

INTRODUCCIÓN

El nuevo encuadramiento con que la ley 25.087 sancionada el 14/04/99, promulgada el 07/05/99 y publicada en el B.O. el 14/05/99, conceptualiza el título III del CPA, tiene como base que el bien jurídico tutelado, a partir de esta reforma, es la *integridad sexual de las personas*, independientemente de cualquier otra consideración y partiendo de un concepto más amplio.

La nueva legislación incluye varios delitos sexuales de origen casuístico, con un ordenamiento nuevo, protegiendo la totalidad o integridad de la persona y sus derechos sexuales, su derecho individual a disponer de su persona y de su sexualidad.

En consecuencia, la nueva ley le brinda tutela a la "integridad sexual" y se caracteriza por el derecho de las personas a tener capacidad para expresarse válidamente, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad, y a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento.

Desde el punto de vista médico legal, impresiona que la reforma establecida resulta una respuesta legislativa "emocional" que no resuelve el conflicto que padecía la anterior legislación. La misma carece de rigor y basamento médico científico y se acerca más a una respuesta política a ciegas que se adecua y conforma a una demanda social de mayor severidad punitiva. Esto último se pudo satisfacer legislando agravantes concretas (y necesarias), por la calidad de la víctima o su mayor vulnerabilidad en razón de la edad, de su situación, de su enfermedad o padecimiento, pero el alcance y gravedad del padecimiento humano no es tabulable, ni conceptualizable y el grado de criminalidad tampoco puede medirse en abstracto.

El quantum de culpabilidad que determinará la proporcionabilidad de la pena termina inevitablemente ligado al grado de daño inferido a la víctima y mediatamente a la sociedad. Ante esta imposibilidad dogmática, la política criminal concibe penas de mayor cuantía para prevenir este tipo de conductas y eventualmente reprimirlas en términos que el legislador de turno entiende "adecuados" a la agresión consumada.

Por otro lado, se relajó la garantía de tipicidad con la inserción de conductas que, por su vaguedad, obligarán a una ardua tarea de interpretación y generarán no poca controversia por la falta de precisión terminológica científica sexológica y que se prestará a valoraciones subjetivas como ocurre con el art 119 (abuso sexual) de difícil precisión conceptual jurídica.

Así tenemos que el inciso 1º del artículo 1 de la ley 25087 sustituye la rúbrica del Título III del Libro II del CPA "Delitos contra la honestidad", por la de "*Delitos contra la integridad sexual*". El inciso 2º, a su vez, deroga las rúbricas de los Capítulos II, III, IV, y V del Título III.

En el Nº 9 de esta "Revista de Psiquiatría Forense, Sexología y Praxis" (año 5, vol. 3, Nº1 de julio de 1998), casi un año antes de esta sanción legal, con el título de "*Delitos sexuales: encuadre jurídico y algunas reflexiones médico-legales*", hemos publicado una crítica al anacronismo del CP con referencia al articulado anterior que comprendía los mal llamados delitos contra la honestidad. Se partió de un criterio médico-sexológico según el cual se expuso nuestro parecer teniendo en cuenta nuestra experiencia como psiquiatra, sexólogo y médico forense.

En esta oportunidad, con motivo de la actual reforma haremos las reflexiones que nos merece la misma.

En suma, si bien la reforma que comentaremos a continuación ha intentado ajustarse más a la realidad científica actual sobre el tema, en términos generales, conceptualmente, la vaguedad descriptiva ha quedado tan amplia que deja librada a la interpretación y valoración del magistrado muchas circunstancias que no están taxativamente especificadas desde el punto de vista médico-legal.

NUEVO ENCUADRE JURIDICO

El contenido del título del CP que por la ley 25087 pasó a llamarse "*Delitos contra la integridad sexual*" es heterogéneo, encontrándose sólo como punto de contacto su vinculación con el trato sexual entre los seres humanos y está compuesto por delitos que atentan:

1) Contra la reserva sexual:

- a) Abuso sexual (art. 119, párrafo 1º y su agravante del 5º párrafo del mismo artículo).
- b) Abuso sexual que implique un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, por su duración o por las circunstancias de su consumación (art. 119, párrafo 2º).
- c) Abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párrafo 3º con sus circunstancias agravantes, párrafo 4º del mismo artículo).
- d) Abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima (art. 120). El agravante por el resultado (art.124) tanto en el art. 119 como en el 120.
- e) El rapto (art.130), en sus tres modalidades.

2) Contra la normalidad y rectitud del trato sexual:

- a) Promoción y facilitación de la corrupción de menores (art.125 : menores de 18 años, párrafo 1º, y de menores de 13 años, párrafo 2º).
 - b) Promoción y facilitación de la prostitución (art. 125 bis : menores de 18 años, párrafo 1º y de menores de 13 años , párrafo 2º).
- Los agravantes en ambos artículos en el párrafo 3º.
- c) Proxenetismo (art. 126)

3) Contra la moralidad sexual:

- a) Rufianería (art. 127).
- b) Trata de personas menores de 18 años para que ejerzan la prostitución, con sus agravantes, (art.127 bis).
- c) Trata de personas mayores de edad (art. 127 ter).
- d) Producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas en menores de 18 años (art. 128 párrafos 1º y 2º).
- e) Facilitación del acceso de menores de 14 años a espectáculos pornográficos y suministro de material de ese carácter (art. 128, párrafo 3º).
- f) Exhibiciones obscenas (art. 129)

Las disposiciones comunes (art.132 y 133)

DESCRIPCIÓN DE LAS NUEVAS FIGURAS

ABUSO SEXUAL

A. Artículo 119 (ley 25087 art. 2º)

1. Será reprimido con reclusión o prisión de *seis meses a cuatro años*, el que *abusare sexualmente* de persona de uno u otro sexo cuando esta fuera

- menor de 13 años

- cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder o,

- aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

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

3. La pena será de *seis a quince años* de reclusión o prisión cuando, mediando las circunstancias del párrafo 1º, *hubiere acceso carnal por cualquier vía*.

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

a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;

b) el hecho fuera cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;

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

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

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

5. En el supuesto del párrafo 1º, la pena será de *tres a diez años* de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos *a, b, d, e, ó f*.

B . Artículo 120 (ley 25087, art. 3º)

1. Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el párrafo 2º o 3º del art. 119 con *una persona menor de dieciséis años*, aprovechándose de *inmadurez sexual*, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

2. La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos *a, b, c, e, ó f* del párrafo 4º del art.119.

Los artículos *121, 122 y 123* fueron derogados por la ley 25087, art. 4

INTERPRETACIÓN Y COMENTARIOS DE AMBOS ARTÍCULOS

Debemos partir del concepto de que el *abuso sexual* según lo establece el nuevo código, comprende cuatro figuras que se distribuyen de la siguiente manera:

Art.119: abuso sexual simple, abuso sexual agravado (sometimiento), abuso sexual con acceso carnal.

Art.120: abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual.

La reforma modifica la definición tradicional del Derecho Penal argentino respecto del artículo 119 (*violación*), a partir de un concepto más amplio, que contempla tres figuras del *abuso sexual* y teniendo en consideración la defensa del bien jurídico "integridad sexual".

