en cuestión, por “*hubiere acceso carnal*”, lo cual – siguiendo a Jorge Boumpadre, entre otros autores – podemos decir que, esta modificación dio lugar a la tesis

²⁹ Ley 25.087, artículo 2, párrafo 4º.

³⁰ “La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma”, FIGARI, Rubén, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45413-reforma-del-articulo-119-del-codigo-penal-ley-27352-cambio-paradigma>. Sitio web consultado el 20 de Agosto de 2.019.

³¹ FIGARI, Rubén, “La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma”, IBÍDEM.

³² FIGARI, Rubén, “La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma”, IBÍDEM.



amplia – a *contrario sensu* se encontraba la tesis restringida, que era la imperante hasta antes de esta modificación, donde se encontraba vigente como verbo típico de este delito “*tuviere acceso carnal*” – que la misma se solventaba de seis razones en la cual podían llegar a la conclusión de que podía ser sujeto activo del delito tanto hombres como mujeres. Las razones que permiten lograr dicha conclusión son: 1) La propia normativa no hacía ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos indiferenciados; 2) El término acceso carnal, si bien en su sentido literal y semántico equivale a penetración, no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo ya que no es este ni su significado gramatical ni el legal; 3) Habiéndose trazado una gradación de los comportamientos punibles en atención a su gravedad, sería un contrasentido admitir la indiferenciación de los sujetos en la figura básica y no hacerlo en la agravada y el fundamento de la reforma ha residido en ampliar el círculo de posibles sujetos activos; 4) La expresión “*acceso carnal*” debe traducirse como equivalente de copula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc. En la que intervienen dos personas, una de las cuales debe ser necesariamente un varón, de manera que se produzca la penetración del órgano genital en la cavidad vaginal o anal de otra persona, – se puede avizorar como dicho autor era adepto a la tesis restringida en relación a la “*fellatio in ore*”, que más adelante voy a ahondar con mayor amplitud – de manera que si el acceso carnal quiere todas esas cosas, no puede dudarse que esos comportamientos puede realizarlos tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitualmente entre sí; 5) El reemplazo del verbo típico “*tuviere*” del anterior art. 119 por “*hubiere*” en el nuevo texto – se hace alusión al introducido por la ley 25.087 y no por la 27.352 – deriva de una interpretación que necesariamente tiene que ser diferente a la que se venía manejando con el tipo penal derogado. El verbo “*tener*” no posee el mismo significado que el verbo “*haber*”. Ante la doctrina dominante había considerado por el acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima porque era el hombre el único que podía “*tener*” acceso carnal. En cambio ahora no se requiere que el autor “*tenga*” acceso carnal, sino que en el abuso sexual “*hubiere*” acceso carnal, es decir, que la modalidad exige que en el marco del contexto sexual haya habido acceso carnal; 6) El bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad



sexual de una persona se vea afectada cuando la conducta es llevada a cabo, tanto por un hombre como por una mujer, pues de lo que se trata este comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor, sea porque la víctima es menor de trece, sea porque haya utilizado alguno de los medios expresamente determinado por la norma, o porque se trata de una víctima especialmente vulnerable³³.

En prieta síntesis, esto han sido los cambios que ha generado la ley 25.087 en relación a esta figura típica, ahora bien, es preciso seguir con este periplo y observar detenidamente que ha generado la ley 27.352 en nuestro ordenamiento jurídico.

En términos generales, esta ley que ha entrado en vigencia en el año 2.017, lo que ha hecho es elucidar las vías por las cuales la introducción del miembro viril – por supuesto cuando esta penetración carezca de anuencia – sería pasible de ser subsumida esta conducta dentro del tipo penal previsto en el actual artículo 119, tercer párrafo – abuso sexual con acceso carnal –. Estas vías que prevé la misma ley son: vía vaginal, anal y oral – eliminado la posible ubicación de la *fellatio in ore* en el delito de abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, que *a posteriori* voy a ahondar como ya he manifestado –. A su vez, trae a colación una “nueva” forma de *modus operandi* en la cual se podría ejercer el delito de violación, que es a través de la realización de actos análogos – la analogía se da en relación al ejercicio de la penetración – introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal.

El texto legal vigente que tipifica este delito, es el que he citado *ab initio* del punto 4 del presente artículo académico, el cual como he aclarado, no ha sido una invención prístina o genuina de nuestro legislador vernáculo, sino es más bien una copia casi facsímil del actual artículo 179 del código penal español, el cual enuncia “*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación* ...”³⁴.

³³ FÍGARI, Rubén, “La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma”, IBÍDEM. BOUMPADRE, Jorge “Derecho penal. Parte especial”, MAVÉ, Corrientes 2.009, tomo II, 2º edición actualizada, páginas 397 y 399.

³⁴ Código Penal Español, Libro II, Título VII, Capítulo I, artículo 179.



Se puede observar claramente que he expresado en relación a la similitud manifiesta que guarda el artículo 119, tercer párrafo de nuestro código penal con el artículo 179 del código penal español.

El cambio de paradigma que ha introducido la ley en cuestión, según mi entendimiento, ha sido bastante elocuente, ya que puso fin a la incertidumbre si era admisible en términos penales – a nivel local por supuesto – un acceso carnal por vía oral o no, y a su vez dilucidó con gran claridad los supuestos de penetración con elementos o partes del cuerpo que no sean con el miembro viril.

- c) *Supuestos fácticos subsumibles en esta figura*: Este inciso del punto 4 del presente artículo académico, es bastante ilustrativo pero escueto, ya que los supuestos que voy a mencionar son – por supuesto – derivación de las interpretaciones hechas del actual texto vigente – al cual hemos llegado yuxtaponiendo o adunando las nuevas directrices encomendadas por las leyes 25.087 y 27.352 –.

