



Abuso Sexual Agravado (por el resultado)

Por Luis Milei

Art. 124: “*Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida*”.-

1.- INTRODUCCIÓN

La utilización de verbos como *resultar*, *producir*, *ocurrir*, o, expresiones como “*fuere seguido*” o “*fuere causa*”, no es ni nueva ni mucho menos infrecuente en la redacción de los tipos penales incluidos en nuestro Código Penal (CP) funcionado, en general, como el preludeo de la imposición de una pena más severa por la ocurrencia de un suceso más gravoso¹. Al respecto, pueden distinguirse, claramente, tres períodos legislativos. El primero, se extiende desde la sanción de ley 1920 hasta la de la ley 25.742; el segundo, desde ella hasta la sanción de la ley 25.893 y, el tercero, a partir de ésta.

Lideran la *primera etapa* el Código Tejedor (Ley 1920)², la ley 4.189³ y el Código Moreno⁴ con sus modificaciones. La ley 1920, en el artículo 128 inciso 2° utilizaba ya, por ejemplo, el verbo *resultar*⁵. La ley 4.189⁶ reformó aquélla, reemplazando los artículos 128 a 137 (referidos a violación, estupro y ultraje al pudor) y también echó mano a *resultar*. El Código Moreno, en lo que al artículo 124 se refiere, ya lo había incorporado con la misma redacción que la actual, pero con una pena conminada divisible (reclusión o prisión de quince a veinticinco años)⁷.

La *segunda etapa* está regida por la ley 25.742⁸ que reformó los artículos 142 bis y 170 del CP, vinculando la muerte de los cautivos con el dolo o la culpa del

¹ En efecto, puede verificarse con la lectura de los artículos 85 (*fuere seguido*), 95 (*resultare*), 100 incisos 1° (*no resultare*), 2° (*resultaren*) y 3° (*se produjere*), 106 segundo (*resultare*) y tercer párrafo (*ocurriere*) conforme ley 24.410, 144 ter inciso 2° primer supuesto (*resultare*), 186 inciso 5° (*fuere causa*), 191 inciso 4° (*resultare*), y 199 (*fueren seguidos*).

² ADLA 1881-1888; p. 378.

³ ADLA 1889-1919, p.597.

⁴ ADLA 1920-1940, p. 85.

⁵ ADLA 1881-1888 (Ley 1920), p. 389. Así normaba... artículo 128: *La pena contra la violación será: inciso 2° Si resultase la muerte de la menor, la pena será de presidio por diez a quince años...* No es en el único dispositivo en el que fue utilizado; también aparece, por ejemplo, en el artículo 108 inciso 1° (duelo).

⁶ ADLA 1889-1919, p. 600. Así... *en los casos de ambos números, si resultase la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena de diez a veinticinco años de presidio...*

⁷ ADLA 1920-1940, p. 94.

⁸ B.O. N° 30.175, del 20/06/2003.



autor⁹. Esta nueva redacción surgió del informe final elaborado por los integrantes de la Comisión Asesora para la Prevención del Secuestro de Personas¹⁰. La misma, tratando la cuestión del alcance del vocablo muerte del párrafo final del artículo 142 bis, expresó que... *es por ello que la Comisión ha encontrado apropiado poner fin a la discusión incluyendo tanto la forma culposa, cuanto la dolosa, a la par que estableciendo el correspondiente distingo en cuanto a la punición...* En el mismo sentido, y en lo que al informe de la comisión respecta, expresó DONNA que... *el segundo tema que tiene importancia como forma de interpretación de los tipos penales complejos y evitar así la responsabilidad objetiva de un hecho es que, por primera vez, se incluye – y entendemos que esto sirve a los efectos de los demás tipos complejos – la distinción, en sí correcta, de si el resultado se imputa a título de dolo o a título de imprudencia (culpa), imponiendo en cada caso un pena distinta y descartando la pena en cualquier otro caso...*¹¹. Lo aseverado por la Comisión estableció (y, a mi entender, sigue haciéndolo) una diáfana directriz hacia la erradicación, de las leyes penales, de la responsabilidad objetiva.

A partir de la sanción de la ley 25.893¹² (artículo 124 del CP, *resultare*), comienza el **tercer período**, que todavía subsiste, donde los legisladores, llamativamente y a pesar de la insistencia de algunos en los debates parlamentarios, retomaron la técnica descrita en la primera etapa. Así, cobraron vida las siguientes modificaciones: la sanción de la ley, la ley 26.394¹³ que introdujo los artículos 241 bis inciso 5° (*resultare la muerte*) y 252 (*resultare la muerte*), la ley 26.524¹⁴ que incorporó el artículo 201 bis (*resultare la muerte*) y sustituyó el artículo 203 (*si tuviere como resultado enfermedad o muerte*), y finalmente la ley 26.679¹⁵ que introdujo el artículo 142 ter, cuyo segundo párrafo expresa *si resultare la muerte*.

El dispositivo que toca analizar – incorporado a nuestro digesto represivo con posterioridad, casi cinco años, a la reforma que, de los otrora delitos contra la honestidad, actualmente delitos contra la integridad sexual, formulara la ley 25.087¹⁶ –

⁹ Se refiere a los últimos párrafos de los tipos penales de privación ilegal de la libertad coactiva (art. 142 bis) y secuestro extorsivo (art. 170)... *La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor. La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida...*

¹⁰ Creada por decreto 1651/2002 (B.O. N° 29.977 del 5/09/2002), modificado por decreto 1659/2002 (B.O. N° 29.978 del 6/09/2002). Sin resaltado en el original. El informe de la Comisión lo publicó Rubinzal – Culzoni en forma de separata, conjuntamente con el libro *Reformas Penales*, Edgardo Alberto DONNA (Coordinador), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004. La Comisión Asesora tuvo en principio nueve miembros (Decreto 1651/2002), ampliado luego a quince ((Decreto 1659/2002). Formaron parte de ella: Dr. León Carlos Arslanián (en calidad de coordinador), Dr. Jorge Agúndez, Dr. Luis María Cabral, Dr. Pedro David, Dr. Edgardo Alberto Donna, Dra. María del Carmen Falbo, Comandante General (R) Enrique A. Gallesio, Dr. Alberto J. B. Iribarne, Doctor D. Esteban Marino, Dr. Julio Piaggio, Dr. Miguel Ángel Pichetto, Dr. Norberto Quantín, Dr. Norberto Spolansky y, la Dra. Margarita R. Stolbizer.

¹¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Comentarios a la ley 25.742 de reforma al Código Penal de la Nación*, en *Reformas Penales*, Edgardo Alberto DONNA (Coordinador), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 16. Sin resaltado en el original.

¹² B.O. N° 30.408, del 26 de mayo de 2004.

¹³ B.O. N° 31.478, del 29 de agosto de 2008.

¹⁴ B.O. N° 31.774, del 05 de noviembre de 2009.

¹⁵ B.O. N° 32.145, del 09 de mayo de 2011.

¹⁶ B.O. N° 29.147, del 14 de mayo de 1999.



focalizó su operatividad no sólo sobre todos los abusos sexuales (artículo 119) y el estupro (artículo 120), sino también sobre la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (leyes 24.660¹⁷, 25.894¹⁸ y 26.813¹⁹), sobre el sistema de la libertad condicional (ley 25.892)²⁰, y sobre el régimen de la extinción de la acción penal por prescripción (ley 26.705)²¹.

2.- EL ARTÍCULO 124 DEL CP

El mismo impone... *reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida...* . Salvando el tema de la pena, el tipo se mantuvo inalterado desde la sanción del Código Moreno²².

A.- LOS PROYECTOS PRESENTADOS

Se presentaron cuatro proyectos de ley, uno en el año 2003 y tres en el año 2004²³.

A.1.- AÑO 2003

Llevó la identificación **6131-D-03**²⁴ y propuso, en lo que al artículo 124 se refiere, la siguiente redacción... *Se impondrá reclusión o prisión perpetua cuando en los casos del artículo 119 resultare la muerte de la persona ofendida...*, fundamentándolo en que...

La creciente inseguridad de los habitantes de nuestro país requiere²⁵ del Legislativo una actitud positiva que coadyuve a evitar, en especial, los delitos violentos. La sociedad se encuentra frente a una sensación de desamparo y de falta de

¹⁷ B.O. N° 28.436, del 16 de julio de 1996.

¹⁸ B.O. N° 30.526, del 12 de noviembre de 2004.

¹⁹ B.O. N° 32.563, del 15 de enero de 2013.

²⁰ B.O. N° 30.408, del 26 de mayo del 2004.

²¹ B.O. N° 32.249, del 5 de octubre de 2011.

²² *Código Penal de la Nación Argentina*, Valerio Abeledo Editor, Librería Jurídica, Buenos Aires, 1922, p. 73. En aquel momento, el texto rezaba... *se impondrá reclusión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida...*

²³ Dice RUBIO que sólo se presentaron tres proyectos; sin embargo, omitió mencionar el proyecto presentado por la diputada María Leyla Chaya que lleva la identificación 0201-D-04, en RUBIO, María Mercedes, *Reforma al artículo 124 del Código Penal*, en *Reformas Penales Actualizadas hasta la ley 26.087 (B.O. 24-4-2006)*, Edgardo Alberto DONNA (director), Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 263.

²⁴ www3.hcdn.gov.ar/folio.cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=6131-D-03&infobase=tp.nfo&record={672D}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.

²⁵ En el original se lee “requieren”.



respuestas concretas y efectivas respecto de aquellos sectores, instituciones u organismos que debieran dar adecuada solución a esta problemática. En especial se considera prioritario que los representantes del pueblo, es decir aquellos a quienes la ciudadanía nos ha impuesto el deber de legislar, respondamos de forma concreta a dicha demanda. Es necesario modificar tanto el Código Penal como el Procesal. En ese orden de ideas advertimos que quienes usan armas para cometer delitos, quienes hieren con ellas y más aun los que matan deben ser sometidos a penas mayores a las actualmente en vigencia. Ello por cuanto representan un peligro cierto, inminente y concreto a la seguridad pública y por tanto se impone la aplicación de penas más severas y de cumplimiento efectivo para a su vez asegurar el propósito constitucional de reinserción social a través del adecuado tratamiento carcelario. Así en el proyecto de ley que se acompaña se establece un incremento de las penas llegando, en determinados tipos de delitos, el caso del homicidio en ocasión de robo, a la pena de prisión perpetua a cumplir sin la posibilidad de gozar de salidas anticipadas de ningún tipo. Al propio tiempo, al sustituir “podrá” por “deberá” se saca de la decisión judicial, en los casos graves, la posibilidad de hacer más benigno el trato de los asesinos y violadores. La inmensa cantidad de reincidentes en el caso de los delitos más aberrantes y la necesidad de proteger a los ciudadanos y ciudadanas y evitar la actual sensación de impunidad nos lleva a la propuesta del siguiente proyecto de ley....

A.2.- AÑO 2004

Durante el año 2004 se presentaron, sucesivamente, tres proyectos identificados como **0201-D-04**, **0245-D-04**, y **0259-D-04**.

A.2.1 Proyecto 0201-D-04²⁶

Este proyecto lo incorporó la diputada María Leyla Chaya y en lo que al artículo 124 se refiere, propuso el siguiente texto:

Se impondrá reclusión perpetua, si con motivo u ocasión de los hechos previstos en los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida...