El bien jurídico protegido

Es el derecho de toda persona a la reserva sexual de su propio cuerpo, entendida ésta como el derecho a la incolumidad del consciente y voluntario comportamiento sexual (visión objetiva), más allá de los móviles que animaron la conducta del victimario (visión subjetiva).

El sujeto activo

En la nueva ley se tiende a que el sujeto activo puede ser de uno u otro sexo, aunque surgen opiniones encontradas en el artículo 119, párrafo 3º y en el 120 en que no surgen taxativamente.

El sujeto pasivo

Pueden ser tanto el varón como la mujer sin ninguna duda en lo que se refiere a las tres primeras figuras del abuso sexual que contempla el artículo 119: " *el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo...*". No ocurre lo mismo con la cuarta figura que contempla el artículo 120 que no queda expresado concretamente, si también involucra al varón ya que dice " *persona menor de dieciséis años...*", sin aclarar como en caso anterior de "uno u otro sexo".

El cónyuge, concubino o "pareja"

Sobre si puede o no el cónyuge cometer el delito de abuso sexual en contra del otro, la doctrina y la jurisprudencia no dan respuestas específicas.

También son encontradas las opiniones en casos de personas que viven "en pareja" o "concubinato".

Tampoco es clara la opinión acerca de si pueden o no ser sujetos pasivos de estos delitos las personas que ejercen la prostitución.

No pierde su derecho a la integridad sexual ni renuncia a su defensa, la persona que tiene actitudes desprejuiciadas frente a terceros que pueden considerarlas provocativas, como suele ocurrir en la vía pública o durante la actuación en escenarios teatrales.

Conducta típica (tipo objetivo)

La acción típica es efectuar un contacto corporal que tenga la significación sexual (impúdicos o no) entre el cuerpo del victimario (no interesa el móvil que anima al autor) y el de la víctima, sin el consentimiento de quien puede válidamente otorgarlo o, en caso de haberlo prestado, sin tener capacidad para hacerlo de modo jurídicamente relevante. Es decir, basta la ofensa (aspecto objetivo).

La víctima o el autor puede ser, según la nueva definición, persona de uno u otro sexo, en razón de que la gravedad de la ofensa no debe ser ligada al género de la víctima, aún cuando una mayoría abrumadora, casi excluyente, de estos delitos son cometidos por varones en perjuicio de mujeres.

El nuevo artículo 119 comienza en el 1er párrafo por ocuparse del *abuso sexual simple*, nuevo nombre que se asigna al *abuso deshonesto* del anterior artículo 127, manteniendo la misma pena. Es decir, se pena todo acercamiento o contacto del autor con el cuerpo de la víctima con miras eróticas, sin su consentimiento o con aprovechamiento de las circunstancias en que se encuentra la misma.

El autor de este delito no pretende, o no desea, alcanzar el acceso carnal. Se limita a hacer a su víctima todo tipo de actividades, con contenido sexual. Se incluyen todas aquellas que, con contenido lúbrico, se exterioricen en hechos acompañados por la imposibilidad, real o presumida, con violencia o sin ella, de resistencia por parte de la víctima.

La actitud libidinosa es el fin en sí mismo que persigue el actor. La falta de consentimiento de la víctima, puesta en evidencia por el ataque, aunque no haya sido violento, sino que por lo sorpresivo inhiba la defensa, constituye el núcleo para acusar de *abuso sexual simple*. La conducta debe ser *intencionada*, por lo que la culpa no está tipificada.

Es necesario que haya existido *aproximación o tocamiento* del actor a la víctima. El abuso sexual simple no se configura con meras palabras o por contemplar el objeto amoroso, o sólo por proponer el acceso carnal. Los tocamientos sin significado sexual, sin intención erótica, no se encuadran dentro de ese delito. Tampoco los

agravios que no tienen como fin desahogar el deseo sexual, aunque pueden conformar un delito contra la libertad o injuria.

Conductas similares, que no cumplan con ese requisito de la aproximación o tocamiento, se pueden considerar exhibiciones obscenas o corruptas pero no abuso sexual.

En caso de demostrarse error sobre el consentimiento, el acto no es punible, pues es necesario que el hecho se haya cometido contra la voluntad expresa o presunta de la víctima, salvo que ésta tenga menos de 13 años.

Aparecen en esta 1º figura tres supuestos.

El *primer supuesto* es la elevación de la edad mínima del menor (de 12 a 13 años) para tener capacidad de dar consentimiento válido. La ley presume que hasta esta edad el damnificado (varón o mujer) presenta una inmadurez que le impide autorizar libre y conscientemente la ejecución sobre su cuerpo de dichas conductas. Sin embargo, debe reconocerse efectos jurídicos al *error sobre la edad* del sujeto pasivo, puesto que el conocimiento de la misma integra la culpabilidad del autor.

En el *segundo supuesto* aparece la *violencia o amenazas* (que es lo mismo que la fuerza física o violencia moral o la intimidación de la forma derogada).

Actúa con *violencia* quien despliega una real y efectiva energía física que recae directamente sobre el cuerpo de la víctima o que al menos se proyecta sobre él, a fin de hacer ceder su oposición al acto abusivo o al menos llevarlo a cabo pese a su resistencia. Recordar que la violencia que comprende la utilización de medios hipnóticos o narcóticos está comprendido en el art. 78 del CP.

El delito se comete mediante *amenazas*, cuando el autor doblega a la víctima no por la violencia sino por el *temor*, para lo cual puede valerse de anuncios o hechos intimidatorios sobre males futuros, que podrán recaer sobre la propia persona de la víctima, sobre sus seres queridos o sobre sus bienes materiales, con el claro propósito de atemorizar.

Para apreciar la idoneidad para amedrentar a la víctima no existen pautas rígidas, debiendo juzgarse la gravedad, seriedad y factibilidad, con arreglo a las circunstancias de cada caso particular. Se trata, en rigor, de una coacción (imposición obligada) especializada por el resultado que alcanza.

A lo ya expresado se agrega la referencia al *acoso sexual* cuando explicita el abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder-obediencia, aplicable a las situaciones en que una persona se encuentra con la víctima en relación de preeminencia y correlativamente está en relación de sujeción en el terreno jerárquico o laboral.

En el caso concreto, creemos que la ley refiere a la compulsión que genera, en el ánimo de la víctima, una amenaza proveniente de un superior (sea en materia laboral, educacional, institucional, religiosa o similar) o persona de la que se depende de algún modo (sea que esta dependencia tenga carácter económico, social, sanitario o de otra índole).

La mera solicitud sexual aprovechándose de la situación de dependencia o necesidad no configura delito, en tanto y en cuanto dicha *solicitud* no vaya acompañada de la *intimidación* (infundir miedo) o *amenaza* (preanunciarle males a sufrir) ya que entonces habrá coacción. En realidad, una cosa es requerir sexualmente a una persona y otra hostigarla o acosarla.

La *coacción* es la fuerza o la violencia que se ejerce sobre una persona para forzarla a que diga o ejecute alguna cosa. No confundirla con la *coerción* ya que *coercer* es contener, refrenar, sujetar. Puede haber coerción cuando el actor sujeta a la víctima a su voluntad sin que haya intimidación, por ejemplo: explotando sus emociones o necesidades.