Para comenzar podemos decir que abuso sexual con acceso carnal, se puede materializar en aquellos supuestos donde se ejecute una copula o coito carente de asentimiento de alguna de las partes, por lo cual, una ejercería por la fuerza la penetración. Por ejemplo, un hombre o una mujer utilizando cualquier elemento que atente contra la voluntad de la víctima y vapulee su resistencia – ya sea física como psíquica – obtenga esta penetración forzada. Otro supuesto podría ser, que el sujeto activo introduzca uno o varios dedos en la cavidad vaginal – suponiendo que el sujeto pasivo sea una mujer – o anal. O también, por ejemplo, se podría dar este supuesto, pero en vez de introducir un dedo o alguna parte del cuerpo se introduzca algún objeto – por ejemplo un palo, una botella, etc. – por supuesto que tenga connotación sexual dicha introducción, lo cual no podríamos admitir que se perpetraría este delito en el supuesto de que alguien le coloque e introduzca una cucharita de té en la boca a otra³⁵.

Ahora bien, siguiendo a Francisco Muñoz Conde, da un como ejemplo un hecho hipotético, que da lugar a entender si hay abuso sexual con acceso carnal o algún otro delito con la integridad sexual. El autor plantea el supuesto en que una mujer a través de violencia o medios intimidatorios consigue vencer la resistencia de la víctima que también es una mujer y ejerce prácticas fricativas no consentidas, es decir

³⁵ FÍGARI, Rubén, “La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma”, IBÍDEM.



“*coniuetio membrorum*”³⁶. Según el autor, esto daría lugar a la posible subsunción en el abuso sexual con acceso carnal, ya que hace una interpretación valorativa del accionar, y no gramatical. En mi entendimiento, y siguiendo el texto legal, pienso que se tornaría atípica este presupuesto factico en relación al abuso sexual con acceso carnal, ya que por el mismo se entiende penetración – penetración en sentido fisiológico y natural como ya he expuesto *ut supra*, y el mismo requiere una inmisión en el cuerpo de la víctima, precisamente en las cavidades mencionadas – y en el presupuesto mencionado, no hay una introducción en el cuerpo del sujeto activo, lo cual queda latente su subsunción– reitero esta exegesis es mi visión en relación a esta cuestión – de manera residual en la figura del abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante – teniendo en cuenta, en este ejemplo, que las circunstancias de su ejecución son más graves e ignominiosas que el abuso sexual simple –.

- d) Ubicación actual de la “*fellatio in ore*”: En primer lugar, debemos partir de la base – como ya he aclarado con antelación – de que este presupuesto de felación – a diferencia del “*cunnin lingus*”, debe recaer sobre el miembro viril del sujeto en cuestión, ya sea que el hombre sea sujeto activo o pasivo – ha sido hasta la entrada en vigencia de la ley 27.352, motivo de separación de la doctrina, ya que surgían dos tesis – amplia y restrictiva – en relación a donde debía subsumirse este supuesto, ya que una parte lo consideraba como un abuso sexual con acceso carnal³⁷ y otra como abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante³⁸.

Actualmente, no cabe duda que se ha adoptado la tesis amplia, y el mismo presupuesto factico se subsume perfectamente en la figura del abuso sexual con acceso carnal.

- 5) Agravantes comunes: Dichas circunstancias que califican tanto el abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, como también al abuso sexual con acceso carnal, los encontramos plasmados en el cuarto párrafo y sus respectivos incisos del artículo 119.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco “*Derecho Penal. Parte especial*”, TIRANT LO BLANCH, Valencia 2.015, páginas 193 y 195.

FÍGARI, Rubén, “*La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma*”, IBÍDEM.

³⁷ FÍGARI, Rubén, “*La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma*”, IBÍDEM.

TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo II, página 403.

³⁸ CREUS, Carlos – BOUMPADRE, Jorge, IBÍDEM, página 207.



“En los supuestos de los dos párrafos anteriores la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuera cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.”

Ahora bien, los supuestos agravatorios del abuso sexual simple, lo podemos avizorar en el quinto párrafo del presente artículo mencionado, lo cual expresa: *“En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o de prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)”*

Desguazando cada agravante en particular, podemos notar que todos implican una mayor amplitud lesiva en relación a la figura nuclear. Me adentrare en cada una de ella elucubrando precisamente porque son más lesivas y en consisten.

Inciso a): Siguiendo a Edgardo Donna, el cual recepta lo siguiente de Ricardo Núñez, este agravante consiste en que se materialice algún supuesto del artículo 90 y 91 de nuestro Código Penal, lo cuales hacen alusión a los delitos de lesiones graves – artículo 90 – y gravísimas – artículo 91 – por lo tanto no abarca la simple estructura corporal, debiendo ser un entuerto de serias consecuencias. En cambio, para Carlos Creus únicamente quedan excluidos de la agravante y absorbidos por el tipo penal los daños estructurales que carezcan de influencia fisiológica, aunque sea temporal, o las que tienen escasa importancia³⁹. Ahora bien, para Marco Antonio Terragni, esta agravante es una consecuencia directa del propio abuso sexual, ya sea por la violencia desplegada por el sujeto activo del hecho delictivo, o por la fuerza empleada por la víctima para evitarlo, todo durante la ejecución del hecho. En cuanto refiere a la entidad del perjuicio propinado hacia la víctima, la entidad de este debe ser de una magnitud tal que supere las consecuencias que por lo general producen dichos atentados, como una alteración en la psiquis considerable. Por ultimo dicho autor indica que las

³⁹ DONNA, Edgardo, IBÍDEM, páginas 79 y 80.

lesiones que se generen y prospere el agravante, no deben ser las previstas en los artículos 90 y 91⁴⁰.