También se pretendió incorporar el artículo 124 bis que normaba... *No será aplicable el instituto del artículo 13 de este código a los condenados por los delitos*

²⁶

http://www3.hcdn.gov.ar/folio.cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=0201-D-04&infobase=tp.nfo&record={6852}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.



tipificados en los artículos 119, 120 y 124 del presente título... Los fundamentos esgrimidos para la pretensa reforma fueron que...

El pueblo de la Nación Argentina se ve conmovido a diario por escalofriantes noticias que dan cuenta de la comisión de delitos sexuales, seguidos en muchos casos de la muerte de la víctima, que enervan no sólo por lo aberrante del delito, sino también por la innegable impunidad que se muestra respecto de los autores de estos incalificables actos.

Tal impunidad subleva a la sociedad que, atónita e impotente, ve cómo a diario individuos que tienen antecedentes y han sido condenados por idénticos hechos, reiteran su accionar delictivo, por gozar de una libertad no vigilada y en muchos casos concedida en dudosas condiciones.

Es mundialmente reconocido por expertos que el abusador es una clase de delincuente irredimible, que reitera su accionar delictivo en cuanto oportunidad se le presenta sin importarle las consecuencias y si bien podría reconocérselo en algunos casos como enfermo, no es menos cierto que sus conductas importan una peligrosidad social que es necesario acotar severamente.

Es preciso que en nuestra condición de legisladores tomemos la iniciativa de poner freno a tanta impunidad y demos respuesta a una sociedad que clama que se la proteja de semejante lacra que amenaza a los hogares de todas las clases sociales y en particular a aquellos más humildes que muchas veces deben convivir por necesidad con los depravados. Mi conciencia como ciudadana y como legisladora no quedaría en paz si, pudiendo hacer algo para combatir un flagelo que asuela a nuestro pueblo, no lograra un remedio para el mismo. Como dirían los romanos nada que se intente es imposible. Señoras y señores legisladores, intentemos cambiar la situación de indefensión e injusticia que sienten nuestros representados, es nuestra potestad y estoy convencida de que podemos y debemos hacerlo. Podría fundamentar este proyecto con un largo contenido de legislación comparada y opiniones académicas que seguramente darían a este proyecto mayor envergadura jurídica. Creo que sería sólo abundar en algo que basta con que lo sustente el sentido común y el clamor de los hombres y mujeres que habitamos esta querida tierra. Por las razones expuestas, solicito se apruebe el presente proyecto....

A.2.2 Proyecto 0245-D-04²⁷

²⁷

http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=0245-D-04&infobase=tp.nfo&record={687E}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.



Fue presentado por los diputados Aída F. Maldonado, María S. Leonelli, Lucía Garín de Tula, Patricia E. Panzoni, María T. Ferrín, Josefina Abdala y Beatriz M. Leyba de Martí. No sólo se propuso modificar el artículo 124 del CP, sino también el artículo 13 del mismo digesto y los artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN, conforme ley 23.984).

La propuesta del texto del artículo 124 fue... *Se impondrá reclusión o prisión perpetua cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida....*

Respecto del artículo 13 del CP, la propuesta fue... *Las previsiones de este artículo no se aplicarán a los autores de los delitos comprendidos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal....*

En lo que al CPPN se refiere, el artículo 316 debería haber quedado redactado de la siguiente forma... *El juez no estará facultado en los casos de los delitos comprendidos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal a conceder la exención de prisión....* Por otro lado, al artículo 317 se le agregaba el inciso sexto, expresando que... *No podrá otorgarse el beneficio de la excarcelación a los imputados de los delitos comprendidos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal....*

Fundaron la propuesta de modificación con el siguiente libelo ...

Al presentar este proyecto es insoslayable hacer referencia a la reforma al Código Penal introducida por la ley 25.087, a los numerosos y profundos estudios médicos en relación a los delitos contra la integridad sexual como se los denomina en nuestro ordenamiento punitivo de fondo. En estas dos vertientes abrevan los fundamentos que expongo. La ley 25.087 (B.O. 2.415/1999) sustituyó la denominación del título III, libro II del Código Penal de 1921 (Delitos contra la honestidad) por la de Delitos contra la integridad sexual –denominación que ya había sido dada por el código suizo a su título V, no obstante lo cual no fue citado como antecedente durante los debates parlamentarios–; derogó las rúbricas de los capítulos y con ellas desapareció el nombre de “violación” y dejó subsistente la división del título en capítulos y modificó disposiciones, con excepción de la contenida en el artículo 124. En virtud de la reforma, la violación, de figura básica pasó a ser una figura calificada de abuso sexual al haber “acceso carnal por cualquier vía”, lo que no impide, a mi juicio, que se continúe llamando “violación” a ese delito, como ocurre en España, en donde la ley orgánica 10/1995 también se lo había quitado y se lo restituyó la ley orgánica 11/1999 del 30 de abril de ese año, en razón de que ese vocablo había sido asumido por el grupo social. El Código Penal francés continúa denominando “violación” al acceso carnal cumplido con violencia, coacción, amenaza o sorpresa (reforma de la ley 98 del 716/1998, artículos 222-223) y el de Costa Rica,



por ley 7.899 del 3/8/1999, da ese nombre a los hechos cometidos tanto con violencia real como presunta.

La ley 25.087 sustituyó la expresión “el que tuviere acceso carnal” por la de “cuando... hubiere acceso carnal...”. Ese cambio legislativo determinó aceptar que el sujeto activo de violación puede ser tanto un hombre como una mujer. Es de destacar que el doctor Víctor F. Reinaldi al comentar que la ley 25.087 estableció una segunda agravante del abuso sexual contemplado en el párrafo 1° del artículo 119, cuando “hubiere acceso carnal por cualquier vía”. Critica la redacción de la norma mencionada diciendo: “Como lo expresé a escasos días de haber sido sancionada esa ley y antes de efectuarse su publicación y lo reiteraré posteriormente, es de lamentar que nuestros legisladores no hayan mencionado expresamente a cada una de las tres vías posibles de introducción del miembro viril, como se hacía en el proyecto del diputado González Gaviota y en el de los diputados Rubeo y Godoy, en vez de dar por sobreentendido que la expresión ‘hubiere acceso carnal por cualquier vía’, comprende a todas ellas y que no se haya acogido la norma proyectada por el diputado Cafferata Nores en cuanto, haciendo una interpretación auténtica del vocablo “acceso carnal” consideraba que era toda penetración anal o vaginal y la ‘penetración peneana de la cavidad bucal’ porque, si así se hubiera hecho no se darían, como ya está ocurriendo, encontradas posiciones doctrinales anunciadoras de disímiles pronunciamientos judiciales en casos iguales, con la afectación consiguiente de la seguridad jurídica”.

Fontán Balestra, entre nuestros doctrinarios, fue quien sostuvo que “el criterio jurídico del acceso carnal, más amplio que el biológico, ha sido entendido como actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital masculino que ‘puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste’. Así vistas las cosas –concluye diciendo– el coito oral no se diferencia esencialmente de otra penetración contra natural”.

Las opiniones de los jueces, estuvieron divididas, aun las de los integrantes de un mismo tribunal, como ocurrió con el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14. La mayoría del mismo, en sentencia dictada el 10/11/1997, declaró que: “El concepto de acceso carnal del artículo 119 comprende toda penetración del órgano masculino en orificio corporal de la víctima...”. Para la minoría no es suficiente el ingreso del pene en vaso natural del paciente para configurar el acceso carnal porque es necesario que exista conjunción carnal, la que sólo se da en el acceso por la vagina y por el recto, cuya estructura anatómica resulta muy similar a aquélla. En el mismo sentido que la mayoría de ese tribunal, pero por unanimidad, se pronunciaron los integrantes de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III.



La doctrina ha considerado por las siguientes razones que la fellatio configura una violación:

a) Determinar cuáles son las vías por las cuales puede haber acceso carnal es una cuestión que la naturaleza se ha encargado de establecer y en las que reparan las últimas legislaciones, sin atender a ninguna diferenciación que entre una y otras de esas vías pudiera haber. Ellas son tres: la vaginal, la rectal y la bucal. El Código Penal de México expresa que a los efectos del artículo 265, párrafo 1º, en el que se tipifica el delito de violación, “se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independiente”. En España quedaban excluidas de la violación, antes de la reforma de 1989, la penetración anal y bucal; después de esa reforma, la introducción de objetos. Pero el Código Penal de 1995 reformado por la ley orgánica 11/1999 reconoce como vías aptas para cometer tanto una agresión sexual o violación como un abuso sexual, las tres vías mencionadas. El Código Penal de México expresa que, a los efectos del artículo 165, párrafo 1º, en el que se tipifica el delito de violación, “se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independiente de su sexo” (artículo cit. párrafo 2º). El Código Penal de Portugal reputa violación al acto de “constreñir a otra persona a sufrir o a practicar, consigo o con otro, cópula, coito anal o coito oral”. También la ley francesa 98-468 del 1716/1998, modificatoria del Código Penal, en los artículos 222-23, párrafo 1º, la define como “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea, cometida sobre la persona de otro con violencia, coacción, amenaza o sorpresa”. Se interpreta que la introducción del órgano sexual masculino en la boca de la víctima está comprendido dentro de la expresión “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea” empleada por la ley. También el Código del Estado de California admite “cualquier penetración sexual” artículo 263, la oral, la anal o sodomía y la introducción de algún objeto extraño vía genital o anal. Por último, porque la mención puede resultar fatigosa, cabe citar al Código Penal de Costa Rica que en el artículo 156 denominado “violación”, texto conforme a la ley 7.899 del 3/8/1999, precisa que comete ese delito “quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo”, en los casos que enumera. Y el Código Penal chileno de 1874, reformado por la ley 19.617 del 1.217/1999 que también hace expresa mención de esas tres vías, en los artículos 361 y 362 (violación de mayores de 12 años y de menos de esa edad, respectivamente).

b) Tanta similitud se encuentra entre la felación y el coito por vía vaginal o rectal, que se la denomina “coito oral”.

c) Y si son tres las vías del cuerpo humano o vasos receptores aptos para la realización del coito por vía normal o anormal, al expresar nuestra ley “por



cualquier vía” Incluye las tres, sin que empece a ello el hecho de no haber mencionado a cada una de ellas. Es absurdo suponer que la reforma se haya efectuado para que la fellatio se considere uno de los accesos carnales; que haya mantenido la declaración de que el delito podía ser cometido en “persona de uno y otro sexo” que hacía la norma sustituida y que ya permitía aceptar la vía vaginal y la rectal; le haya agregado la expresión “por cualquier vía” y se considere, no obstante todo ello, que este último agregado carece del sentido que el legislador le asignó y de hecho se lo suprima. Hacer esto último le está prohibido al intérprete según lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados pronunciamientos. “La primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras”, las que debe entenderse “que no son superfluas, sino que han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos” (“Fallos”: 200:175; “Fallos”: 304:1820).

Recientemente la Cámara de Casación Penal, sala III, emitió un fallo en el que determiné que instar a una menor a una práctica de sexo oral es una “violación” y confirmó la condena a siete años y medio de cárcel que había recibido un hombre por haber abusado en octubre de 2000 de un niño de menos de tres años. La medida hizo referencia a las prácticas de sexo oral y manoseos aberrantes a un pequeño de dos años y nueve meses de edad. Por otra parte contribuyen a mi argumentación, las opiniones del destacado médico legista, profesor doctor Juan Carlos Romi, profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires y miembro de la Academia Argentina de Medicina Legal. Así debe decirse que las desviaciones sexuales (CIE-10 OMS) o parafilias (DSM-IV) son perturbaciones sexuales cualitativas (como veremos) cuyas manifestaciones sexuales se caracterizan por la deformación de la imagen de la pareja (DIP) o por la deformación del acto sexual (DAS) es decir, anomalías del fin sexual. La experiencia demuestra que sólo tienen relativa posibilidad de modificar su conducta los egodistónicos, que son muy pocos y en la inmensa mayoría son sintomáticos de una alteración psiquiátrica de base.