En el *tercer supuesto* se habla del aprovechamiento de una persona que por *cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*.

La reforma actual eliminó una fórmula genérica que anteriormente se utilizaba y resultaba comprensiva en situaciones difíciles de prever y que decía de la víctima: " *que por cualquier causa no pudiese resistir*", así como también se ha perdido la expresión taxativa de que la víctima se hallare *privada de razón o sentido*, que era de gran importancia médico legal. Algunos suponen que siguen implícitas tales causas, así como el hecho de presentar algún tipo de perturbación mental que se encuentre dentro de las eximentes que contempla el art. 34 inc. 1º del CP.

La imposibilidad de *consentir libremente la acción* puede deberse entre otras causas a *error y sorpresa*. Tales cuadros deben ser de conocimiento del actor ya que en el error o la ignorancia sobre el particular, excluyen su culpabilidad, siempre que resulten compatibles con la realidad que el agente ha podido palpar antes del hecho y con lo que la víctima trasunta a través de su conducta y de su entorno.

La víctima no puede consentir tampoco cuando no pueda resistir porque una enfermedad o por sus secuelas se lo han impedido. Es también el caso de que la víctima no pueda resistir o el consentimiento esté viciado, aunque tenga plena conciencia, por razones de encontrarse paralizada, inmovilizada, atada, desprevénida, o ultrajada por sorpresa, con un consentimiento obtenido coactiva o fraudulentamente.

El 2º párrafo legisla la figura del *sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima* (abuso sexual agravado) en razón de *la duración* del mismo (excesiva prolongación temporal) y por las *circunstancias degradantes* del hecho en su realización (contenido vejatorio para la víctima), implica un sojuzgamiento ultrajante.

La doctrina tradicional entiende por "*ultrajar*", el violentar la dignidad de la víctima respecto de su derecho a la libertad sexual, a la forma, modo, lugar, oportunidad y elección de la persona con quien desea realizar la actividad sexual.

La ley penal utiliza el "ultraje" como la degradación o humillación (cosificación) o el efectivo daño psicoemocional que ha padecido o experimentado una víctima, en este caso, de un ataque sexual.

La nueva ley establece que la gravedad del ultraje amerita una pena mayor constituyendo una modalidad agravada del abuso sexual ("abuso deshonesto agravado"). La objetivación del ultraje no está tipificado en la nueva ley razón por la cual queda al criterio subjetivo del juzgador.

Quedarían comprendidos en este concepto actos objetivamente impúdicos cuando no son consentidos, tales como el empalamiento, la introducción de dedos, lengua, manos, pies, botellas, u otros objetos, un implante no consentido, etc.; o el felatorismo, cuando no se admita que éste constituya un acceso carnal.

En el párrafo 3º se tipifica el hecho de que "*hubiere acceso carnal por cualquier vía*" que equivale a la sustituida figura de la violación.

El "acceso" equivale a penetración y lo "carnal" se ha aceptado tradicionalmente con la idea de pene, por lo tanto en este párrafo se interpreta que el código se refiere a la penetración peneana en cualquier orificio del cuerpo de la víctima que revistiere carácter sexual aunque no se explicita taxativamente.

El concepto de "acceso carnal" no es un concepto que pueda darse de un modo universalmente válido. No sabemos que impidió a los legisladores en la reforma, colocar la expresión por ejemplo: "penetración peneana" si lo que se quería tipificar era simplemente la introducción del pene dentro de un orificio corporal y evitar así conflictos semánticos.

No queda claro si "el acceder" corresponde solamente al sujeto activo (penetrar) y qué sucede cuando el victimario desempeña el rol pasivo como es el caso del varón homosexual o la mujer que se hace penetrar aprovechándose de la edad del otro (varón menor de 13 años, que asiente, pero su voluntad es jurídicamente irrelevante) o violentando a amenazando al varón para obligarlo a hacerlo contra su voluntad o abusando coactiva o amenazantemente de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

También sigue sin quedar claro si la lengua, los dedos de las manos o de los pies por ejemplo, que son elementos carnosos y tienen capacidad penetrativa quedan contemplados dentro del "acceso carnal" o quedan contemplados como un abuso sexual agravado (sometimiento).

Si bien la concepción de la acción comisiva es más amplia que en la norma que se reformó ya que permite incriminar a todo tipo de vía de penetración, sigue en discusión el acceso oral ya que para algunos autores estiman que sólo constituye un ultraje al pudor, mientras que para otros no se diferencia de una penetración por vía vaginal o anal.

Ya en los artículos derogados había criterios controvertidos respecto al acceso por la *vía oral*, ya que eran contados los autores que la veían como causal del delito de violación. La opinión extendida, la consideraba un abuso deshonesto.

Se cuestiona, por ejemplo, si la introducción de un dedo o una cuchara en la boca tiene el mismo significado que introducirla en la vagina o en el recto. Queda claro que se debe contemplar el objeto penetrador y el sitio penetrado

para estimar la injuria sexual. Así como no reviste dudas la intención erótica en la introducción de un olisbo ("consolador") en el recto o la vagina, tampoco provoca dudas la intención erótica de la aproximación del pene a la boca. Tales hechos no quedan claros en la reforma de nuestro código, como por ejemplo, la reforma del Código español (1999) que dice: "*cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación...*". Es decir, el Código español se ha procurado con la nueva redacción, que no quepan dudas de que la introducción de objetos por la vía oral no resulta alcanzada por esas disposiciones.

Para que se configure el abuso sexual con acceso carnal es necesario, además de éste, que medie las circunstancias del párrafo 1º, es decir, que la víctima sea una persona de uno u otro sexo que no haya cumplido 13 años, o que la víctima, siendo mayor de esa edad, por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Otro elemento polémico de reforma es el que atañe al *sujeto activo* del abuso sexual con acceso carnal. El acceso carnal, como vimos, continua el criterio de penetración del pene en la vagina (coito) o en el recto (cópula) y sigue en discusión la boca. El cambio en el artículo 119 del concepto "*el que tuviere acceso carnal*" (del antiguo) por el "*hubiere acceso carnal*" (de la reforma) abre la interpretación polémica de que la reforma prevé la posibilidad de la llamada "violación inversa", pudiendo entonces la mujer ser sujeto activo de violación, dada la posibilidad de "exigir" hacerse penetrar y por lo tanto "haber" acceso carnal. Lo mismo podría ocurrir con el homosexual pasivo.

Los conceptos de fuerza, intimidación o resistencia son revisados por la reforma, para dar lugar, predominantemente, al *libre consentimiento* y otros factores para anularlos. Tradicionalmente la doctrina se había basado en la suficiente resistencia que la víctima ofreció al ataque.

Ahora, se amplían los factores que anulan el libre consentimiento o los medios doblegantes de la voluntad más allá de la fuerza (violencia física) y la amenaza o el infundir temor (se sustituyó la palabra intimidación), incluyendo los supuestos de coacción, engaño, abuso de poder, aún cuando fuere en el marco de las relaciones conyugales o de concubinatos, e incorporando otras relaciones de autoridad y jerarquía que fueren el libre consentimiento.