Inciso b): El mayor grado de lesividad en relación a la figura nuclear radica – en este inciso – en la proximidad tanto fisiológica, – en lo supuesto que implica una relación sanguínea – afectiva o de confianza que el agente del delito mantenga con el sujeto pasivo del mismo. Para Terragni, el grado de mayor reprochabilidad del injusto encuentra su génesis en la violación de los deberes funcionales, el abuso de confianza que se da y el atentado contra las reglas naturales, que se quebrantan con las relaciones incestuosas forzadas⁴¹.

Inciso c) Esta agravante tanto para Edgardo Donna como para Rubén Fígari, se tiene en cuenta que en realidad se ataca a los bienes tales como la integridad sexual y la salud del sujeto pasivo. Solo alcanza esta agravante al abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante y al abuso sexual con acceso carnal, dejando exento de la misma al abuso sexual simple, que para estos autores, esta exención es inentendible porque en el abuso sexual simple puede también, existir peligro de contagio de una enfermedad venérea, en el caso que el contacto sea vía sanguínea⁴². A su vez, esta agravante requiere un conocimiento de que se porta alguna enfermedad, y la puesta en peligro sea a sabiendas. Estas enfermedades pueden ser por ejemplo, sífilis, herpes genital, gonorrea, hepatitis B, SIDA, etc⁴³. Pues entonces, no basta ser portador, sino se debe dar también el elemento subjetivo que es el conocimiento de la misma, y generar un peligro de contagio.

Inciso d): Según Carlos Creus y Jorge Boumpadre, el fundamento de mayor punición que detenta esta agravante, surge las mayores posibilidades de éxito de la acción delictuosa, dado que la pluralidad de agente disminuye la capacidad de resistencia de la víctima⁴⁴. La actividad de dichos agentes que intervienen en la misma requiere que compongan la ejecución del hecho delictuoso, aunque no todos ellos alcancen la calidad de coautores – como requiere Núñez, pero en virtud de su particular definición de coautoría –. Quedan excluidas las formas de complicidad que no implican, tomar para de la operatividad del acto – por ejemplo el auxiliador *subsequens* –⁴⁵.

⁴⁰ TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo II, página 406.

⁴¹ TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo II, página 406.

⁴² FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, páginas 154 y 155.

DONNA, Edgardo, IBÍDEM, página 86.

⁴³ FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, página 155.

⁴⁴ CREUS, Carlos – BOUMPADRE, Jorge, IBÍDEM, página 201.

⁴⁵ CREUS, Carlos – BOUMPADRE, Jorge, ÍDEM.



Respecto al empleo de armas, pese a utilizarse en plural el elemento “armas”, es suficiente para la aplicación de la agravante, la utilización de una sola. El basamento de la misma, no solo se justifica en el mayor grado intimidatorio que ofrece la misma, sino la mayor amplitud de peligrosidad que genera el uso de la misma respecto a la integridad del bien jurídico. Las armas comprendidas dentro de la misma son, tanto propias como impropias⁴⁶.

Inciso e): Esta agravante encuentra su fundamento en que el sujeto activo, incumple el deber de otorgar seguridad y protección a las personas, que le es impuesto como contrapartida de autoridad y del poder⁴⁷. Lo necesario para que prospere la misma radica en que dicha agresión sexual ejecutada por los agentes mencionados, sea ejercida en ocasión de sus funciones.

Inciso f): En esta agravante, según pienso, el doctrinario Marco Antonio Terragni ha sido muy elocuente, en la exegesis que ha hecho, el mismo plantea “*Hay una cuestión que dilucidar respecto a las edades: El abuso sexual simple, que constituye el eje en que se asientan las demás figuras, habla de delito cuando la víctima fuera menor de trece años – art. 119, primer párrafo, Cód. Penal –. Este inciso señala al menor de dieciocho años. Quiere decir que entre los trece y los dieciocho años no habrá delito de abuso sexual simple, salvo y por supuesto, la otra hipótesis – cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción –. Este razonamiento conduce a descartar la aplicabilidad del precepto expresado en el inciso f) del artículo 119 del Código Penal, con excepción del caso en que hubiese un aprovechamiento de que la víctima no haya podido resistir y que la causa fuese la situación de convivencia preexistente con ella. Con respecto a la pena del abuso sexual simple, agravada por la concurrencia de las circunstancias indicadas, según el párrafo final de artículo 119 del Código Penal, será de tres a diez años de reclusión o de prisión, con lo que queda equiparada en el límite máximo con la del delito de abuso sexual gravemente ultrajante; un exceso que solo se puede corregir por la vía de declaración de inconstitucionalidad del primero. Otro defecto de técnica legislativa aparece cuando se advierte que las penas previstas para las circunstancias agravantes determinan la igualdad entre el contacto*

⁴⁶ CREUS, Carlos – BOUMPADRE, Jorge, IBÍDEM, pagina 202.

⁴⁷ TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo II, pagina 408.



carnal, que si están diferenciados – en cuanto a la sanción – en los tipos básico.”⁴⁸.

6) Abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima:

Esta figura delictiva está tipificada en el artículo 120 de nuestro Código Penal. Dicho artículo prevé lo siguiente “*Sera penado con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la víctima u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.*

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) o e) del cuarto párrafo del artículo 119.”