Con respecto a la sexualidad y su incidencia en el crimen se pueden realizar las siguientes reflexiones:

1. Las conductas sexuales que configuran delito son una realidad de observación cotidiana y se utilizan todas las manifestaciones sexuales que el ser humano puede imaginar.

2. Algunos autores sostienen que detrás de todo delito sexual se esconde un problema de perturbación sexual. Si bien esta afirmación es evidentemente excesiva, es cierto no obstante que la sexualidad perturbada (disfuncional y/o desviada) es potencialmente generadora de conductas desadaptativas, que pueden desembocar en conductas delictivas.



3. *De manera que es importante estar en condiciones de entender las conductas sexuales humanas y si éstas se dan o no en el marco de una personalidad con perturbaciones psicosexuales y/o psicopatías sexuales.*

a) *El individuo que delinque, cualquiera sea su forma, tiene una personalidad, por lo tanto el estudio de la conducta sexual delictiva debe hacerse en función de y en el marco de su contexto social;*

b) *El individuo, en sus continuas tentativas de adaptación al mundo en que vive, manifiesta conductas que adquieren una significación y una intencionalidad que constituyen un todo organizado (portador de un sentido) y están dirigidas a un fin;*

c) *Así, la conducta sexual delictiva es una conducta concreta del victimario, expresión de su relación con la víctima en un lugar (espacio) y en una fecha (tiempo) determinados;*

d) *La dificultad del delincuente para aceptar la ley implica dificultades en el desarrollo de su personalidad, ya que significa una alteración, violación o transgresión de la norma establecida.*

De la interacción hombre-medio surge en el individuo la posibilidad de adquirir el rango de persona, ya que es el único ser vivo que está capacitado para desarrollar dotes de ser racional (es el único ser vivo que puede pensar que piensa) y autónomo (puede escapar del determinismo biológico y hacer uso libre de lo pulsional), por lo que podemos decir que “personalidad” es a la persona lo que individualidad es al individuo en un nivel más jerarquizado. Se entiende por personalidad el estilo de vida común a todas las conductas o de un número predominante de ellas que hacen identificable a una persona de otra.

Cuando en determinados trastornos de la personalidad se observan conductas sexuales, perturbadas o delictivas como un componente intrínseco (egosintónico) de la personalidad anómala estamos ante una psicopatía sexual (como ya hemos visto).

Por lo expuesto, las conductas delictivas, sexuales que suelen ejecutar estos individuos corresponden a un hecho que el actor premedita, anticipa y ejecuta en forma coordinada hacia un objetivo que responde a sus necesidades placenteras utilizando conscientemente el ardid o el engaño para lograr su finalidad, de manera que lo realiza con clara valoración de la ilicitud (por eso engaño) y se toma el tiempo necesario que las circunstancias le requieren (no es un hecho compulsivo, irrefrenable, reflejo o automático que responde a una ideación obsesiva patológica, como ya vimos).



Que tal comportamiento pueda adquirir características de habitualidad y ser el producto de una situación histórica (biografía de la personalidad anómala) que explique psicológicamente su conducta, tal accionar no puede ser justificado médicolegalmente si el actor no presenta alguna perturbación mental de las contempladas como eximentes en el artículo 34 del CP y que, por ende, hayan impedido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto y/o dirigir sus acciones.

Por lo tanto, los estudiosos del tema afirman que en la mayoría de los casos observados el agresor sexual conoce lo que realiza y el valor antijurídico de su conducta y realiza lo que quiere o desea intencionalmente.

La tarea de predicción de la peligrosidad de un delincuente sexual ha de tener en consideración la gravedad y la frecuencia de las agresiones sexuales mostradas en la carrera delictiva. La presencia de los siguientes indicadores está asociada a un riesgo elevado de reincidencia:

- 1. Si el delito incluyó la violencia y puso en riesgo físico a la víctima;*
- 2. Si hubo acciones excéntricas y/o la presencia de rituales;*
- 3. Si es reincidente (no cambia su comportamiento ni aprende con la experiencia);*
- 4. Si ha existido evidencia de alteraciones psicopatológicas graves;*
- 5. Si el sujeto no reconoce el delito o lo racionaliza y no concientiza la idea de ser ayudado terapéuticamente;*
- 6. Si no le interesa controlar su conducta sexual y se mueve con impulsión sexual gratificante;*
- 7. Si vive en un medio sociocultural adverso;*
- 8. Si su comportamiento es vivido en forma egosintónica.*

Los delitos propiamente sexuales conforman un sistema autónomo, singularizado por el hecho de obedecer a un mismo esquema valorativo, y por la circunstancia de que todas las conductas sancionadas representan formas concretas de manifestación del instinto sexual o tienen con él algún grado de vinculación, todo lo cual les confiere especificidad dentro del conjunto del ordenamiento penal. En este plano debemos destacar que la sociedad nada tiene que ver con las prácticas sexuales voluntarias entre personas capaces y por tanto no puede regular o sancionar dichas conductas, mucho menos a través de bases morales. Así, la pretensión de ejercer la potestad punitiva del Estado, como medio para la consumación de determinados fines



considerados valiosos por la autoridad, constituye una instrumentalización del individuo absolutamente contradictoria con el concepto de dignidad humano. Debe así el ordenamiento penal limitarse a posibilitar la coexistencia de las diferentes concepciones y manifestaciones de la sexualidad. Pues la legitimidad de la pena, según los planteamientos reformistas en el campo sexual, se encuentra supeditada a la afectación de los derechos de una persona en concreto.

Sí en un estado de derecho, resulta indispensable la división del poder público; elecciones competitivas y periódicas, pero para la materia de este estudio, hay tres principios que requieren una especial mención; en primer lugar la garantía del respeto de los derechos del hombre ante los demás y ante el poder, la sujeción a la ley, de individuos y grupos, sobre todo de los órganos de poder público, para lo cual es indispensable el control de dichos órganos y la posibilidad de pesquisar su responsabilidad; y, por último, la legitimidad de ideologías y grupos que discrepen de los detentados del poder y de la ideología dominante, es decir, pluralismo en ideas y agrupaciones. Y en un Estado democrático es fundamental la idea de radicar, en el conjunto de individuos, el poder político, lo cual presupone la posibilidad de configurar su voluntad para el ejercicio de poder, de informar e informarse, de opinar, de reunirse y asociarse.

Cuando hablamos de delitos sexuales o violencia sexual nos referimos “a una serie de actos que engloban desde conductas aparentemente ‘insignificantes’ como puede ser un manoseo, hasta diversas prácticas sexuales, impuestas y no consentidas –incluyan o no la relación coital– y una amplia gama de actos humillantes y dañinos, como penetración con objetos, prácticas sádicas, etcétera”.

Respecto de esta reforma que proponemos, debemos resaltar que no constituye una iniciativa coyuntural ya que persigue brindar una solución basada en los estudios científicos realizados que concluyen en la bajísima o prácticamente nula posibilidad de recuperación de las patologías descriptas, lo que hace que algunas escuelas psicológicas califiquen a estos sujetos como irredimibles.

Asimismo se procura, mediante normas que contienen prohibiciones claras, limitar las posibilidades de interpretación y el tratamiento permisivo por parte de los jueces argentinos.

Finalmente, sabemos que el agravamiento de las penas no hará disminuir los delitos ni ejercerá un efecto intimidatorio ante tipos delictivos que exhiben altos niveles de reincidencia, pero sí protegerá en el futuro a los sujetos pasivos de los mismos que carecen de posibilidades de defensa por sí, la que se ve agravada si quien debe protegerlos –el Estado– se sustrae a tal obligación.



Por todos los motivos expuestos, y los que se brindarán oportunamente, solicito a los señores legisladores que me acompañen en la aprobación del presente proyecto de ley.

A.2.3.- Proyecto 0259-D-04²⁸

Este proyecto, presentado por Julio C. Humada, propuso la reforma de dos artículos del CP. Por un lado el 14, y por otro el 124. El primero debía quedar redactado de la siguiente forma... *La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco procederá la libertad condicional respecto de los condenados por delitos previstos en los artículos 119, 120 y 124...; y el segundo,... Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida...* Expuso los siguientes fundamentos... *La problemática suscitada en nuestro país a partir de la amplia difusión, por distintos medios periodísticos, de la retahíla de violaciones y violaciones seguidas de muerte ocurridas en los últimos meses ha puesto sobre el foco de la opinión pública los aciertos y desaciertos de nuestro sistema penal con respecto a los violadores. El interrogante acerca de qué hacer con este tipo de sujetos, que en principio escapan a toda posibilidad de rehabilitación, ha generado profundos debates y angustiosas inquietudes en vastos sectores de nuestra población, desnudando las falencias de un régimen garantista desbordado por una creciente ola de delincuencia que parece no tener fin. Es así que los argentinos que hemos asistido a un escenario de profundo dolor e indignación frente a los hechos acaecidos en los días pasados, que tuvieron como víctimas a inocentes criaturas indefensas, nos vemos en la obligación de revertir errores fatales de una ley penal benigna que no puede subsistir frente al alto grado de salvajismo y desprecio por la vida e inhumano proceder de estos depravados. Entonces, no es difícil advertir en este contexto que los beneficios que les concede la ley a los que han sido condenados por hechos tales como abuso sexual, violación o violación seguida de muerte aumentan la sensación de incertidumbre, zozobra y desprotección de la sociedad. En consecuencia, se justifica la adopción de medidas represivas más enérgicas que tiendan a preservar a la comunidad de estos inescrupulosos sujetos hasta tanto se logre arribar a una solución de fondo, manteniéndolos en encierro por el mayor tiempo posible hasta tanto se garantice su total recuperación. En nuestro sistema penal existe un período de libertad vigilada durante el cual el penado sale de la cárcel antes de cumplir en su totalidad la pena impuesta observando una serie de obligaciones. Este período se llama de libertad condicional. Este beneficio no ha sido ni es objeto de cuestionamientos para aquellos*

²⁸

http://www3.hcdn.gov.ar/folio.cgi-bin/om_isapi.dll?advquery=0259-D-04&infobase=tp.nfo&record={688C}&recordswithhits=on&softpage=proyecto.



casos en donde las condiciones particulares del delincuente y el tipo de delito hace presumir que está recuperado para la vida en comunidad, partiendo de la idea de que todo tienen derecho a una segunda oportunidad.

Pero no todos están en condiciones de convivir en paz con sus pares y su sola presencia crea un clima de inseguridad, ciertamente fundado, que impone alejarlos de potenciales víctimas ya sea temporariamente o de por vida. A ello responde el presente proyecto de ley por el cual se modifica el artículo 14 del Código Penal agregando un segundo párrafo por el cual se prohíbe el beneficio de la libertad condicional a quienes hubieren sido condenados por delitos previstos en los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal....

B.- LOS DEBATES EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN

B.1.- DEBATE EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS

El debate en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (HCDN) se desarrolló en la reunión N° 10 - 8a. sesión ordinaria (especial) celebrada el 29 de abril del 2004²⁹.