En el *matrimonio*, no se podría alegar el acceso carnal violento en virtud del '*débito conyugal*'. Se puede contemplar, si la relación tuviera lugar '*contra natura*' en forma forzada; o, si la negativa a mantener relaciones se funda en el propósito de evitar una enfermedad de transmisión sexual; o, cuando media divorcio o separación provisional.

Otros autores consideran que el esposo comete el delito si, mediante actos significativos de despliegue de energía física que vencen la oposición a realizar dicho acto, logra acceder a su cónyuge.

La anuencia de la víctima para el coito libremente expresada, excluye la antes llamada violación, que no sólo supone la falta de consentimiento sino su resistencia, y a su vez que ésta exista, debe suponerse que el autor ha utilizado violencia o amenazas para vencerlas. No comete acceso carnal violento el sujeto que, durante el acceso consentido despliega una fuerza sobre la víctima, por ejemplo en el sadismo. Pero esta situación no debe ser confundida con la víctima que luego de ser sometida por la violencia física se entrega al goce sexual, porque esta circunstancia no excluye la "violación" que quedó consumada con el acceso carnal.

A su vez, el párrafo 4º del artículo 119 enumera otras acciones que *agravan la pena de los delitos legislados en los párrafos 1º, 2º y 3º*.

Elas son: a) *por el resultado* (en la salud física o mental); b) *por el parentesco y la calidad del autor*; c) *por el peligro de contagio* (no contemplado en el 1º), d) *por el modo* (dos o más personas y con armas), e) *por ser fuerzas de seguridad*, f) *por el aprovechamiento de la convivencia* (menor de 18 años).

En el nuevo artículo 120 (ley 25087, art. 3) aparece la *4º figura del abuso sexual* que contempla los delitos sexuales contra la integridad sexual: *el abuso sexual aprovechándose de la inmadurez sexual de la víctima*.

El sujeto activo debe aprovecharse en la comisión de este delito de su mayoría de edad en relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente respecto de la víctima. Aunque no se diga taxativamente, el victimario se presupone que puede ser de ambos sexos al igual que la víctima que, a su vez, debe ser menor de 16 años y con inmadurez sexual (también se presupone que es mayor de 13 años).

La reforma en este punto, deroga el requisito del contenido en el delito de estupro que se refería al acto sexual consentido de una "mujer honesta" de 12 a 15 años que carecía de experiencia sexual.

No es clara la norma cuando indica "en relación a la mayoría de edad del autor", si se trata de una diferencia ostensible de edad o se habla de que se requiere que el mismo sea mayor de 21 años. Se piensa que se refiere a esto último.

Por lo tanto, en el nuevo artículo 120 se contempla el sometimiento (párrafo 2º del art. 119) por parte de una persona varón o mujer mayor de 21 años contados a partir de la medianoche del día en que los cumple; y el acceso carnal (párrafo 3º del art. 119) no se aclara si se refiere al varón solamente o está incluida la mujer adulta que tiene coito con un menor de 16 años aprovechándose de la inmadurez sexual del mismo.

El otro conflicto que se observa está dado en cuanto a qué tipo de preeminencia sobre la víctima se habla, de la física o la psíquica.

Creemos que la inclusión del término "inmadurez sexual" ha sido poco feliz, ya que alude a falta de desarrollo de las facultades mentales del menor para comprender la naturaleza de los actos realizados por el actor. El mismo código reformado ha determinado que 13 años marca el límite de esa incompreensión.

La madurez psíquica no es una condición cronológica, por lo que no resulta psicológicamente válido determinar que alguien porque tenga 16 años haya ya adquirido madurez sexual. Es común observar que personas de más edad no han logrado la madurez esperada y que, como contrapartida algunos menores de esa edad ya la han adquirido.

Era preferible el concepto anterior de "inexperiencia sexual" de la víctima en relación con la preeminencia, el prevalecer, predominar o tener superioridad, hecho que aprovecha el autor por ser mayor. Es decir, que la víctima, llevada por su curiosidad o por deseos despertados por sus propios mecanismos mentales y fisiológicos, se encuentra más "vulnerable". No queda claro qué sucede en el caso de un varón de 22 años que se encuentra de novio con una mujer de 15 años.

No debe tratarse de un supuesto coactivo o de poder que nos desplazaría al art. 119, 2º párrafo, sino de una situación de mera ventaja o circunstancia facilitadora de la *seducción* o abordaje que despliega el sujeto activo sobre el pasivo para obtener el abuso agravado o el acceso carnal, a través del consentimiento de una víctima inexperta menor de 16 años. Puede provenir de una relación profesional (psicólogo-paciente) o intelectual (profesor-alumno) o espiritual (consejero-discípulo), etc.

C. Artículo 124 (ley 11.179) Agravante de los artículos anteriores

Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

El artículo *124 bis* fue derogado por la ley 20509.

CORRUPCIÓN

Artículo 125 (ley 25087, art. 5)

1. El que promoviere o facilitare la **corrupción de menores de dieciocho años**, aunque mediare el consentimiento de la víctima, será reprimido con reclusión o prisión de *tres a diez años*.

2. La pena será de *seis a quince años* de reclusión o prisión cuando la víctima fuera *menor de trece años*.

3. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de *diez a quince años*, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor, o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

Interpretación y comentarios

Esta figura agravada del delito de corrupción ha sido incluida por el legislador en razón de pautas subjetivas y objetivas. Se observa la derogación del "ánimo de lucro o la satisfacción de los deseos propios o ajenos", contenido en el texto anterior.

Para la configuración de este delito no es necesario que a la víctima se le haya ocasionado una real alteración psíquica o moral, siendo suficiente la posibilidad de ese resultado. Es un delito formal y no de resultado material.

Se entiende jurídicamente por "*promover*" el engendrar en el menor la idea de prácticas corrompidas, impulsar otras más depravadas o incitar a no abandonarlas si ya las tiene. De manera que la promoción implica impeler, impulsar o iniciar a una persona menor en prestaciones sexuales degradantes, prematuras o excesivas para su evolución madurativa psicosexual, o a una de cualquier edad a través de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

La "*facilitación*" importa una contribución, ayuda o auxilio para que el sujeto efectúe ese tipo de prácticas. Actúa como cómplice.

Se entiende por "*corrupción*" el estado de depravación sexual consecutiva a una perturbación psíquica promovida o facilitada por terceros que mueve al sujeto a prácticas libidinosas modificadas de su esencia ética anterior o la esperable de acuerdo a evolución psicosexual madurativa.

El bien jurídico protegido, es el derecho que los *menores de dieciocho años* tienen al libre desarrollo de su personalidad sexual. Se tutela por lo tanto, el derecho de las personas a mantener un trato sexual normal, libre de presiones y acorde a su evolución psicosexual.

Es un delito de *tendencia*, más allá si la víctima se corrompe o no. Tampoco interesa si estaba corrupta o en el camino de la corrupción.