En virtud de la enmienda legislativa que introdujo la ley 25.087 en relación a este delito, Marco Antonio Terragni sostiene que la nominación correcta para el mismo es “*abuso sexual de un menor de dieciséis años*” o Rubén Fígari manifiesta que la catalogación correcta es “*abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima*”, ya que no es correcto seguir llamando a esta figura delictiva como “*estupro*” por el mismo, proviene del latín “*stuprum*” y este conlleva a tenerse como base única el coito, y el texto vigente remite también al abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante en el que no hay acceso carnal⁴⁹.

a) Conductas típicas derivadas: Como he plasmado *ut supra*, las conductas típicas en las cuales se apoya el delito en cuestión son el abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, y el abuso sexual con acceso carnal, los cuales ya han sido escudriñados con gran profundidad en el presente escrito, por lo cual no me detendré en esto⁵⁰.

b) Elementos esenciales: En este estamento analítico podemos encontrar ciertos elementos que permiten la perpetración del delito en cuestión o la caracterización del mismo. Estos son: inmadurez sexual de la víctima, mayoría de edad del sujeto activo, relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente, seducción y aprovechamiento.

Según creo, es correcto desmenuzar cada uno de estos elementos y entender de qué manera y con qué amplitud se deben materializar los

⁴⁸ TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo II, páginas 408 y 409.

⁴⁹ TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo II, página 410.

FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, página 166.

⁵⁰ Ver puntos 3) y 4).



mismo para alcanzar la amplitud lesiva con la cual ha tratado de enfocar teleológicamente el legislador.

- *Inmadurez sexual de la víctima*: Este elemento no implica que se lo tome como sinónimo de “*inexperiencia sexual*”, ya que el entendimiento del mismo no queda circunscripto o ceñido a un mero conocimiento de físico o fisiológico del acto sexual – ver fallo “*Bidondo*”⁵¹ – sino que es una concepción más extensa que la misma radica en la sana e íntegra conformación de la personalidad en el aspecto sexual, ya que el adolescente, no obstante presta su consentimiento no tiene definido en su intelecto el discernimiento del verdadero sentido o naturaleza de la conducta desplegada⁵².
- *Mayoría de edad del sujeto activo*: En este elemento, voy a plasmar textualmente lo expuesto por Rubén Fígari, ya que según mi parecer hace una elucubración bastante acertada y correcta. Dicho autor menciona que “*La forma de expresar este concepto dio lugar a algunos argumentos un tanto dubitativos respecto a si la expresión aludida estaba referenciada al mero hecho de que el autor tenga más edad que la víctima. Así deslice esta opinión la cual no fue desechada por Clemente. Sin embargo, me veo obligado a rever tal posición, pues en realidad a lo que parece aludir la norma es a la mayoría de edad que se adquiere a los dieciocho años, pues si solo fuera menester una mera diferencia de edad entre el sujeto activo y la víctima que importe una relación de predominio, como bien lo apunta Arocena, se estaría contemplando dos veces el mismo caso, ante la hipótesis prevista de la relación de preeminencia. En realidad asevera este autor que la elucubración aprovechándose de su inmadurez sexual en razón de la mayoría de edad, su relación de preeminencia y otra circunstancia equivalente, comprende toda situación que pueda valerse del agente para aprovechar la inmadurez de la víctima, la cual se puede dar aun, un sujeto activo de diecisiete años de edad puede hacer valer perfectamente circunstancias de preeminencia o equivalente sobre la víctima de catorce años. Por otra parte, esta es la posición adoptada por la mayoría de los autores.*”⁵³.

⁵¹ TS Córdoba, Sala Penal, 7/3/07, “*Bidondo*, Héctor Raúl p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal, etc – Recurso de casación”, sent. Nº 22, elDial-AA422E.

⁵² FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, página 182.

⁵³ FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, páginas 191 y 192.



- *Relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente*: Este supuesto, según pienso, no hace alusión a las causales establecidas en el artículo 119, cuarto párrafo, inciso b) de nuestro Código Penal, ya que dicha relación de preeminencia – en estos supuestos – daría lugar a una confusión manifiesta respecto a la figura agravada. En el mismo sentido, afirma esto Adrián Tenca, el cual limita esta situación a la seducción real o verdadera⁵⁴, o Rubén Fígari por la misma entiende que hace referencia a “*presiones difusas*”, por las cuales se la podría equiparar al prevalimiento⁵⁵.

A su vez, esta relación de preeminencia, en mi entendimiento, se puede materializar – por supuesto que habrá que analizar el caso concreto – en los supuestos en los cuales, la “*experticia*” – por catalogarla de algún modo – del sujeto activo, sea considerable en razón de la inexperiencia de la víctima, y así pueda llegar a persuadir a la misma para que presente la anuencia para realizar algún acto de raigambre sexual ya mencionado.

- *Seducción*: Dicho elemento proviene del latín “*seducere*”, que la misma implicaba atraerse, llevarse consigo. En nuestra lengua, la misma puede hacerse interpretarse como ejercer un ardid con mañas, o – según Edgardo Donna – “*conjunto de artificios y halagos desplegados por el seductor que hacen que la víctima, a raíz de su propia inexperiencia, ceda al acto sexual*”⁵⁶. La doctrina ha hecho una clasificación bifurcada, entendiendo a la misma – seducción – como presunta o – la otra clasificación – real. Núñez entiende que la seducción real, el autor debe lograr el acceso engañando o persuadiendo a la víctima, debiendo probarse el mismo. En cambio, por seducción presunta, dicho autor, interpreta que la misma se materializa cuando la misma ley presume – presunción “*juris et de jure*” – que la víctima, por su inexperiencia, cede seducida por la propia naturaleza del acto⁵⁷. Edgardo Donna, por su parte, comprende que una correcta forma de legislar esta figura típica, sería admitir la seducción real, en dicho sentido el agente se hubiese aprovechado de falta de experiencia – en lo que acontece a la esfera sexual – de la menor víctima. La finalidad de esta interpretación – según manifiesta

⁵⁴ TENCA, Adrián, IBÍDEM, página 136.