El diputado Johnson... en relación con el artículo 124 se arriba a la conclusión de sustituir la pena de quince a veinticinco años, prevista originalmente, por la de reclusión o prisión perpetua. Se tienen en cuenta razones de política criminal entre las que juegan los criterios de seguridad y de resocialización o rehabilitación social, que deben actuar de manera armónica. Por ello, entendemos que la pena debe ser elevada a reclusión o prisión perpetua...;... se trata de razones de política criminal originadas en la experiencia. Distintos factores determinan que aquellas conductas que atentan contra ciertos bienes jurídicos deben tener una sanción mayor. El dictamen ha ponderado la criminalidad respecto de este tipo de delitos. Entendemos que la pena temporal es insuficiente, por lo que estimamos que debe aplicarse la pena de reclusión o prisión perpetua en este juego que consiste en armonizar los valores que importan los bienes jurídicos violentados y las características personales demostradas por el autor al cometer los hechos....

El diputado Damiani... ¿Cómo declarar aquí o imponer a los jueces la muerte civil de un individuo presumiendo que es irrecuperable, que es descartable?... Estamos de acuerdo, pero no podemos dejar de aportar en esta última oportunidad la necesidad de discriminar cuando la muerte sea querida o sea provocada

²⁹ <http://www.diputados.gov.ar/secparl/dtaqui/versiones/index.html>.



intencionalmente, de aquellas muertes que no son queridas, sobre todo en función del artículo 119. De lo contrario, podría incluirse cualquier deceso accidental con motivo o en ocasión de un mero abuso deshonesto, y no pretendo minimizar ni justificar la figura. En otros casos el Código hace distinciones. Por ejemplo, en el artículo 142 bis se habla del secuestro extorsivo seguido de muerte, y hace alrededor de un año esta Cámara hacía la distinción de la muerte querida de la que se produce en forma accidental. Entonces, ¿por qué en este caso que estamos tratando no se puede establecer una distinción?... La pena tendrá que estar acotada a la finalidad que tiene, que es la resocialización (sic) del condenado. Esta garantía de nuestro derecho no puede ser soslayada, salvo que alguno pretenda que desconozcamos nuestra propia historia...;... Durante el debate en general expusimos una disidencia parcial. Adelantamos que si bien estamos de acuerdo con el agravamiento de la figura elevando a prisión o reclusión perpetua la pena para aquel que cometa el delito de violación seguida de muerte, deberíamos ser coherentes con otras previsiones similares. Cabe citar que para el caso del secuestro extorsivo seguido de muerte se hace una distinción entre el supuesto en el cual la muerte es querida y el caso en que ella no es un resultado buscado por el autor del secuestro. Entonces, para ser coherentes con otras previsiones, proponemos el siguiente texto: "La pena será de quince a veinticinco años de prisión o reclusión si de los hechos previstos en los artículos 119, segundo, tercero y cuarto párrafos, y 120 resultare la muerte de la persona ofendida como consecuencia no querida por el autor. La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida." Este es el texto que sugerimos y que funda nuestra disidencia parcial en este punto....

El diputado Fayad... Alguna vez tuve un profesor de derecho penal que me dijo que cuando hay que agravar los tipos penales, existe una sociedad que se está degradando. Quiero reflexionar sobre a cuánto de esa degradación estamos contribuyendo, porque hay conductas que presentan un sesgo totalitario, lo que no es conducente ni bueno...;... Desde 1983 hasta la actualidad, el Congreso ha sancionado doscientas ochenta y tres leyes penales, y nadie puede discutir que el problema de la inseguridad se acrecienta día a día. ¿El problema de la seguridad es de nuestra exclusiva responsabilidad? Me formulo esta pregunta con la intención de que reaccionemos, pero no para decir que Fulano de tal está a favor del delito y que los buenos son los que quieren agravar las penas. Todos sabemos que esa no es la solución, porque la penalización constituye la etapa final del proceso delictivo. El derecho penal no es preceptivo; el precepto es extra legem. Lo que quiero decir es que el Código Penal no indica "no matarás"; esta es la concepción del precepto, que se aprende en un país que invierte en educación, que cuida que los jóvenes no caigan en la marginalidad y en el delito, que tiene una política contra el problema de la



drogadicción y que cuida a los pobres...; ... Nos tenemos que ocupar de la educación y de evitar los elementos que contribuyen al crecimiento del delito en el país...; ... El artículo 124 se refiere a los delitos que afectan la integridad sexual, y remite puntualmente a los artículos 119 y 120. Esto es como consecuencia de que se produjere la violación seguida de muerte. Aquí se señaló acertadamente las objeciones que había al contemplar lo que se llama el homicidio preterintencional, es decir, donde no existe la intención de matar. En realidad, el tema de la violación es sumamente riesgoso dado que habitualmente se hace la apología del victimario, porque eso es lo que hacemos aquí: tomamos en cuenta si el que violó sufrió violaciones, violencia, etcétera. Desde luego que es cierto que se producen ese tipo de situaciones, pero no lo es menos que hay que estar al derecho de la víctima. En el caso de la mujer, cuando es víctima de una violación, es sometida a una doble victimización por los mecanismos que instruyen los códigos de procedimiento penales para verificar este tipo de delitos. Nos parece atinado que simplifiquemos y jerarquicemos los derechos de la víctima....

*El **diputado Natale**... no hay que deificar la ley, no hay que creer que por sí sola ella habrá de resolver los problemas de la seguridad, pues son otros los instrumentos y los mecanismos que deben utilizarse para resolver una cuestión que a todos nos preocupa....*

*La **diputada Musa**... la inflación de la penalidad -en abstracto o en concretos- es en todos los casos un signo de la crisis de la democracia representativa, y también implica el surgimiento prepotente de una democracia de opinión...; ... Las políticas de "ley y orden" y "tolerancia cero" se inscriben, por lo tanto, en el marco de un horizonte miope de volver a proponer viejas recetas a problemas nuevos. En ausencia de una cultura adecuada para una sociedad de elevado riesgo criminal, se termina por responder a los difusos riesgos criminales con el instrumento de la penalidad difusa. No obstante, el atajo represivo pronto va a mostrar que es una ilusión, porque se pueden elevar las tasas de encarcelamiento y de penalidad al máximo, pero éstas se mostrarán siempre inadecuadas frente a una criminalidad en aumento, de acuerdo con las cifras que nos ha brindado la mayoría. Justamente por eso se eleva el riesgo de que la penalidad evada progresivamente todo finalismo utilitario y todo criterio racional, para celebrarse únicamente en una dimensión expresiva y convertirse, por ende, en inmoderada frente a la constatación de que más penalidad no produce más seguridad ante la criminalidad. Pregunto cuál será la respuesta cuando efectivamente nos enfrentemos con esa constatación, que ya se advierte a raíz de los aumentos que se han registrado. En consecuencia, seguiremos insistiendo en el error en el que se ha incurrido por no buscar una solución creativa o por no tocar los intereses que una y otra vez hemos planteado....*



El **diputado Macaluse**... *en los últimos cuatro años se han sancionado casi veinte leyes que aumentan las penas, pero paralelamente ha aumentado el delito. Así, se podría demostrar que el aumento de penas no es el dique de contención para el delito...*

El **diputado Gutiérrez**... *Estamos retrocediendo socialmente y no va a alcanzar con aumentar las penas...;... Es un precepto constitucional reinsertar socialmente a los que delinquen. ¿Por qué algunos reinciden? ¿Cuál es el estado de las cárceles y de los institutos de menores?...*

La **diputada Barbagelata**... *El aumento de pena es lo único que he escuchado en este debate: nada tiene que ver el resultado del combate del delito con el aumento de las penas;... no puedo pensar que los legisladores no conozcan los artículos del Pacto de San José de Costa Rica, que establecen cuál es la función de la pena, no sólo retributiva sino también resocializadora, que es incompatible con condenas excesivamente largas...*

La **diputada Giudice**... *Entonces, señor presidente, me parece que tenemos que decir algunas verdades. Así como es necesario en una sociedad contar con la posibilidad de desarrollo personal, con justicia e inclusión en el desarrollo social, también se requiere que la aplicación de las penas sea equitativa, justa y responsable hacia aquellos que infringen las reglas de juego impuestas por esa sociedad. Legislando en forma espasmódica y fragmentada sobre el Código Penal estamos poniendo en juego las escalas de las penas, pero también ponemos en riesgo el futuro de nuestros hijos. Y como todos tenemos hijos, y todos podemos ser víctimas potenciales, debemos tener mucho cuidado en la manera en que legislamos...*

El **diputado Pinedo**... *En cuanto al artículo 124, que aborda un caso especialmente horroroso, como lo es el de la violación seguida de muerte, tal como lo manifestó el señor diputado Damiani, creemos que cuando la muerte no fue intencional no debería tener la misma pena, que en este caso es de prisión perpetua....*

La **diputada Castro**... *El aumento de las penas es absolutamente ineficaz para contrarrestar el crimen. Voy a dar algunos ejemplos en este sentido. En el año 2003 votamos la ley 25.742, que castiga con reclusión perpetua el secuestro seguido de muerte. Sin embargo, en 1999 hubo ocho casos de secuestros extorsivos, en 2002, doscientos veinte y en 2003, después de sancionada la ley, se produjeron trescientos noventa secuestros extorsivos...*

La **diputada Maldonado**... *Por eso, quiero aclarar que el proyecto que he presentado propiciaba, entre otras cosas, excluir de la posibilidad de la libertad condicional a quienes cometieran los delitos previstos en el artículo 124 del Código*



Penal y aplicar prisión perpetua a quienes cometieran el delito de violación seguida de muerte. Creo que en el caso de este delito no corresponde hacer una diferenciación en la cuestión preterintencional, que sí correspondería en otros delitos que se piensa incluir en la modificación propuesta al artículo 124...

El **diputado Pernasetti**... pese a que diputados de nuestro bloque han presentado proyectos en este sentido, lamentablemente, la decisión de la comisión de no aceptar modificaciones con el argumento de que no son realistas nos obliga a anticipar que nuestro voto en general será negativo. El señor diputado Damiani ha dicho muy bien que en el caso de secuestro extorsivo se hizo la diferencia, y no hablábamos de culposos o dolosos. Entonces, ¿cómo no vamos a hacer la diferencia en este caso? Estamos cayendo en una contradicción absoluta. Se van a reír los jueces y los tratadistas. Por lo expuesto, si no se aceptan estas modificaciones, sobre todo teniendo en cuenta las razones que se han esgrimido, nuestro bloque votará en contra....

El **diputado Falu**... La comisión no acepta la modificación propuesta porque entiende que, al no especificarse que el resultado de muerte sea culposo, se sobreentiende que es doloso....

B.2.- DEBATE EN SENADORES

El debate en senadores se llevó a cabo el 5 de mayo de 2004 (9° reunión 7° sesión ordinaria)³⁰.

El **senador Agúndez** propició la modificación del artículo 124 del CP, teniendo en cuenta si la muerte de la persona ofendida era o no querida por el autor, expresando... *cualquier juez de la República va a pensar que si luego de un estupro una chica muere por un accidente en un automóvil nuestra idea es aplicar la prisión perpetua....* Por ello es que abonó la idea de conminar penas privativas de libertad en caso de muertes no queridas (quince a veinticinco años de reclusión o prisión) y no divisibles en caso de muerte querida (reclusión o prisión perpetua).

El **senador López Arias** entendió que podía interpretarse que un abuso sexual seguido de la muerte accidental de la persona ofendida por cualquier cosa (sic), obligue al juez a imponer una pena de cadena perpetua, para luego expresa que... *la interpretación fehaciente que se está solicitando de parte de este cuerpo puede ayudar al juez, pero bien sabemos que en la norma penal la interpretación es lo que menos vale e importa la literalidad del tipo penal, por lo que realmente deberíamos tratar de avanzar en la definición precisa de las conductas que se quieren sancionar...*,

³⁰ <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/busqueda?page=4>.



entendiendo que de no aclararse tal cual se proponía, se establecía una norma muy rígida, poniendo en riesgo el principio de reinserción social.