Los actos corruptos deben ser *prematuros* (llevados a cabo con un menor que no alcanzó aún un grado de madurez para su valoración de acuerdo al medio donde se mueva) y *excesivos* (implican una intensidad libidinoso desmesurada o extraordinaria) por no haber alcanzado la madurez total para comprender la naturaleza, el significado y las consecuencias de los actos realizados por el autor.

El sujeto activo de la promoción de la corrupción y de su facilitación, puede ser cualquier persona, varón o mujer y el sujeto pasivo también puede ser una persona de uno u otro sexo menor de dieciocho años.

Aunque el delito del art. 125 no requiere, para su tipificación, la reiteración de los actos ni la habitualidad en el autor, *la reiteración* puede poner de manifiesto la finalidad perseguida por aquél.

Entre *los agravamientos* por los modos comisivos se contemplan el engaño, la violencia, la amenaza, el abuso de autoridad, el vínculo, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

PROSTITUCIÓN

Artículo 125 bis (ley 25087, art. 6)

1. El que promoviere o facilitare la *prostitución de menores de dieciocho años*, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de *cuatro a diez años*.
2. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera *menor de trece años*.
3. Cualquiera que fuere la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de *diez a quince años*, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también, si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor, o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

Interpretación y comentarios

La reforma introducida por la ley 25087 ha legislado de manera independiente la prostitución de la corrupción, que antes se regulaban juntas.

Se reprime en este artículo a quien promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, es decir, a quien emplee el cuerpo de la víctima en relaciones sexuales lucrosas con terceras personas. Al igual que en el artículo 125, se niega validez jurídica al consentimiento de la víctima.

La referencia hecha en el párrafo 3º respecto de cualquiera que fuere la edad de la víctima constituye un agravante respecto de los párrafos 1º y 2º.

El concepto jurídico de prostitución apunta a la depravación del trato sexual en cuanto a los motivos, que no son el amor ni el interés por el sexo en sí mismo, sino la satisfacción de un lucro propio o ajeno (entrega sexual habitual por precio y con personas indeterminadas).

El menor puede ser de uno u otro sexo (aunque no se lo diga taxativamente) y puede ser de cualquier estado civil, consentidor o no. Es indiferente que sea inocente u honesto o que se halle inmerso en la prostitución y que realice coitos convencionales o actividad sexual desviada.

PROXENETISMO

Artículo 126 (ley 25087, art. 7)

Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la *prostitución de mayores* de dieciocho años mediante engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

El artículo 126 bis fue derogado por ley 20509.

Interpretación y comentarios

Este artículo incluye la tradicional figura del *proxeneta, lenón o alcahuete* que se beneficia de la prostitución participando en la propiedad o administración, el regenteo ostensible o encubierto de *un lenocinio* teniendo en consideración aquellos factores que anulan o vician el consentimiento, con la intención de proteger la autodeterminación de la víctima.

A diferencia del artículo anterior, incluye el ánimo de lucro y la satisfacción de deseos ajenos. Además la escala penal es única, sin que existan agravantes ya que se trata sólo de mayores de edad.

Recordemos que se entiende por "*prostitución*" la contraprestación lucrosa de carácter habitual de la actividad sexual.

El proxeneta entrega carnalmente a la prostituta para satisfacer el lucro propio o ajeno. Puede ser cualquier persona sin distinción de edad, sexo o estado civil, que al igual que en las dos figuras anteriores debe también, con su conducta, propender a la prostitución de la víctima, promoviéndola o facilitándola.

Actúa con *ánimo de lucro* el que, con el objeto de obtener por su intermediación un beneficio económico, promueve o facilita la prostitución de personas mayores de 18 años. También lo puede hacer para satisfacer deseos sexuales ajenos, es decir, para proporcionar un goce sexual a un tercero.

RUFIANISMO

Artículo 127 (ley 25087, art. 8)

Será reprimido con prisión de tres a seis años, el que *explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona*, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

Interpretación y comentarios

En nuevo artículo 127 pune un supuesto de *rufianismo* en el que el autor *explota económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona*, a diferencia de las fórmulas anteriores en la que la acción típica consistía en *hacerse mantener por una persona que ejerza la prostitución* explotando las ganancias provenientes de esa actividad.

La explotación del rufián o de la rufiana puede consistir en que el autor se apodere de parte o la totalidad de la ganancia (para su mantención) proveniente del ejercicio de la prostitución por parte de una persona o en el cobro de un porcentaje de los ingresos de ésta en dicho concepto, pero obviamente no debe consistir ni en la promoción ni la facilitación de la prostitución con fines de lucro que es patrimonio del proxeneta.

De manera tal que el proxeneta percibe una retribución por proporcionar clientes a la prostituta o prostituto, mientras que el rufián parasitariamente se queda con toda o parte de la ganancia obtenida por la prostituta a cambio de "protección" generalmente impuesta más que buscada.

La norma requiere que medie engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

El sujeto pasivo del ilícito puede ser persona de uno u otro sexo, mayor o menor de edad, pero *ya tiene que estar ejerciendo la prostitución previamente* a la actividad del sujeto activo en la comisión delictual.

TRATA DE PERSONAS

A. Artículo 127 bis (ley 25087, art. 16)

El que promoviere o facilitare *la entrada o salida del país de menores de dieciocho años* para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de *cuatro a diez años*.

La pena será *de seis a quince años* de reclusión o prisión cuando la víctima fuere *menor de trece años*.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de prisión o reclusión de *diez a quince años* cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de su educación o guarda.

B. Artículo 127 ter (ley 25087, art. 17)

El que promoviere o facilitare *la entrada o salida del país de una persona mayor de dieciocho años* para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años.

INTERPRETACIÓN Y COMENTARIOS

La *trata de personas* fue considerada un crimen o delito de carácter internacional y fue incorporada al derecho interno y a su jurisdicción represiva por la ley 21.338. Consiste en la provisión, al mercado de la prostitución, del elemento humano necesario para su ejercicio, lo que se logra procurando que éste entre o salga del país o ayudando para que ello suceda.

La ley 25087 reforma este artículo 127 bis legislando la trata de menores de dieciocho años reprimiendo a quien promoviere o facilitare la entrada y salida del país para que ejerzan la prostitución e incorpora, además, el artículo 127 ter. para el caso de los mayores de dieciocho años.

La conducta que se incrimina no es el comportamiento encaminado a promover o facilitar la prostitución de las personas, sino la provisión de ellas para el ejercicio de la prostitución. (mercado de la prostitución).

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, y el sujeto pasivo, persona de uno u otro sexo que ya esté prostituido o que vaya a prostituirse después de entrar o salir del país. Puede ser de cualquier estado civil.

La pena se eleva si la víctima del ilícito fuere menor de trece años o, cualquiera fuera la edad, cuando en la conducta comisiva mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuere ascendiente, cónyuge, hermano, tutor, o persona conviviente o encargado de la educación o guarda del menor.

Los desplazamientos dentro del país de personas, aunque se hagan con propósitos proxenetistas, no resultan encuadrables en este delito.

PORNOGRAFÍA

Artículo 128 (ley 25087, art. 9)

1. Será reprimido con prisión de *seis meses a cuatro años* el que *produjere o publicare imágenes pornográficas* en que se *exhibieran menores de dieciocho años*, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.