⁵⁵ FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, páginas 193.

⁵⁶ DONNA, Edgardo, IBÍDEM, página 108.

⁵⁷ NUÑEZ, Ricardo, “*Derecho Penal argentino*”, OMEBA, Buenos Aires 1.961, Tomo IV, página 292.



el autor – radicar en respetar correctamente los principios de legalidad y culpabilidad, y la misma se *aggiornaria* a límites más racionales⁵⁸.

- *Aprovechamiento*: Este elemento es concomitante a los anteriores mencionados, básicamente el mismo es producto de la ejecución de los mismos, ya que el término aprovecharse, hace alusión a sacar partido o utilizar ventajas propias de la situación de hecho⁵⁹, por supuesto que esto, como he manifestado *ut supra* se debe verificar en el caso concreto. Como he dicho, deben presentarse los elementos ya escudriñados, es decir, la inmadurez sexual del sujeto pasivo, debe adunarse a la mayoría de edad del agente y el mismo debe aprovecharse de cierta relación de preeminencia que se cree o alguna circunstancia equivalente⁶⁰.

Según Jorge Villada, el aprovechamiento, es una situación de mera ventaja o circunstancia facilitadora de la seducción o abordaje que despliega el autor sobre la víctima⁶¹.

- c) *Casos de error*: Prosiguiendo con el análisis de esta figura delictiva, no puedo pasar por alto, como juega el error de tipo respecto – principalmente – de la edad de la víctima. Para erigir dichas cavilaciones, es necesario utilizar elementos genéricos de la teoría del error – de tipo como he mencionado –. Debemos partir de la base interpretativa que cuando hablamos de error – en esta rama de la ciencia jurídica – se hace alusión a un “*falso conocimiento*” y no a una falta de conocimiento – como lo es el supuesto de la ignorancia –⁶². Dicho falso conocimiento recae sobre los elementos objetivos del tipo – en el delito en cuestión, recae sobre la edad de víctima –. Debemos precisar, antes de ahondar con mayor amplitud en esta figura típica concreta, que hay dos tipos de error de tipo, uno vencible y otro invencible. El error vencible, consiste en el mismo se perpetra por falta de cuidado⁶³, este tipo de error, excluye el dolo. Por otro lado, el error invencible, se materializa cuando, el falso conocimiento recae sobre elementos objetivos del tipo, pero que mismo – el falso conocimiento – no se puede soslayar, ni siquiera tomando todos los recaudos necesarios exigibles al sujeto.

⁵⁸ DONNA, Edgardo, IBÍDEM, página 109.

⁵⁹ DONNA, Edgardo, IBÍDEM, página 110.

⁶⁰ DONNA, Edgardo, ÍDEM.

⁶¹ VILLADA, Jorge Luis, “*Delitos Sexuales*”, GOFICA EDITORA, 1.999, página 74.

⁶² GENTILE BERSANO, Fernando, IBÍDEM, página 184.

⁶³ GENTILE BERSANO, Fernando, IBÍDEM, página 185.



Ahora bien, al quedar precisado los tipos de errores, es necesario solamente que haya un error vencible para borrar la ilicitud del acto, ya que el mismo excluye el dolo, y según mi entendimiento, el delito en cuestión solo se puede ejecutar de manera dolosa, ya que, la sistematización de nuestro Código Penal, se caracteriza – su parte especial, por supuesto – por ser “*numerus clausus*”, a diferencia – por ejemplo – del Código Penal español, que es “*numerus apertus*” ya que en su parte general, contiene una cláusula de equivalencia – precisamente en su artículo 10 –.

Cabe destacar que, cuando el sujeto activo del mismo, manifiesta que no ha conocido la minoridad del sujeto pasivo y dicho falso conocimiento se haya generado por la apariencia de mayoría de la víctima, debe aplicarse – en el supuesto que quien dirima la cuestión tenga duda de lo manifestado por el agente – el “*in dubio pro reo*”⁶⁴.

d) Interpretación de la operatividad del consentimiento de la víctima: No me extenderé mucho en este punto, pero sí creo que es correcto poner de manifiesto que, en mi opinión la anuencia prestada por la víctima no tiene la entidad tal para borrar la ilicitud del acto delictivo. Cabe destacar que si es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico, ya que a diferencia del abuso sexual simple, el consentimiento de una persona menor de trece años, no es considerada como tal, y se presume el abuso. A su vez, cabe destacar que el consentimiento de la víctima si es necesario para que se perpetre este delito, porque si el mismo falta esto implicaría subsumir la conducta del autor – dependiendo la situación que materialice – en los moldes legales previstos en los tres primeros párrafos del artículo 119 de nuestro Código Penal.

e) Agravantes: Las agravantes de este delito, las encontramos precisamente – como he escrito *ut supra* – en el artículo 120, segundo párrafo. Dicha disposición legal reza lo siguiente: “... *La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare algunas de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119*”. Para no ejercer una tautología innecesaria, recomiendo al lector remitirse al punto 5) del presente trabajo, y observar las cavilaciones pertinentes para comprender en qué consisten dichos agravantes.