La **senadora Conti** disertó sobre el llamado “*frontalismo penal*” explicando que el frontalismo era una característica arquitectónica del fascismo que llevaba a la construcción de edificios con frentes muy pomposos, imponentes de poder y con adornos grandilocuentes, aunque dentro del edificio no hubiera nada, rematando... *Y nosotros sabemos que detrás de estas modificaciones del Código Penal, no hay absolutamente nada...* También afirma que a pesar de haber aumentado las penas para el caso de “gatillo fácil”... *los policías que matan a menores con impunidad absoluta...* (sic). Agrega que descrea de que el artículo 124 pueda ser modificado porque... *estamos haciendo demagogia, tal vez para que salga en los diarios, diciendo que creamos una pena que ya existe...*

El **senador Giustiniani**, mencionado a Beccaria, explica que para aquél, uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad. En ese sentido, la certidumbre de un castigo, aunque sea más moderado, causará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de impunidad.

El **senador Yoma** dijo que al incrementar las penas como medida aislada, se corre el riesgo de no ser eficiente y de que no se consiga el objetivo buscado... *cada día se agrava el problema y lo agravamos, a su vez,...*

La **senadora Arancio de Beller** argumentó que... *si no tenemos políticas sociales que contengan, si no tenemos políticas educativas que realmente masifiquen la educación, si no tenemos políticas para generar trabajo genuino, esto es muy difícil. Siempre vamos a seguir sobre las causas, sin atacar el tema de fondo, que es una profunda inequidad social que ha ido creciendo paralelamente al aumento de los índices del delito...*

El **senador Menem** dijo que iba a votar favorablemente el aumento de las penas... *porque creo que si no disuadimos, por lo menos sacamos de circulación y castigamos a estos elementos antisociales que perturban la convivencia pacífica en la sociedad argentina...*

La **senadora Ibarra**, quien acompañó afirmativamente el aumento de pena para el artículo 124 del CP, expresó que las penas deben ser responsables (sic), adecuadas, ... *y que es una pena adecuada la prisión o reclusión perpetua para la violación seguida de muerte...*

El **senador Picchetto** expresó que iba a acompañar afirmativamente el proyecto de reforma. También expresa que debe resolverse la duda que había planteado el



senador Agúndez sobre la conveniencia de especificar el carácter doloso del homicidio. Así, dijo que... *por una cuestión de eficacia legislativa esta iniciativa no debe volver a Diputados. Estamos hablando del homicidio doloso, del homicidio que se hace, incluso, para ocultar el rastro de la violación (sic) y respecto del cual, además, hay una frontera bastante difícil de evaluar en lo que hace al concepto de homicidio accidental....* Para luego agregar... *ahora, yo digo una cosa. Evaluemos las características que planteaba recién el senador Agúndez, el carácter accidental del homicidio. Secuestro de una niña, violación y, en el medio de la violación, a lo mejor la sofoca y muere. ¿Es accidental, es doloso? Me pregunto cuál es la diferencia. La viola, intenta escapar y la mata. ¿Es doloso, es culposo? ¿Cuál es la diferencia? En ambos hechos, en ambas circunstancias, indudablemente hay una intención de ocultar el hecho. En el hecho posterior, en el carácter accidental, creo que hay una frontera demasiado frágil. Pero estamos sobreentendiendo que hay intención de matar. Esta es la figura que hoy estamos votando: la intención de matar, el acto doloso. Por eso, nosotros vamos a ratificar la votación de la Cámara de Diputados, vamos a apoyarla desde nuestro bloque, dado que no tenemos aquí ninguna duda. Consideramos que sobre estos sujetos que cometen delitos aberrantes tiene que recaer la reclusión perpetua... Aquí no dudamos. No tenemos ningún conflicto moral ni ético, ni nos preocupa demasiado el tema de la resocialización, porque estos sujetos no se resocializan (sic). Son pertinaces además de reincidentes. En general, los violadores de menores, son reincidentes....*

C.- ANÁLISIS DOGMÁTICO

La simpleza de la redacción del artículo 124 CP lo hace aparecer como “inofensivo”. En efecto, uno podría leerlo y decir que, en definitiva, no es más ni menos que una agravante por muerte respecto de todos los abusos sexuales y el estupro. Sin embargo, las apariencias engañan. Veamos entonces si podemos dilucidar lo que existe “detrás” de este dispositivo.

C.1.- BIEN JURÍDICO (BJ)

Al tratar este tema, la doctrina establece cuál es el BJ cuyo ataca se sanciona, pero en referencia a las modalidades básicas de los tipos penales en cuestión y no pareciera existir mucha controversia al determinar que el BJ es la libertad sexual³¹. Sin

³¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, p. 12; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 229; CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 167; BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial*, t I, Mario Vieira Editor, Buenos Aires, 2000, p. 342; NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Lerner Editora Córdoba, 2008, p. 116; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, TEA, Buenos Aires, 2006, p. 306.



embargo, al tratar el tema de la agravante del artículo 124, nada se expresa acerca de si, además de la libertad sexual, se ataca otro BJ³². Tengo para mí que en cada dispositivo del catálogo represivo, debe verificarse el BJ que se repute atacado a los efectos de poder limitar las consecuencias que puedan devenir de la aplicación amplia de los tipos. Dicho de otro modo, el BJ entendido como un derecho individual, como la expresión de la libertad individual respecto de una situación concreta (la libertad de disponer de la vida, de la honra, de las ideas, de la propiedad, en suma de todo aquello a lo que los seres humanos tenemos derecho a disponer)³³, tiene como función trascendental limitar el alcance de los tipos legales penales a través del principio de lesividad para delimitar y reducir la función punitiva del Estado³⁴.

Existen distintas formas de clasificar los tipos penales, teniendo en cuenta distintos parámetros³⁵ pero, en cuanto a la cantidad de BJ atacados existen, sustancialmente, dos vertientes: por un lado, aquellos que sancionan la lesión a varios BJ (*pluriofensivos*), como el secuestro extorsivo en el que se sanciona tanto el ataque doloso al patrimonio como el ataque doloso a la libertad, o las agravantes previstas por la ley 25.742 y, por otro, los que sancionan la lesión a un único BJ (*uniofensivos*), en tanto se me permitan ambos neologismos.

En el caso que nos convoca, podría suponerse la *pluriofensividad* (libertad sexual sumada a la vida de la persona ofendida), sobre todo por el aumento de la pena privativa de la libertad conminada. Sin embargo, por la forma en que está redactado el tipo penal, no puede tenerse por sancionada la pérdida de la vida de la víctima. En efecto, la muerte en sí misma no es delictiva sino, antes bien, la forma en la que a ella se llega, y esa forma es a través de conductas homicidas dolosas, culposas a preterintencionales. Dicho de otro modo, el homicidio siempre conlleva la muerte de alguna persona pero no siempre la muerte tiene por causa el homicidio. Y adviértase que *lo que se menciona en el dispositivo es la palabra muerte y no la palabra homicidio*. Por lo tanto, ¿cómo podría suponerse que se sanciona al autor de la muerte de otro en nuestro derecho represivo si no lo es a través de las figuras de homicidio? Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el BJ es *único*, es decir, sólo se sanciona la lesión a la integridad sexual de la víctima, adicionándose como una agravante de la pena, la muerte de la persona ofendida. Se pretende tutelar la vida de la víctima del ataque haciendo referencia a la muerte, cuando en realidad, los ataques a la vida de las personas se sancionan mediante los tipos penales de homicidio. Ni más ni menos que esto.

³² BUOMPADRE, op. cit. ps. 362 y ss.; SOLER, op. cit. p. 314; NÚÑEZ, op. cit. p. 124; FONTÁN BALESTRA, op. cit. ps. 239/240; CREUS, op. cit. ps. 186/187; DONNA, op. cit. p. 82;

³³ SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 148.

³⁴ GÓMEZ URSO, Juan Facundo, *Tipicidad Penal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2005, p. 93.

³⁵ *Ibidem*, ps. 123 a 192.



Es más, ni siquiera puede considerarse como un *tipo derivado*. Veamos. Los *tipos básicos* asignan una pena a la acción más elemental que puede presentarse para vulnerar un bien jurídico³⁶. A éstos, añadiéndole ciertas cualidades, circunstancias o elementos, se crean los llamados *tipos derivados* que atenúan (*tipos atenuados o privilegiados*) o agravan (*tipos agravados o calificados*) la consecuencia jurídica prevista para el mentado tipo básico. No se refiere, necesariamente, a la fusión de dos figuras delictivas sino que, antes bien, en la mayoría de los casos, se adosan modalidades o situaciones que en sí mismas no constituyen delito (lugar público, parentesco, uso de determinados medios, y una larga lista de etcéteras). Sin embargo, en otros tipos penales, las circunstancias agregadas sí lo son (daño o coacciones)³⁷. Es obligatorio advertir que, para que un *tipo derivado* sea considerado tal, debe cumplir tres condiciones: a) que la adición de una circunstancia específicamente prevista sólo tenga por efecto alterar la escala penal; b) que el tipo básico siempre debe estar contenido en el tipo derivado, atenuado o agravado y, c) que, cualquiera de ellos, tienden a proteger, de distinta forma, **un mismo bien jurídico**³⁸. Vaya un ejemplo, tal vez bastante vulgar, pero que considero útil. Cuando una persona compra un vehículo automotor puede elegir (de acuerdo a su disponibilidad dineraria) un modelo básico, uno intermedio o uno completo (entiendo que lo llaman “full”), y tal elección hace variar el precio del rodado (*escalas penales, por ejemplo, del artículo 119*). Por otra parte, el modelo básico (*tipo básico*) está siempre dentro de los modelos más caros (*tipo derivado*) y, por último, siempre se refieren a la misma marca de vehículo automotor (BJ).

Ahora bien, si luego el automóvil es destruido por la caída de un árbol, por una caída de granizo o por una inundación, nada tiene que ver ni el acto de la compra ni con el modelo comprado (*muerte de la persona ofendida*), o ¿acaso podría especularse o decirse que tales siniestros tienen relación con la marca y modelo comprado? Un absurdo. Así como los siniestros mencionados no respetan modelos de vehículos automotores, tampoco la muerte respeta ni edades ni calidades de personas ni circunstancias.

B.2.- CONDUCTA

Si bien no es el lugar adecuado para explayarnos sobre la conducta, lo cierto es que la persona que actúa, **debe liderar procesos causales**, es decir debe ser el que pueda interrumpir el desarrollo de un hecho, cambiarlo, demorarlo, adelantarlo, es decir, el señor del hecho. Y lo que puede manejar el sujeto es lo que de él depende

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, p. 288, cit. por GÓMEZ URSO, op. cit. p. 135.

³⁷ GÓMEZ URSO, op. cit. p. 136.

³⁸ *Ibidem*, p. 136. Sin resaltado en el original.



(*procesos causales*) y no aquellos que de él no dependen (*procesos casuales*). Volviendo al ejemplo, el comprador del automóvil es el “señor de la compra”, el “dominus” pero, en modo alguno, el “señor de los siniestro”, por el sólo hecho de que no los puede dominar.