2. En la misma pena incurrirá el que *distribuyere imágenes pornográficas* cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la *exhibición de menores de dieciocho años de edad* al momento de la creación de la imagen.

3. Será reprimido con prisión de *un mes a tres años* quien *facilitare el acceso* a espectáculos pornográficos o *suministrare material* pornográfico a *menores de catorce años*.

Interpretación y comentarios

A la "pornografía" la doctrina jurídica la contempla como aquel estímulo de la libido que va más allá de la actitud o insinuación erótica. Pensamos que sexológicamente la pornografía tiene que ver con la manifestación explícita de la actividad sexual genital con fines lucrosos, aceptada o no por una cultura dada.

El *producir* equivale a elaborar o fabricar; *publicar* es poner lo producido al alcance de un número indeterminado de personas, para que puedan verlo o apreciarlo, en tanto que *distribuir* es transmitir y hacer llegar el producto a sus destinatarios, a sabiendas de su contenido. Por *organizar* espectáculos se entiende el preparar y presentar en vivo funciones teatrales u otros sitios en los que se reúnen personas para presenciarlos en forma directa.

Los elementos delictivos del ilícito reprimido es este artículo consiste en la participación de la actividad pornográfica de menores de dieciocho años.

En el *párrafo 1º* se habla de producir o publicar imágenes pornográficas de menores de dieciocho años, así como la organización de espectáculos en vivo con la participación de dichos menores en escenas pornográficas.

En el *párrafo 2º* se pune la distribución de imágenes pornográficas en la que intervengan menores de dieciocho años a la producción de las mismas.

En el *párrafo 3º* se pune la facilitación al acceso a la pornografía de menores de catorce años (sujeto pasivo calificado).

La redacción de este artículo reformado *no abarca* la actividad pornográfica que fuere desarrollada o que afectare a personas mayores de la edad citada.

Es un delito de peligro. No exige que los menores de dieciocho años utilizados por el autor para la elaboración de las imágenes o para la realización de espectáculos por él organizados hayan sufrido un efectivo daño en su desarrollo psicosexual.

En el caso del *párrafo 3º*, las acciones típicas son la de facilitar el acceso a espectáculos pornográficos y la de suministrar material de igual tenor a menores de catorce años. *Facilitar* es permitir la entrada por precio o gratuitamente, mientras que *suministrar* es entregar ese material para que el menor lo lleve consigo o lo pone a su alcance para su observación o examen sin retirarlo del local donde el mismo se encuentre.

La interpretación respecto de cuándo el material producido, publicado o exhibido resulte pornográfico queda a criterio del magistrado interviniente.

EXHIBICIONES OBSCENAS

Artículo 129 (ley 25087, art. 10)

1. Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que *ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas* expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

2. Si los afectados fueran menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratase de un menor de trece años.

Interpretación y comentarios

El bien jurídico protegido en el *párrafo 1º* no es el pudor público, entendido como sentimiento medio de decencia sexual, sino el derecho individual del sujeto adulto a no ser confrontado involuntariamente con la pornografía o con el acto sexual de otros. Como consecuencia de la reforma, la publicidad dejó de ser un elemento esencial del delito.

En el *párrafo 2º* se agrava el ilícito en razón de la edad del afectado o espectador involuntario de las exhibiciones obscenas, pero si se tratare de un menor de trece años la calificante se configura con independencia de la voluntad o no de la observación de la exhibición.

Según la doctrina, el acto obsceno es aquel que ultraja el pudor público en una sociedad determinada cuando es realizado en un lugar que pueda ser observado por terceros en forma involuntaria, pues puede molestar, perturbar o excitar torpemente la sexualidad del observador. El pudor es un sentimiento individual que repercute en la sociedad como patrimonio de toda ella.

RAPTO

Artículo 130 (ley 25087, art. 11)

1. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.
2. La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años con su consentimiento.
3. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

Interpretación y comentarios

En el *1er párrafo* se pune el *rapto propio o simple* con la intención de menoscabar su integridad sexual.

Según la doctrina "*sustraer*" es separar a la víctima del lugar donde se encuentra mientras que "*retener*" consiste en impedir que la víctima se aparte del lugar donde se encuentra. Por lo tanto este delito admite pluralidad de conductas consumativas.

El sujeto pasivo puede ser tanto un varón como una mujer quien sufre una acción, con motivación sexual, ejecutada sin su consentimiento, es decir, a través del empleo de la fuerza, la intimidación o el fraude. Este puede ser agravado (*párrafo 3º*) si el sujeto pasivo es menor de trece años.

En el *párrafo 2º* se tipifica el *rapto impropio* (con consentimiento del sujeto pasivo), delito que se lleva a cabo con un menor de dieciséis años sin que medie fuerza intimidación ni fraude.

En el *párrafo 3º* se tipifica el *rapto de menor de 13 años*, equivalente al segundo párrafo del derogado art. 131 (rapto con menor impúber) en el que no tiene importancia el consentimiento o no de la víctima. Requiere que el rapto sea cometido también por los medios consumativos del rapto propio (mediando fuerza, intimidación o fraude)

Se eliminó el supuesto de que la mujer sustraída o retenida fuera casada, pues tendía a proteger los intereses del esposo y no de la víctima.

El artículo 131 fue derogado por la ley 25087 en su artículo 12.

Ejercicio de la acción penal

Cuando la ley de fondo establece el carácter oficioso, dependiente de instancia privada y de ejercicio (e interés) privado, refiere al derecho-deber que tiene el estado en forma exclusiva y excluyente para perseguir y reprimir los delitos.

En los delitos sexuales, el ejercicio de la acción penal, entendida como potestad represiva del Estado, es *dependiente de instancia privada*, pero en un modo más condicionado a la voluntad de la víctima, aún cuando sea menor.

Conforme al inciso 1º del artículo 72 del CP, son acciones dependientes de instancia privada aquellos que nacen de los delitos sexuales. En estos casos, sólo se procede a formar causa por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Este derecho es *intransferible*, ya que sólo puede ejercerlo la persona ofendida por el delito si es capaz, o con asesoramiento o representación si es incapaz.

En cambio, si la víctima es un menor pueden denunciar: a) su representante legal, padre, madre, tutor, curador, guardador legal, etc., b) cualquier persona, si el delito fuere cometido por su ascendiente, tutor o guardador o si el menor carece de ellos (acción oficiosa por mandato de la ley); y c) por el menor si cuenta con el asesoramiento o la representación de una entidad protectora de víctimas oficial o privada pero sin fines de lucro.

En la redacción actual de la ley penal no quedan dudas al respecto si se interpreta sistemáticamente el art. 72, con el art. 132 que regula hasta la extinción de la acción penal en el caso de avenimiento.

Artículo 132 (ley 25087, art. 15)

En los delitos previstos en los artículos 119, párrafos 1º, 2º, 3º, 120, párrafo 1º, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro, de protección o ayuda a las víctimas.

Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un *avenimiento* con el imputado. El tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima.

En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quater del CP.