Lo que si considero destacable, es explicar porque no toma como agravante al inciso d) del cuarto párrafo del artículo 119, el mismo consiste en que “*el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con*

⁶⁴ DONNA, Edgardo, IBÍDEM, pagina 112.



armas”. El basamento de obliterar o no contemplar como agravante a lo mencionado en el delito en cuestión es que, al ser necesario el consentimiento de la víctima, considerar al mismo, sería una contradicción manifiesta, ya que, en principio se generaría coacción o algún atentado contra el consentimiento del acto – esto es en el que caso que medie el empleo de arma –. En el supuesto que haya concurrencia de agente se puede llegar a discutir si en todos los supuesto se aplicaría algún artilugio que atente contra el libre consentimiento de la víctima, lo cual podría haber alguna excepción, pero se debería tratar en el caso concreto. De todos modos, el agravante no operaría por la tipología cerrada que presenta nuestro Código Penal, y al no mencionarlo como agravante no podría ser considerado como tal.

- 7) Agravante genérico para los artículos 119 y 120 cuando resulta la muerte de la víctima – artículo 124 del Código Penal –: Como he adelante en el epígrafe de este punto, esta agravante genérica que alcanza tanto a los supuestos estipulados en los artículos 119 y 120, se encuentra establecida en el artículo 124 de nuestro Código Penal, el mismo expresa lo siguiente: “*Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.*”.

Enfocar desde el aspecto prístinamente dogmático esta agravante, lo cual nos permitirá hacer una crítica severa hacia el legislador, ya que, esta disposición legal es completamente inconstitucional, porque – por ejemplo siguiendo a Marco Antonio Terragni – no respeta el principio de culpabilidad e impone una responsabilidad objetiva⁶⁵. A su vez, se utiliza un aforismo latino del derecho penal medieval – por cierto, no solo ha quedado vetusto, sino que tampoco se acopla sistemáticamente a nuestro ordenamiento jurídico por antentar contra el principio de culpabilidad – que es “*versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto o qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*” lo cual significa algo así como, quien se encuentra en un hecho delictivo se le imputara todo lo que provenga del delito, incluso las consecuencias fortuitas. Como he dicho, es totalmente un disparate tener en cuenta esta regla de imputación, sin embargo, analizando lo previsto en el artículo 124, podemos avizorar que detenta esta regla. Ahora bien, si la muerte se da de manera fortuita o culposa – habiendo una suerte de preterintencionalidad, no haciendo referencia a los términos del artículo 81 inciso 1, b), sino *stricto sensu* entendiendo una mixtura de dolo, el cual tiñe al abuso y un resultado culposo, es decir la muerte – implicara un imputación

⁶⁵ TERRAGNI, Marco Antonio, IBÍDEM, Tomo II, pagina 411.



valida al seguir esta norma. En mi entendimiento y como ya he dicho, es totalmente inconstitucional e inoperativa.

Otro aspecto no menor, es entender que el resultado muerte se dé por las circunstancias necesarias para que se pergeñe un homicidio “*criminis causa*” – encontramos las circunstancias en el artículo 80 inciso 7 de nuestro Código Penal – lo cual si implicaría una actitud dolosa respecto a la muerte del sujeto pasivo. Por ejemplo que mate a la víctima para ocultar el hecho delictivo.

- 8) *Ciberacoso sexual infantil – Grooming* –: Este delito, tiene ciertas particularidades que voy a analizar a continuación. A modo enunciativo, puedo decir que el mismo es un acto preparatorio punible y que la actual redacción legal del mismo detenta varios aspectos negativos, que según pienso, deben enmendarse *a lege ferenda*.

Lo correcto – para comenzar este periplo analítico – creo que es partir por vislumbrar como está confeccionado en el mismo en nuestro ordenamiento jurídico – legal vigente. El mismo se encuentra estipulado en el artículo 131 de nuestro Código Penal, el mismo recita lo siguiente: “*Sera reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.*”.

- a) *Conceptualización*: Esta figura típica también es conocida como *child grooming*, la misma consiste – según Rubén Fígari – en ejecutar acciones deliberadas, emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad. Lo mismo se puede llegar a materializar cuando se crea una relación o conexión emocional con el mismo, con la finalidad de disminuir las inhibiciones del niño y poder menoscabar su integridad sexual⁶⁶. Ahora bien, si buscamos su génesis etimológica, nos podemos encontrar con una abultada cantidad de significaciones, pero para seguir alongando dicho escrito, utilizare la definición erigida vía pretoriana. El anglicismo “grooming” proviene del vocablo “groom”, que alude a la preparación o acicalamiento de algo, aunque en la esfera de los pedófilos o eventuales pederastas, suele relacionarse a toda actividad que tenga como finalidad perforar moral o psicológicamente a un menor, con la ultra finalidad de controlar emocionalmente al mismo para poder perpetrar un ulterior abuso sexual, por ende, se trata de un supuesto acoso sexual infantil. Cabe destacar que, en virtud de lo

⁶⁶ FIGARI, Rubén, IBÍDEM, pagina 354.



manifestado, se lo puede definir también como un proceso sexual abusivo a transitar paulatina o progresivamente – acoso progresivo –, el cual, el agente ostenta ciertas facilidades que les son brindadas por las nuevas tecnologías, que las mismas permiten la interacción comunicacional de un mayor de edad con un menor con la teleología manifiesta de amedrentar su sexualidad abusivamente⁶⁷.