Así las cosas, en el artículo 124 del CP, los únicos *procesos causales* que puede direccionar el sujeto, son los que se refieran a los abusos sexuales y al estupro pero, en modo alguno, los referidos a la muerte de la víctima que son los que se encuentran fuera de su órbita (de su dolo y de su culpa), como el caso fortuito. Ahora, si liderase *procesos causales* que sí lleven a la muerte de la víctima, no habría inconveniente en imputarle la misma a título de dolo o culpa, concursándolo con el tipo adecuado.

B.3.- TIPO PENAL

El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal³⁹. Y es que el tipo penal, es el presupuesto fundamental para la aplicación de una pena, al describir la acción humana que es lo que caracteriza al derecho penal de acto. En efecto, ... *el sentido político del principio de la acción es negar el derecho penal de autor en todas sus variantes posibles, relevando a la acción como único ente susceptible de desvaloración jurídica. Es la expresión, en derecho penal, del principio de igualdad y de los derechos a la existencia, personalidad e identidad individual...*⁴⁰. Así, nuestra Ley Fundamental y Fundacional, lo plasma en el artículo 19 como también en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH) del artículo 75 inciso 22 del mismo cuerpo, a saber: artículos 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁴¹, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁴² y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁴³.

Siguiendo el esquema del tipo complejo, es central analizar el o los bienes jurídicos que se pretenden tutelar y los aspectos objetivo y subjetivo de aquél. Es preciso señalar que el tipo penal como tal es un “*bloque de tipicidad*”, sólo escindible en sus aspectos – en principio – con fines pedagógicos, dogmáticos y de formulación del juicio de tipicidad. Sin embargo, lo que suceda en el aspecto objetivo debe perfectamente reflejarse en el subjetivo y viceversa. Es decir, debe existir una

³⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, op. cit. p. 282.

⁴⁰ SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 121.

⁴¹ Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

⁴² Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

⁴³ Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.



clara simetría entre ambos, una perfecta congruencia. Y esta congruencia no es sino la garantía del justiciable de que sólo se le reprochará lo que quiso hacer e hizo o, lo que sucedió por no haber previsto lo que debía prever. Sin embargo, aquella no siempre es perfecta. En efecto, dos son las excepciones: los defectos de congruencia (tentativa y error de tipo) y los tipos penales incongruentes (en los que el aspecto subjetivo se retrae o se acrecienta respecto del objetivo). La diferencia entre las excepciones es que estos últimos ya se encuentran legislados de esa forma; en cambio, los primeros (y en lo que a la tentativa se refiera) sólo procederá en aquellos tipos penales que la permitan (como la mayoría de los tipos penales de resultado). El error de tipo es más dinámico toda vez que al recaer sobre el aspecto cognoscitivo del dolo, poco importa si se trata de un tipo penal de resultado o no.

Dentro de los tipos penales incongruentes se encuentran los llamados *agravados o calificados por el resultado*, como lo es, a mi entender, el caso que nos ocupa, cuestión que trataremos al abordar el aspecto subjetivo del dispositivo en crisis.

B.1.2.- Aspecto objetivo (AO)

En el AO de este dispositivo, deben tenerse en cuenta varios elementos. En **primer lugar**, deben encontrarse todos los elementos de los tipos penales referidos en el dispositivo, es decir, los elementos de los artículos 119 y 120 del CP que ya han sido desarrollados en otros trabajos dentro del ámbito de este código comentado⁴⁴.

En **segundo lugar**, a todos los elementos mencionados, se le agrega un nuevo elemento cual es el de “persona muerta”⁴⁵. ***Desde ya que no cualquier persona muerta, sino solamente la persona ofendida, es decir, la víctima del ataque.*** Entonces, es ***la muerte*** de la persona ofendida la que debe resultar y no el ***homicidio***. Y si lo que debe tenerse en cuenta, como primera premisa de interpretación, son las palabras utilizadas por el legislador⁴⁶, es claro que lo que debe interpretarse es el vocablo muerte. Como ya lo expresase, ***el homicidio es una de las causas de muerte de una persona pero no toda muerte tiene como causa un homicidio***. Ahora bien, las conductas homicidas en nuestro CP se encuentran ampliamente descriptas por lo que no se advierte el motivo por el cual deba encuadrársela en el artículo 124, toda vez que en él no se menciona la palabra homicidio.

⁴⁴ <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37783-art-119-120-abuso-sexual>.

⁴⁵ No impresiona oportuno que me explaye, *in extenso*, sobre el punto en cuanto a qué es persona muerta. Entiendo que al tratar el tipo penal de homicidio, el tema fue satisfactoriamente desarrollado. Al respecto, ver <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37491.pdf>.

⁴⁶ CSJN, Fallos 184:5.



Es relevante, en el sentido antes expuesto, comparar el artículo 124 con los artículos 165, 142 bis y 170 del CP. En el tipo penal del artículo 165, se menciona la palabra homicidio y, en los otros dos (142 bis y 170) se hace referencia expresa a la muerte dolosa o culposa de la víctima. Por ende, así como en el *ámbito de los artículos 142 bis, 165 y 170 del CP no debe imputarse a los agentes la muerte de una persona que no tenga las características típicas del homicidio, en el artículo 124 del CP no debe imputarse al agente una conducta que sí tenga las mentadas características toda vez que ellas están descriptas en otros tipos penales que deben ser concursados. De esto se sigue que en el marco del artículo 124 del CP, sólo quedan atrapadas aquellas muertes no imputables al agente ni por su dolo ni por su culpa, es decir, aquellas muertes que sólo ocurren, aquellas que el autor no desea ni que deban ser previstas por él, sin advertir impedimentos para incluir aquellas que la víctima sí puede desear, como el suicidio (relacionado con el hecho) o, inclusive, el caso fortuito*⁴⁷.

En tercer lugar, el verbo que utiliza el legislador como núcleo del tipo penal es *resultar* que tiene varias acepciones, pero lo interesante es que la mayoría de ellas se refieren a cosas o tiene que ver con ellas⁴⁸. En efecto, tiene como sinónimo *redundar* (que es tanto como venir a parar en beneficio o daño de alguien o algo)⁴⁹; dicho de una cosa: nacer, originarse o venir de otra; dicho de una cosa: aparecer, manifestarse o comprobarse; llegar a ser; tener resultado; resaltar o resurtir y, producir agrado o satisfacción. FONTÁN BALESTRA indica que la expresión *resultare la muerte... pone en evidencia que el resultado cualificante* (sic) *debe haber sido la consecuencia de la violación en sí misma, y no de cualquier otro hecho vinculado más o menos directamente con ella*⁵⁰. Adviértase, sin embargo, que el núcleo del tipo seleccionado por el legislador, no hace referencia alguna ni al dolo ni a la culpa con la que pudo haber obrado el agente. De esta forma, no es dogmáticamente posible vincular la muerte con la subjetividad del imputado, sobre todo, teniendo en cuenta la redacción vigente de los artículos 142 bis y 170 del CP.

⁴⁷ Así,... *colocar un almohadón ocluyendo las vías aéreas en las circunstancias que ha reconocido el imputado, a una joven de la que sabía que estaba afectada de un asma crónica, comporta crear las condiciones de un resultado que no podía dejar de preverse. Lo antedicho no resulta definitorio a los fines de la solución del caso, porque tal como viene redactada la norma en que se subsumirá la conducta del encausado, el catálogo penal no distingue cuál es la causa de la muerte, ni cuál es el comportamiento subjetivo que hace a la culpabilidad (dolo, culpa y aun el caso fortuito). El hecho se califica como violación seguida de muerte (art. 124, Cod. Pen.)... Frente al planteo que discurrió sobre la praeter intención y el caso fortuito, debe decirse que, salvada la posibilidad de una conducta que fuera una forma calificada del homicidio, poco interesa si la muerte entró en el plan del hecho que puso en obra el encausado o si devino como consecuencia de un defecto o exceso de previsión (culpa), o por fin, si es producto de un caso fortuito. Ella está inserta en el curso de la violación y por lo tanto el autor de la misma debe responder en los términos de la norma del artículo 124 del Código Penal...* (CPen. 3° de La Plata, sala III, 18-10-90, P 76482, RSD-129-90, JUBA; SAIJ sumario B0500354. Sin resaltado en el original. Debo aclarar que este pronunciamiento, si bien anterior a la reforma, es pertinente toda vez que lo único que se modificó de la redacción de 1922 es la pena).

⁴⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=resultar>.

⁴⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=redundar>.

⁵⁰ FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 239.



En **cuarto lugar**, entre el ataque sufrido por la víctima y el resultado “*muerte de la persona ofendida*” debería existir necesariamente, para serle imputada al autor, una conexión causal. Supongamos que una persona realiza un acto de tocamiento impúdico sobre una víctima durante el transcurso de un viaje en un transporte público, falleciendo la víctima al momento del tocamiento. El abuso sexual simple es un tipo de mera actividad, es decir, se da prioridad a la acción para criminalizar el conflicto, utilizándose un verbo que hace inseparable la acción del resultado⁵¹. Por lo tanto, para el caso del ejemplo, lo que habría que tratar de esclarecer es si la conducta de tocamiento puso en peligro el bien jurídico vida y si el resultado (muerte de la víctima del ataque) es la realización de ese peligro. Sin embargo, no es posible tal imputación desde la concepción aquí defendida. *En efecto, ya se dejó en claro que el BJ del tipo penal analizado es simple; sólo se sanciona el ataque a la integridad sexual. Y sólo puede imputarse objetivamente el resultado ataque.*

A mi entender, el verbo resultar descarta de plano la conexión entre el hecho y el régimen de la imputación subjetiva, cuestión que trataré en el siguiente punto.

B.1.3.- Aspecto subjetivo (AS)

Conforme el esquema del tipo complejo que se está siguiendo, el AS contiene, básicamente, el dolo, la culpa y los elementos subjetivos distintos del dolo. El dispositivo en crisis, en lo que a los tipos penales de los artículos 119 y 120 del CP, son dolosos. Y ¿por qué son tipos penales dolosos? En nuestra legislación represiva, el sistema elegido para los tipos culposos, es el de *numerus clausus*. Es decir, no hay más tipos culposos que los previstos en el texto del CP. Y en lo que a los abusos sexuales y al estupro se refiere, no existe un tipo penal redactado de la forma en que, habitualmente, se redactan los mismos. Por lo tanto, son dolosos.

En la conformación del artículo 124, debemos tener en cuenta que, claramente, existe una asimetría entre ambos aspectos. Y tal asimetría redundaría en que no se evidencia de la redacción propuesta, sancionada y promulgada, ningún rastro de dolo o culpa respecto del elemento *persona ofendida muerta* que lidera el AO. Dicho de otro modo, existiendo dolo de abuso sexual (en cualquiera de las vertientes del artículo 119) o de estupro, aparece en el AO *persona ofendida muerta que acrecienta el resultado respecto del otro*.

En este sentido, y por la redacción del tipo analizado, habría que hacer una distinción entre un *tipo penal preterintencional y otro calificado por el resultado*. Al respecto, *los primeros* aluden a la conducta de un autor que, obrando con dolo de

⁵¹ GÓMEZ URSO, op. cit. p. 160.



comisión de un tipo objetivo, realiza otro más grave por imprudencia⁵². En nuestro CP, el artículo 81 inciso 1° letra a), es un claro ejemplo de él. Respecto de *los segundos*, son supuestos de hecho típicos, en los que se prevé un aumento de la sanción por la causación de un resultado más grave que el abarcado por el dolo del autor, distinguiéndose de los anteriores, porque la norma ni siquiera contiene una previsión que vincule ese resultado a una infracción al deber de cuidado⁵³. *Los delitos calificados por el resultado* responden a la malhadada regla del derecho canónico “*versanti in re illicita imputatur omnia quoe sequantur ex delicto*”, es decir, quien quiere la causa, quiere el resultado. Y la vigencia de la redacción de los artículos 142 bis y 170, demuestran a las claras el desecho de este principio decididamente inquisitivo y retrógrado.