INTERPRETACIÓN Y COMENTARIOS

La ley 25087 derogó la excusa absolutoria de responsabilidad prevista en el anterior artículo 132 que abarcaba al autor que contrajera matrimonio con la víctima, prestando ella su consentimiento.

El Tribunal podrá aceptar excepcionalmente la propuesta de la víctima mayor de 16 años que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad el avenimiento con el agresor (comprobada la relación afectiva preexistente) y la pena quedará extinguida.

En los casos de este artículo no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo se procederá de oficio cuando el delito fuera cometido contra un menor, que no tenga padres, tutor o guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Cuando existieren *intereses gravemente contrapuestos* entre alguno de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

AGRAVANTES GENÉRICAS

Artículo 133 (ley 25087, art. 13)

Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera otra persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán reprimidos con la pena de los autores.

REFLEXIONES SOXOLÓGICAS Y MÉDICO - LEGALES

Acerca de algunos aspectos criminológicos

No siempre se conoce o se tiene en cuenta que los *victimarios* son sujetos que sienten atracción hacia este tipo de conductas por el placer que deriva de ellas. En la mayoría de los casos no perciben otro medio posible para obtener placer. Se detecta en ellos un insuficiente control de sus impulsos, pero en la inmensa mayoría de los casos no son

inimputables, sino de represión disminuida ante el impulso sexual. Aunque parezca simplista, actúan de ese modo por les gusta, les hace sentir bien. Es un mito buscar tortuosas explicaciones para la conducta de un abusador. Esa tortuosidad está más en la mente del que lo juzga o analiza que del abusador.

En cuanto a la *víctima* se debe tener presente (no para exculpar al victimario) las características de su comportamiento sobre todo en lo que hace a la facilitación de la agresión.

Así en nuestras observaciones vemos víctimas:

- a) *inocentes* (desprevenidas que no esperan el ataque), 51%;
- b) *propiciatorias* (se encuentran en situación de riesgo), 25%;
- c) *imprudente* (actúa en forma desarreglada frente a determinadas circunstancias) 15%;
- d) *simuladora* (inventa o falsea un ataque) 5%;
- e) *provocadora* (actitud desafiante frente a la posibilidad de un ataque sexual), 4%.

En la actualidad se habla de los momentos de "impacto" que se plantean ante una agresión sexual:

1) *Al momento del hecho*: la víctima suele reaccionar con miedo (36%), con resignación (35%), con ira (15%), con repulsión (13%), con aceptación de que hubo consentimiento previo (11%)

2) *Al momento del conocimiento del hecho por parte de la familia o sus afectos*: el grupo reacciona: a) comprendiendo y amparando, b) agrediendo, reprochando y/o culpando, c) reprobando su conducta anterior.

3) *Al momento de la denuncia penal*: suele ser sometida a insalubres interrogatorios que le reavivan recuerdos traumáticos.

4) *Al momento del examen pericial*: suele ser sometida a exámenes e interrogatorios altamente revictimizantes.

De acuerdo a la personalidad de la víctima el psicotrauma consecutivo podrá tener mayor o menor repercusión, por lo que difícilmente una víctima supere sin secuelas emocionales la agresión sexual.

Las etapas más comunes que se observan son:

1) *Etapas de negación*: es el período inmediato posterior al hecho en que aparece la confusión, la desorientación, el shock emocional, la incredulidad, la vergüenza, etc.

2) *Etapas de invasión*: caracterizada por sentimientos intensos que abruman al sujeto frente a la toma de conciencia de la realidad que vivió, en las que surge una gran tensión psíquica : miedo, ira, impotencia, culpa, depresión, pérdida de la autoestima, etc.

3) *Etapas de resolución*: caracterizada por el intento de reparación y salida a la situación vivida, con búsqueda de ayuda, expresión de su problema, y superación del psicotrauma emocional, dependiendo todo ello de su personalidad de base, la contención familiar y social, el apoyo psicológico y el resarcimiento jurídico.

De manera tal que la compleja problemática que plantean los delitos sexuales exige una adecuada capacitación en el operador jurídico. Esto se logra con una visión interdisciplinaria e interinstitucional insoslayable en los tiempos que corren.

Acerca del encuadre jurídico del delito de abuso sexual

Con el Dr. Lorenzo García Samartino oportunamente hemos investigado el encuadre jurídico de los anteriormente llamados "delitos contra la honestidad" y realizado algunas reflexiones médico-legales con referencias a las controversias entre dos de sus figuras: la violación y el abuso deshonesto desde el punto de vista médico.

Hoy, con el cambio de encuadre de los mismos a propósito de la nueva legislación al respecto, seguimos pensando que siguen existiendo puntos oscuros para su delimitación sexológico-forense y que la diferencia entre el abuso deshonesto (ahora abuso sexual agravado por sometimiento) y la violación (ahora abuso sexual con acceso carnal) sigue siendo difuso y a merced de la interpretación particular de cada magistrado.

Conjuntamente con los Dres. Víctor Poggi y L. García Samartino hemos realizado algunas reflexiones médico-legales a propósito de la nueva figura del abuso sexual que sintetizaremos:

a) El término "acceso" connota la idea de *penetrar con un objeto*, a través de un *orificio* que lo admita, en un *cuerpo carnosos viviente*. Es necesario, por lo tanto, que *supere* la superficie corporal. Este concepto es independiente del consentimiento libre del ser penetrado. A esta acción violenta, a los fines prácticos, se llama *violación*. El "acceso carnal" si bien por tradición jurídica se lo asocia a penetración peneana, la reforma omitió aclararlo, por lo que continúa siendo un vago concepto que sigue prestándose a confusión con otras partes "carnosos" del cuerpo, como los dedos o la lengua que tienen capacidad penetrativa.

b) La actividad sexual no consentida que supera la superficie corporal, esto es, la penetración en un orificio, desde un punto de vista psicosexual, configura un acto de violación ya que invade el esquema corporal de la víctima más allá de los límites de su superficie. Desde la óptica psicosexual en su análisis se distingue: el *objeto penetrador* (portado por el sujeto activo) y el *orificio penetrado* (que pertenece al sujeto pasivo).

El *objeto penetrador*, puede ser *carnal*: pene en erección (falo), dedos, mano, lengua, pie; o *no carnal*: olisbos, objetos inanimados simil falo, etc.

El *orificio penetrado* se puede distinguir en natural y artificial. El orificio *natural*, puede ser *apto*, vagina, recto, boca; o, *no apto*, fosas nasales, pabellón auricular. El orificio *artificial*, puede ser el producto de una intervención quirúrgica, por ejemplo, un ano 'contra natura', consecuencia de una colostomía.

Como se expresó más arriba, tradicionalmente se considera que el acceso carnal sólo puede llevarse a cabo con el pene; por lo tanto, sólo el varón puede ser *sujeto activo*, con lo cual aparecen graves controversias interpretativas sobre la posible "violación inversa" que se esboza en la reforma

c) También se sostiene que el pene debe penetrar en un orificio natural, entendiéndose por tal la vagina de la mujer, del que resulta el llamado coito; y, el recto, tanto de la mujer como del varón, que se denomina cópula.