- b) Fases o iter que debe transitar el Grooming: Siguiendo a Enrique Rovira del Canto, existe la posibilidad de esquematizar el acoso sexual infantil o Child Grooming en una serie de fases sucesivas: 1) Fase de amistad; 2) Toma de contacto, gustos, preferencias, confianza; 3) Fase de relación; 4) Confesiones personales e íntimas, consolidación; 5) Componente sexual; 6) Participación de actos de naturaleza sexual, fotografías, webcam; 7) Extorsión; 8) Escalada de peticiones; 9) Eventual agresión⁶⁸.
- c) Antecedentes legislativos: Como punto de partida, pienso que es pertinente comenzar mencionando que desde el año 2.001, nuestro país a adherido al “Convenio sobre Cibercriminalidad” de Budapest, años posteriores ha entrado en vigencia la ley 26.388 que regula y ajusta los tipos penales vinculados a las agresiones efectuadas por vías tecnológicas de la información y la comunicación (TICs). Ahora bien, la figura propiamente del ciberacoso sexual infantil, fue introducida a nuestro Código Penal en virtud de la ley 26.904, disponiendo los presupuestos facticos del mismo en el mencionado artículo 131.

Avizorando la legislación comparada, podemos encontrar que se encuentran reguladas situaciones análogas o similares a las que detentamos en el artículo 131, por ejemplo, en el Código Penal español regula en su artículo 183 ter dicha figura delictiva, o Alemania en su *Strafrecht* regula al mismo en su § 176, o en Australia en su *Criminal Code*, estipula al mismo en su artículo 272.

⁶⁷ “Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)", RIQUERT, Marcelo, pagina 4.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37955-art-131-ciberacoso-sexual-infantil-grooming>. Sitio web consultado el 30 de Agosto de 2.019.

Sentencia del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, causa N° 4924-0244, caratulada “Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada”, fallo del 5 de Junio de 2.013, cuestión primera. En definitiva, se arribó a una condena de diez años de prisión por promoción de corrupción de menor agravada por la edad de la víctima y su comisión mediante engaño (art. 125, párr. 2º y 3º del C.P.).

⁶⁸ “Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)", RIQUERT, Marcelo, ÍDEM.



d) Naturaleza jurídica y basamentos de su punición: La esencia de esta figura, según la mayoría de los autores – Rubén Fígari, Marcelo Riquert, etc – a la cual adhiero, es que es un acto preparatorio punible⁶⁹.

Al determinar que esta es su naturaleza jurídica, es pertinente ahondar cual es el fundamento de su punición, lo cual considero de suma importancia hacer una remisión a conceptos genéricos en el ámbito de la tentativa, precisamente el iter criminis, cuando se llega a la etapa de los actos preparatorios. Como regla general todos sabemos que dichos actos en cuestión no son punibles, la punibilidad se vuelve operativa – como tentativa o delito consumado, dependiendo que etapas logre transitar en el iter criminis la conducta delictiva del agente – cuando se realizan actos ejecutivos o hay comienzo de ejecución, lo cual no ahondare en este artículo porque creo que carece de pertinencia. Lo que si intentare profundizar es cuando un acto preparatorio puede ser punible, para esto seguiré a Eugenio Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia que entienden que hay dos periplos o caminos diferentes que permiten lograr penar a los actos en cuestión. El primero consiste en extender lo prohibido hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria, alongando la formula genérica prevista en el artículo 42 de nuestro Código Penal. Se los puede considerar como delitos incompletos más amplios que la tentativa. El fundamento de esto es que el peligro se traslada a algunos actos preparatorios, por eso es admisible solo como excepción. Por otro lado, el segundo camino que permite dicha respuesta punitiva – que es el que no va a interesar al analizar este delito – consiste en pergeñar una tipicidad independiente de ciertos actos preparatorios, pero que al mismo tiempo implican otras lesividades que exceden el delito tentado⁷⁰.

Ahora bien, el Ciberacoso sexual infantil, encuentra su basamento punitivo en el segundo camino exegético – dogmático mencionado, ya que el mismo se encuentra estipulado expresamente en la legislación vigente.

e) Críticas al actual artículo 131 de nuestro Código Penal: Como he anticipado de manera sucinta al comienzo del acápite 8), dicha figura delictiva presenta ciertas incompatibilidades con nuestro ordenamiento jurídico, y también la mala técnica legislativa utilizada en el mencionado

⁶⁹ FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, pagina 360.

“Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)”, RIQUERT, Marcelo, pagina 6.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, EDIAR, Buenos Aires 2.005, páginas 634 y 635.



artículo genera zonas grises que es difícil salir de las mismas. Lo primero que creo que es criticable – de manera constructiva y no agresiva – parte de la incongruencia sistemática que genera los montos de penas previstas para el mismo, los cuales son coincidentes al abuso sexual simple previsto como ya he mencionado *ut supra* en el artículo 119, primer párrafo de nuestro Código Penal, lo cual es totalmente descabellado que sean coincidente sus montos, porque el ultimo mencionado se trata de un delito de resultado que se pena a partir de su ejecución, y el primero mencionado es un acto preparatorio tipificado *ergo* tiene menor grado de lesividad. Esto amedrenta contra principios propios de nuestro Derecho Penal, tal como lo es el principio de *Proporcionalidad de la pena*. Por otro lado, también considera que esta figura es asistemática, porque la mayoría de los delitos mencionados – ejemplo, los previstos en los artículos 119 y 120 – la acción penal es publica pero dependiente de instancia privada – artículo 72 de nuestro Código Penal – y en el delito que estoy analizando, no se ha analizado dicha norma al momento de la incorporación, por ende su acción es puramente publica – artículo 71 de nuestro Código Penal –. Ahora bien, con la entrada en vigencia de la ley 27.455⁷¹, que modificó el artículo 72, permite la intervención de oficio para los delitos mencionados a modo ejemplificativo – artículo 119 y 120 – cuando la víctima sea menor de dieciocho años, lo cual podría lograr una mejor armonización con la norma del artículo 131, pero genera una confusión e incongruencia manifiesta respecto al artículo 120, donde la víctima siempre debe ser menor de dieciséis años, al igual que en el rapto impropio previsto en el artículo 130, que también es alcanzado por la norma del artículo 72. Otra disyuntiva se genera respecto a que si dos menores de edad – ambos menores de dieciocho años – pero supongamos que uno tiene diecisiete años – en virtud del artículo 1 de la ley vigente 22.278, el mismo es capaz de culpabilidad del presente delito, porque tiene una pena privativa de libertad que supera los dos años – y otra – supongamos que se trate de una menor de sexo femenino – mantiene comunicaciones por vías de aparatos tecnológicos, y dichas conversación se van encausando a mantener un eventual contacto sexual, este delito se perpetraría, ya que el menor de diecisiete años es – técnicamente – agente del mismo porque reúne las condiciones previstas del tipo y es capaz de culpabilidad – ya que el artículo menciona que la víctima debe ser menor de edad, entiéndase dieciocho años, pero no dice nada del