Aquí entra en juego la *imputación subjetiva*. En efecto, las conductas delictivas las llevan adelante personas con lo que entre lo hecho y lo querido hacer debe existir un puente que conecte ambas cuestiones. La imputación de marras necesita considerar todos los ribetes de la acción y del suceso tal cual ocurrieron para establecer si el autor dominó objetiva y subjetivamente el curso causal para alcanzar la producción del resultado⁵⁴. Y como ya lo afirmé, el verbo resultar descarta de plano la actividad dolosa o culposa del autor en el hecho en el que aconteció el *resultado muerte*. Ahora bien ¿por qué la descarta? Porque si existiese conexión subjetiva dolosa con la muerte de la persona ofendida, estaríamos en el tipo penal de homicidio doloso, deviniendo inaplicable el tipo del artículo 124. La misma suerte correría la conexión subjetiva culposa, toda vez que, de existir, se debería echar mano al tipo penal del artículo 84. Con esta forma de legislar, se carga a la cuenta del agente, resultados que no quiso y que, en definitiva, no debió prever. Quien obra con dolo de abuso lejos está de pretender la muerte de la víctima y tampoco debe tolerar que se le enrostre el no haber previsto que de su conducta pueda acaecer le muerte de la víctima. Caso contrario, y en lo que a la culpa se refiere, se le podría achacar al sujeto no haber tenido conocimiento de que la víctima padecía tal o cual deficiencia previa de salud, o no habérselo imaginado. Veamos. Si un grupo de sujetos ingresa a un lugar con fines de apoderamiento violento y una persona que se encuentra allí, fallece por el susto que le generó ese obrar, ¿deberíamos cargárselo a la cuenta de ellos? Ridículo. Ahora, que esa muerte se tenga en cuenta a los efectos de la mensuración judicial de la pena a imponer, es harina de otro costal pero, en modo alguno, subsumir la conducta en otros tipos penales más gravosos, enalteciendo el despreciable principio del *versari in re illicita*. Entonces, si no es posible la imputación subjetiva a título de dolo o de culpa, sólo resta pensar que lo que realmente queda en pie es al caso fortuito.

⁵² RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, Lexis – Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 236.

⁵³ *Ibidem* p. 237.

⁵⁴ SILVESTRONI, op. cit. p. 233.



Lamentablemente, como ya se hubo apuntado, alguna jurisprudencia⁵⁵, recogió este guante.

Desde la doctrina, en un primer momento, **DONNA** afirmó que... *a nuestro juicio sólo integran la agravante aquellos resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo realmente con el homicidio culposo en los casos en que así suceda. En cambio cuando el autor seleccionó el abuso sexual como medio para matar a la víctima no habrá agravante, sino ambos delitos (abuso sexual en cualquiera de sus formas y homicidio) los que concurrirán realmente. Cuando la muerte es el medio para conseguir la consumación del hecho típico de modo que lo quiere el autor, aquél concurrirá con el homicidio calificado del artículo 80 inciso 7° del CP, siempre que la violación se produjera mientras, la víctima estuviese agonizando. Hay que tomar en cuenta que si se mata a la víctima para preparar, facilitar o consumir el abuso, en realidad éste no se consumará (sería un caso de necrofilia) Consecuentemente el hecho entra directamente en las previsiones del artículo 80 inciso 7° del Código Penal...*⁵⁶.

La primera afirmación es huérfana de fundamentación; tan desprovista como la tercera. Y son las que se refieren al dolo indirecto y eventual (la primera) y al dolo directo (la tercera). No merecen ser distinguidas. En ambos supuestos, existe dolo de homicidio por lo que deben concursarse ambos tipos penales ya sea en forma ideal o real (artículos 79 y 119), máxime teniendo en cuenta que, en el artículo 124, no existe el mínimo indicio que relacione el abuso con el dolo o la culpa del agente respecto del homicidio. En efecto, en el dispositivo de marras el dolo es de abuso sexual o de estupro pero *no de homicidio*. Tal como está planteada la norma, **la muerte debe resultar del ataque contra la integridad sexual (artículos 119 y 120) y si debe resultar de**, insisto, el dolo y la imprudencia quedan absolutamente excluidos. Ahora, entiendo que la interpretación es correcta cuando hace referencia a la imprudencia. Lo que no alcanzo a entender es el motivo por el cual sí concurra el homicidio imprudente y no el doloso. Si el dispositivo no dice nada ni respecto del dolo ni de la imprudencia, ¿por qué uno no y el otro sí?; ¿cuál es el baremo que toma?

Lo otra posibilidad que plantea es menos llamativa que fantasiosa. El autor elige matar para llevar adelante el abuso (para consumir el hecho típico) En primer lugar, si mata, nada luego de la muerte puede consumir. Pero si lo consuma agonizando como lo expresa, comenzó a matar para cometer el ataque (**otro delito**), es decir, artículo 80 inciso 7°. Y lo que debe quedar claro es que el tipo penal del llamado **homicidio criminis causa es un delito único por efecto de tipo**, toda vez que la palabra delito inserta en el inciso del artículo de marras, engloba cualquier delito,

⁵⁵ Ver nota al pie N° 47.

⁵⁶ DONNA, *Delitos contra...* op. cit. ps. 82 y 83.



sea del catálogo sustantivo o de las leyes penales especiales. *Así las cosas, el artículo 80 inciso 7° no admite ser concursado*, siempre y cuando el homicidio tenga relación con el delito que se pretende ocultar o que no se pudo consumir o del que se pretende procurar la impunidad para sí o para terceros.

En el año 2004, refiriéndose a la ley 25.742, dice **DONNA**... *el segundo tema que tiene importancia como forma de interpretación de los tipos complejos y evitar así la responsabilidad objetiva de un hecho es que, por primera vez se incluye – y entendemos que esto sirve a los efectos de los demás tipos penales complejos – la distinción, en sí correcta, de si el resultado se imputa a título de dolo o a título de imprudencia (culpa), imponiendo en cada caso una pena distinta y descartando la pena en cualquier otro caso...*⁵⁷. Es auspicioso el cambio de postura.

RUBIO, tiene la misma opinión que tuvo **DONNA** en el año 2000⁵⁸.

DE LUCA y **LÓPEZ CASARIEGO**, entienden que teniendo en cuenta la escala penal prevista por el artículo 124, se trata de una muerte equiparable a las del artículo 80, por lo tanto, dolosa, abarcada, cuanto menos, por el dolo eventual⁵⁹. Esta postura merece la misma crítica que se le hizo a **DONNA**. *Si la muerte debe ser abarcada por el dolo del autor, es homicidio*. El mismo postulado de los autores (ya que tienen en cuenta la escala penal) podría aplicarse, tranquilamente, a los artículos 142 ter segundo párrafo y 144 ter inciso 2° del CP. Sin embargo, no es lo mismo muerte que homicidio, por lo que entiendo que no puede compararse ni siquiera *quod poenam*.

BUOMPADRE, por su parte, entiende que el resultado es preterintencional... *no conectado subjetivamente con el autor. La muerte de la víctima es un acontecer culposo que no estuvo en los designios del agente, ni siquiera como resultado probable. La muerte de la persona ofendida –dice la norma– debe “resultar” de algunas de las conductas previstas en los arts. 119 y 120, esto es, que debe ser una consecuencia del propio abuso sexual, del sometimiento sexual gravemente ultrajante o del acceso carnal, y en todas estas hipótesis no debe haber estado prevista por el autor. De otro modo, la figura quedaría desplazada al art. 80, inc. 7°, del Cód. Penal...*⁶⁰.

Tampoco advierto que exista tal preterintencionalidad. Del modelo preterintencional del artículo 81 inciso 1° letra a), no puede tenerse por válida aquella conclusión. Este dispositivo expresa... *al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio*

⁵⁷ Ver nota al pie N° 10.

⁵⁸ RUBIO, op. cit. ps. 272/273.

⁵⁹ DE LUCA, Javier A y LÓPEZ CASARIEGO, Julio *Delitos contra la integridad sexual*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 131 y sig.

⁶⁰ <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37783-art-119-120-abuso-sexual>.



empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte... Es interesante advertir que si suprimiésemos la primera frase entrecomada, sólo se leería ***al que produjere la muerte de alguna persona***, donde la conexión con la subjetividad del autor impresiona clara. Y es que en los tipos preterintencionales tanto el episodio doloso como el culposo, se conectan subjetivamente con el sujeto activo, tal cual se evidencia de la redacción anterior. Y de la redacción del artículo 124 del CP, no puede deducirse aquella conclusión.

Sigue expresando **BUOMPADRE**... *nosotros seguimos creyendo... que se trata de una agravante cuyo resultado escapa a los designios del autor; la muerte no es querida, ni siquiera prevista como probable...* De manera tal que no alcanzo a entender el motivo por el cual se insiste con la preterintención, cuando la muerte ni siquiera debe ser prevista como probable. Es decir, falta un elemento en el AS cual es la culpa. Por lo tanto, nada tiene de preterintención.

En efecto, **es un tipo penal calificado por el resultado** en los que la conexión subjetiva con el obrar objetivo del agente no es posible. Dicho de otro modo, ***la imputación subjetiva es irrealizable***.

Tan así esto que, algunos pronunciamientos, hasta han llegado a incorporar el caso fortuito⁶¹.

CONCLUSIONES

La gestación del artículo 124 del CP fue una cadena de abusos y malos tratos hacia una mujer: la Constitución Nacional. Parecen olvidar nuestros repúblicos que, al momento de asumir sus funciones, tanto diputados⁶² como senadores⁶³, juran obrar en todo de conformidad con lo que prescribe aquella dama.

Los fundamentos de los cuatro proyectos presentados, tienen algunas aristas menos interesantes que oprobiosas. No han sido mezquinos en castigar a los magistrados al poner en sus cabezas el presunto trato benigno que le darían a los inculpados de cometer tales hechos, sobre todo, al momento de decidir libertades. Siempre es más fácil cargar las culpas en otros cuando, en realidad, son compartidas. Tampoco escatimaron esfuerzos en considerar a los condenados por estos hechos como ***lacras, irredimibles e irrecuperables***, epítetos no sólo realmente lamentables en boca

⁶¹ Debo aclarar que los pronunciamientos citados en las notas al pie 30 y 31, si bien anteriores a la reforma, son pertinentes toda vez que lo único que se modificó de la redacción de 1922 es la pena.

⁶² Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, artículo 10°, en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/congreso/regladip.pdf>

⁶³ Reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, artículo 4°, en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/publicacion/reglasen2005.pdf>



de aquellos deben dirigir los destinos legislativos de una Nación, sino también marcadores de una directriz que le habría hecho esbozar una sonrisa al mismísimo Garófalo y por qué no a Jakobs: el derecho penal de autor, el derecho penal para el enemigo. Estas personas son las que representan un *peligro cierto, inminente y concreto a la seguridad pública...; sus conductas importan una peligrosidad social que es necesario acotar severamente...; ... demos respuesta a una sociedad que clama para que se la proteja de semejante lacra que amenaza a los hogares de todas las clases sociales y en particular a aquellos más humildes que muchas veces deben convivir por necesidad con los depravados...*

Con todas estas ideas, era inevitable que redujesen todo a cercenar aún más la libertad de los imputados.

Por un lado se proclama asegurar el propósito de reinserción social de los internos con el aumento de las penas y sin la posibilidad de gozar de salidas anticipadas de ningún tipo. Se pretende educar para la libertad desde el encierro, algo así como enseñar a jugar al tenis en un ascensor. Un absurdo. Y lo lograron al modificar el artículo 14 del CP e incorporar el artículo 56 bis inciso 2° a la ley 24.660. No tienen derechos ni a la libertad condicional ni a los beneficios del período de prueba, ni a la prisión discontinua o semidetención ni a la libertad asistida. En definitiva, el tema es la exclusión del sujeto del seno social, aún de por vida. ¿Y las penas crueles, inhumanas o degradantes? Por otro lado, no saciada la sed, modificaron el artículo 63 del CP mediante la ley 26.705⁶⁴, comenzando a correr la prescripción de la acción penal desde la víctima cumpla o hubiese cumplido la mayoría de edad. Un disparate.

El debate en la Cámara de Diputados fue prometedor. Salvo las intervenciones de los diputados Johnson, Falu y Maldonado, el resto supo entender que el aumento de las penas de nada serviría para contrarrestar el fenómeno de la criminalidad sexual (en realidad, de la criminalidad en general). Es más, el diputado Damiani, insistió con la propuesta de redacción, similar a los artículos 142 bis y 170 del CP, pero no fue considerado.

El debate en la Cámara de Senadores fue, tal vez, un tanto más enriquecedor. Se insistió con la redacción similar a los artículos 142 bis y 170 del CP, se aclaró que vale más la literalidad de la ley penal que su interpretación por lo que había que avanzar en la definición precisa de las conductas que se pretendían sancionar, asegurando también que las penas rígidas ponían en riesgo el principio de reinserción social. Aún la senadora Conti expresó que se estaba haciendo demagogia con el aumento de la pena para el artículo 124 del CP. Ciertamente es lo que expresó la senadora

⁶⁴ ADLA 2011-E, 3821



Arancio de Beller... *si no tenemos políticas sociales que contengan, si no tenemos políticas educativas que realmente masifiquen la educación, si no tenemos políticas para generar trabajo genuino, esto es muy difícil. Siempre vamos a seguir sobre las causas, sin atacar el tema de fondo, que es una profunda inequidad social que ha ido creciendo paralelamente al aumento de los índices del delito...*

Sin embargo, triunfó la traición a la Constitución Nacional. En efecto, de los debates analizados es claro que lejos han estado de adecuarse a las directrices de la “buena política criminal”, es decir, aquella que se define como el conjunto organizado de medios e instrumentos que, coherentes con un cuadro de principios rectores, persigue el objetivo de contrarrestar y contener el fenómeno social de la criminalidad⁶⁵. Y el imperativo de que las respuestas sean organizadas y coherentes con los principios directrices, generalmente de naturaleza constitucional, son el *deber ser racional* de la política criminal... *que no siempre aparecen en las manifestaciones históricas de la actividad de los órganos estatales contra la criminalidad. No es infrecuente, en efecto, comprobar que tanto “medios” como “instrumentos” son empleados episódica y extemporáneamente para hacer frente a las contingencias políticas prescindiendo de la coherencia con los principios que rigen el orden político y jurídico y con las grandes líneas de continuidad históricas o institucionales, lo cual dificulta la reconstrucción del proceso evolutivo de la política criminal de un determinado país...*⁶⁶. Así, el dispositivo en análisis, teniendo como telón de fondo los textos de los proyectos y las discusiones parlamentarias, no hace más que confirmar que fue sancionado con una única finalidad: *la eliminación de un peligro*⁶⁷, *reduciendo al imputado sólo a una “lacra peligrosa”*. Y esto, de nada sirve pero, la sociedad tranquila, es decir, sólo *legislación simbólica*. En palabras de MAHIQUES... *la legislación simbólica no se preocupa por orientar efectivamente el comportamiento de las personas, sino más bien a crear en ellas la impresión de tener el problema bajo control. El – nunca confesado – objetivo de fondo que se persigue con la legislación simbólica es el de unirse al consenso de la opinión pública, acreditando entre los ciudadanos la imagen de capacidad y eficiencia...*⁶⁸. Rústicamente, la senadora Conti lo expresó al disertar sobre el frontalismo penal.

Algunas cuestiones más para puntualizar. La violación a los principios de la acción, legalidad, lesividad, culpabilidad y de reducción racional, son palmarios. Veamos entonces.

⁶⁵ PALAZZO, F., DOLCINI, E., MIR PUIG, S., y otros, *Il Diritto Penale alla svolta di fine millennio*, G. Giappichelli Editpre, Torino, 1998 (espec. parte 3º, págs.. 101 y ss. y 189 y ss), citado por MAHIQUES, Carlos Alberto, *Cuestiones de derecho penal y política criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2002, p. 34.

⁶⁶ MAHIQUES, op. cit. p. 35. Sin resaltado en el original..

⁶⁷ JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 63.

⁶⁸ MAHIQUES, op. cit., p. 83.



El *principio del acto*, consagra a la acción humana como el presupuesto ineludible para la aplicación de una pena. Sólo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y ser merecedora de una reacción coactiva negando, políticamente, el derecho penal de autor en todas sus variantes⁶⁹ (artículo 19 CN, 11.2 DUDH, 15.1 PIDCP y 9 CADH). Y no sólo esto. Deja claramente de lado el caso fortuito. Sólo puede sancionarse aquello que el sujeto quiso hacer e hizo y aquello que realizó por no prever lo previsible. A mi entender, una interpretación distinta a la propuesta, violaría flagrantemente este principio. Y el artículo 124 al proponer agravar la pena por un suceso no vinculado a los designios del autor, se enrola en aquellos dispositivos que colisionan frontalmente con este principio.

De las prescripciones del *principio de legalidad*, el mandato de taxatividad (*lex certa*) reclama que no haya pena sin ley, lo que implica que la conducta no sólo debe estar perfectamente determinada, sino que también lo esté la clase de pena y su cuantía, de modo de obligar al legislador, en pro de la necesidad jurídica, a adoptar, sobre todo en preceptos penales, que son seguidos de sanciones criminales, el máximo cuidado y detalle en la descripción de las conductas que prohíbe u ordena efectuar, a fin de que todo habitante pueda gozar de la necesaria seguridad jurídica dentro de un Estado determinado⁷⁰. En definitiva, es central para una adecuada reconstrucción del ideal de Estado de Derecho ya que se conecta de manera directa con las expectativas sustantivas de certeza jurídica e imparcialidad en la aplicación de la ley penal⁷¹. Y también es cierto que, en ciertas ocasiones, atenta contra este mandato constitucional, la imprecisión del lenguaje. Sin embargo, la redacción de los últimos párrafos de los artículos 142 bis y 170 del CP demuestra que la precisión constitucionalmente exigida en las redacciones, es posible. En palabras de **ROXIN**,... *una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además, es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo – general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad...*⁷². Lo expresado, deja al descubierto la liviandad con la que se ha redactado el artículo 124 del CP.

El *principio de lesividad* implica que la aplicación de penas sólo puede habilitarse en relación a una acción humana que afecta la libertad de los demás

⁶⁹ SILVESTRONI, op. cit., p. 121.

⁷⁰ TOZZINI, Carlos A., *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 65.

⁷¹ NAVARRO, Pablo E., y MANRIQUE, Laura, *El desafío de la taxatividad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP) Volumen LVIII, 2005, p. 807.

⁷² ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 169.



ciudadanos, entendiendo la libertad como la posibilidad de disponer de los bienes jurídicos como la vida, la honra, la integridad sexual⁷³. Por lo que se ha expresado en este opúsculo, sólo entiendo que funciona para la integridad sexual. Pretender sancionar la lesión contra de la vida de la forma en que está redactado el artículo 124 del CP, no es más que una falacia, bastante burda por cierto.

El *principio de culpabilidad* es la característica distintiva de un orden jurídico que considera a la persona como un ser libre y responsable, capaz de motivarse en las prescripciones jurídicas, y susceptible de ser alcanzado por la coerción punitiva sólo en la medida de su responsabilidad y *nunca en función del azar o de la razón de Estado*⁷⁴. La existencia de dolo o culpa respecto de la realización del suceso objetivamente descrito en los tipos penales, es una de las consecuencias más relevantes de este principio; si el suceso no fuese cometido dolosa o, al menos, culposamente, no constituye un ilícito apto para ser sometido a la valoración propia del estrato de la culpabilidad, porque la irreprochabilidad es manifiesta de antemano⁷⁵. Así las cosas, de este principio otro que es el evitación que, además de ser un criterio de atribución del resultado (sólo son atribuibles a la acción de un sujeto los resultados que pudo evitar), también rinde sus frutos en toda la estructura de la teoría del delito, en la medida que sólo en función de la no evitación de lo evitable pueden imponerse al autor consecuencias jurídicas adversas⁷⁶.

En efecto, es la contracara de la responsabilidad por el resultado e impide atribuirle al autor un resultado imprevisible, a la vez que reduce la imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a una mixtura de dolo y culpa. El principio de culpabilidad resulta aceptado por unanimidad, desde que la exclusión de la responsabilidad por el resultado es, por otra parte, consecuencia de la función motivadora del tipo penal, el que, por carecer de toda razón la prohibición de sucesos sólo causales, permite únicamente, como materia de la mentada prohibición, la de aquellos resultados que sean previsibles y evitables. Nuestro más Alto Tribunal reconoció expresamente este principio en varios pronunciamientos, expresando que... *el Tribunal ha considerado requisito ineludible de la responsabilidad penal, la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente...*⁷⁷.

En este orden de ideas no impresiona como acertado enrostrarle al incuso un resultado (*muerte de la persona ofendida*) que haya sido ajeno a su dolo o imprudencia. Lo que sí entiendo como correcto es que, en el caso de que pueda

⁷³ SILVESTRONI, op. cit. ps. 145 y 148.

⁷⁴ SILVESTRONI, op. cit. p. 167. Sin resaltado en el original.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 167.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 173/174.

⁷⁷ CSJN, Fallos 271:297, considerandos 5° y 6°; 274:482, 484 y 487; 284:42; 289:336 y 293:101, entre otros.



imputarse la muerte de la víctima del ataque al agente, se lo haga concursándolo con los respectivos tipos penales de homicidio.

Otra cuestión interesante es que, desde hace tiempo, se viene echando mano al derecho penal como si fuese el gran solucionador de conflictos cuando, en realidad, no es un instrumento de pacificación, sino un modo de violencia legítima que origina nuevos motivos de tensión social razón por la cual su aplicación se debe regir por el principio de *ultima ratio* o de intervención mínima⁷⁸. Sin embargo, el *mesianismo penal* ha llevado a concebir a este instrumento de tensión ya no como *ultima ratio* sino, antes bien, como *sola ratio* o *única ratio*⁷⁹.

Lamentablemente, la sentencia de **CARPZOV**, cobra relevancia... *Notissimum est, quod in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi liceat*⁸⁰.

⁷⁸ MAHIQUES, op. cit. p. 51.

⁷⁹ PASTOR, Daniel R., *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 35.

⁸⁰ CARPZOV, Benedict, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium (Neue sächsische Praxis in Strafsachen)*, 1635, en

http://www.rhist.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/rhist/content/e1023/e1024/files1078/bungRgl-Hexerei09_ger.pdf.

“Es bien sabido que, en los crímenes más terribles debido a la enormidad del crimen, se permite transgredir las leyes” (traducción del autor).