⁷¹ FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, pagina 366.



sujeto activo del delito. Esto es un total disparate, ya que es normal que se conllevan dichas comunicaciones entre menores de dicha edad⁷². Según pienso, lo correcto sería especificar que la víctima deba ser menor de dieciséis años – como sucede en el abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima – y que el sujeto activo si sea mayor de edad. Otro aspecto no menor, y que tampoco está exento de críticas es, que la ley pide que la finalidad de las cibercomunicaciones sea “... cometer cualquier delito contra la integridad sexual”, lo cual convierte al mismo en un delito de difícil probanzas, ya que si las comunicaciones no detentan dicha finalidad el mismo sería atípico – porque no hay dolo directo, que es el necesario para este delito –.

VI. Apreciación genérica final: A modo de cierre, creo que es correcto aportar cual es mi visión del artículo académico erigido. Pienso que estos delitos han mutado de manera acertada en algunos aspectos o en otros no, pero que los cambios han sido constantes, sin ir más lejos, como se ha ido modificando la interpretación del adulterio, hasta llegar a lo que hoy en día es nuestro ordenamiento jurídico penal, que no es más que una norma derogada. Respecto a los abusos sexuales, ha habido grandes cambios de paradigmas que han sido sanos y correctos que se hayan dado, lo cual ha generado mayor seguridad jurídica respecto a los mismos. En relación a la vieja figura del estupro, creo que ha sido correcto introducir el supuesto del abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante, ya que es una conducta con una entidad lesiva notable. Por último creo que, tanto el artículo 124 y el 131, no han quedado exentos de hacerse una modificación substancial *a lege ferenda*, ya que, por ejemplo el artículo 131 – como he expuesto – guarda varias incongruencias que atentan contra el ordenamiento jurídico y generan inseguridades jurídicas, y en relación al artículo 124, creo que es correcto poner una pena divisible, en vez de la que hoy se encuentra vigente. Por último, considero de suma utilidad tanto práctica como académica el abordaje de estos delitos – no me circunscribo a los tratados, sino a todos los que se encuentran aglutinados en el Título III, de nuestro Código Penal – ya que revisten ciertas particulares que son necesarias saber, y su conocimiento no debe ser soslayado.

V. Bibliografía:

- BOUMPADRE, Jorge “*Derecho penal. Parte especial*”, MAVE, Corrientes 2.009, tomo II, 2ª edición actualizada.

⁷² FÍGARI, Rubén, IBÍDEM, página 359.



- CREUS, Carlos - BOUMPADRE, Jorge Eduardo, “*Derecho Penal Parte Especial*”, ASTREA, Buenos Aires – Bogotá 2.013, Tomo 1, 7ma edición actualizada.
- DONNA, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la integridad sexual*”, RUBINZAL – CULZONI EDITORES, Buenos Aires 2.005, 2da edición actualizada.
- FÍGARI, Rubén, “*Delitos sexuales*”, HAMMURABI, Buenos Aires 2.019, 1era edición.
- GENTILE BERSANO, Fernando, “*Derecho penal Parte General*”, LIBRERÍA CIVICA, Santa Fe 2.019, 1era edición.
- LEVAGGI, Abelardo, “*El derecho penal argentino en la historia*”, EUDEBA, Buenos Aires, 2.012, 1era edición.
- MUÑOZ CONDE, Francisco “*Derecho Penal. Parte especial*”, TIRANT LO BLANCH, Valencia 2.015, 20º edición.
- NUÑEZ, Ricardo, “*Derecho Penal argentino*”, OMEBA, Buenos Aires 1.961, Tomo IV.
- TENCA, Adrián, “*Delitos sexuales*”, DEPALMA, Buenos Aires, 2.001.
- TERRAGNI, Marcos Antonio, “*Tratado de Derecho Penal*”, LA LEY, Buenos Aires 2013, Tomo I y Tomo II.
- VILLADA, Jorge Luis, “*Delitos Sexuales*”, GOFICA EDITORA, 1.999.
- ZAFFARONI, Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, EDIAR, Buenos Aires 2.005.
- ZAFFARONI, Eugenio – ARNEDO, Miguel “*Digesto de codificación penal argentina*”, AZ EDITORA, Madrid 1.996.

Otras fuentes:

- “*La reforma del art. 119 por la ley 27.352. Cambios de paradigma*”, FÍGARI, Rubén, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45413-reforma-del-articulo-119-del-codigo-penal-ley-27352-cambio-paradigma>. Sitio web consultado el 20 de Agosto de 2.019.
- “*Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)*”, RIQUERT, Marcelo, pagina 4. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37955-art-131-ciberacoso-sexual-infantil-grooming>. Sitio web consultado el 30 de Agosto de 2.019.