Como derivación de ese enfoque, sigue la controversia si la boca es un orificio "natural". Por lo tanto, toda actividad relacionada con el sexo oral como la felacio, y el irrumatio, realizada sin consentimiento válido, se discute si en la reforma se la considera un sometimiento sexual gravemente ultrajante o violación.

d) El encuadre jurídico señalado, a pesar de la reforma, no se ha desprendido de ser un mero enfoque biológico de la sexología, y una concepción "machista" del hombre, ya que no tiene en cuenta el aspecto psicológico del deseo libidinal o erótico del actor, que es el motivo placentero personal que explica el comportamiento sexual de este tipo de delincuentes.

La tradición cultural de la que se nutre la jurisprudencia hizo hincapié en la *finalidad reproductora* del sexo; pero perdió de vista el *placer* que genera la sexualidad. Y es precisamente el placer lo que persigue el sujeto activo, independientemente del medio que usa para obtenerlo. El sujeto pasivo es degradado al papel de "*muñeco animado*", objeto sexual buscado por el agresor sexual para alcanzar su descarga orgásmica.

e) La actividad sexual violenta con *otros objetos*, ya sea *carnales*, como los dedos, o *no carnales* como los olisbos, son ineficaces para generar la reproducción, por lo que no se los consideraron aptos para el acceso carnal, de manera tal que su utilización no presupone, para un gran número de autores, el delito de violación.

f) La sexología tiene en cuenta no solo el *aspecto biológico* de la función reproductora, y por lo tanto los órganos sexuales secundarios, sino también el *aspecto psicológico*, que se trasunta en la capacidad de la persona para obtener placer erótico a través de cualquier actividad corporal, con significado sexual, independientemente de las pautas normativas.

De manera que, así enfocado, el móvil psicológico precede a la acción dando origen a la intención del sujeto activo, lo que denota el delito. En nuestra experiencia forense no se ha observado ningún caso de violación cuya motivación haya sido fecundar a la víctima.

En resumen, el móvil común de un agresor sexual, que lo lleva al acceso carnal violento, es *obtener placer*, hasta el orgasmo. El medio que utiliza, pene, dedos u objetos, para poseer, degradar, someter, vejar, o agredir sádicamente a su víctima, tiene significado para él, independientemente del criterio que le adjudique la mayoría.

Distinguir entre el pene y otros medios, o seleccionar arbitrariamente la vía de acceso, es idealizar el delito de violación, sin tener en cuenta la realidad que lo caracteriza, esto es, usar el cuerpo de una persona, sin su consentimiento, para obtener placer sexual, independientemente del medio utilizado para alcanzarlo.

h) Si se analiza la situación del *sujeto pasivo* de una agresión sexual con penetración corporal, se observa que la concepción jurídica argentina en general, sólo tuvo en cuenta el acceso carnal a través del orificio vaginal o anal.

Detrás de este enfoque, puede encontrarse una idea de posesión, sometimiento, poder, fuerza, sojuzgamiento u otro similar, que se ejerce sobre la víctima. Quizá, pesa la opinión que aquel que penetra, triunfa, gana, domina, degrada, o algo por el estilo y que, una vez "tomada" la zona perineal, paso previo a la vagina o al recto, la víctima se encuentra indefensa, a merced del *poder de decisión* del agresor.

i) Si el tema se analiza desde un enfoque médico sexológico, el mismo hecho puede ser valorado con un criterio diferente. Desde un punto de vista común, se denomina 'orificio natural' a la *vagina*, por ser apto para la reproducción, y orificio 'contra natura' al *recto*. Estos orificios son los que se tienen en cuenta al calificar el delito de violación, es decir, se ponen de relieve y se jerarquizan los que se encuentran en la *zona perineal*: vagina y recto de la mujer y por analogía, la región anal del varón.

El varón accedido violentamente por vía anal 'degradado' a desempeñar un papel pasivo femenino de sumisión, es despectivamente desvalorizado por la 'ley machista'.

La *boca*, si se sigue el mismo criterio, también es un 'orificio contra natura', pero, en general, el acceso del pene en ella contra la voluntad no se consideró violación porque para acceder se requeriría una cierta participación necesaria de la víctima y porque se relativiza su papel dentro del concierto erótico 'natural'.

Al estudiar la boca con ese fin, y compararla con los otros dos orificios mencionados, los juristas, en general, señalan algunas diferencias anátomo-funcionales. Se cita, por ejemplo, las características de su mucosa, sus músculos, la ausencia de "glándulas erógenas" o las posibilidades de movilidad voluntaria que ofrece, para sustentar el criterio por el cual se la considera idónea como medio, para cometer abuso sexual gravemente ultrajante pero no violación.

Los sexólogos en cambio, consideran que todos los orificios con que nace el hombre, son 'orificios naturales'. Algunos, como la vagina, son aptos y específicos para el erotismo y la reproducción. Otros, como el recto y la boca, lo son sólo para el erotismo. Los hay, que podrían ser aptos para el erotismo, pero ineficaces para la penetración, al menos en condiciones habituales, como las fosas nasales y el pabellón auricular.

Desde el punto de vista de dicha ciencia, se aceptan sólo como orificios 'contra natura' o *artificiales*, aquellos que son consecuencia de una intervención quirúrgica, como la citada anteriormente. Éstos, no poseen receptores erógenos y sólo pueden ser elegidos eróticamente por sujetos activos con *personalidades parafillicas*, extravagantes y excepcionales

j) Así planteado surge, como es obvio, que no se puede comparar la situación del sujeto que accede, con la del accedido.

El *primero*, siempre satisface su *placer sexual* de la manera más idónea para su fin. Las alternativas, ya sea el orificio que elige para acceder, o el medio que utiliza para hacerlo, depende de sus fantasías eróticas, que preceden o acompañan al acto violento.

Para el *segundo*, la situación no puede igualarse. Si hubiese consentido, cualquier vía de acceso le puede provocar placer, porque éste depende, en gran medida, de la fantasía erótica. Pero, al ser accedido *sin su consentimiento*, cada orificio adquiere un significado distinto.

El *recto* tiene como función última la eliminación de las heces. Para penetrar en él se requiere tiempo y una cierta relajación del esfínter anal. Si el acceso se hace en forma violenta, es posible que se desgarré, en mayor o menor grado, el esfínter o la mucosa rectal. En la mayoría de los casos, por la posición caudal y dorsal que ocupa el ano en el eje del cuerpo, la víctima 'da la espalda al usuario violador' y, de alguna forma, el hecho ocurre 'lejos de su conciencia'.

La *boca*, en cambio, está preparada para ingerir, incorporar, gustar e incluso absorber sustancias. Está cerca de los ojos y respecto a la nariz, no sólo lo está, sino que se relaciona con ella a través de las coanas. De hecho, el olfato se potencia con el gusto y hay sabores y olores que hacen cerrar los ojos tanto por placer como por desagrado. Se puede decir que la boca está 'muy cerca de la conciencia'. El que la usa para acceder se pone a la vista de la víctima, como ocurre en el felatio, o el irrumatio

En la boca se localizan los receptores de los cuatro sabores del gusto. Por su conexión con la nariz, los humores estimulan el olfato. Y, a través de la trompa de Eustaquio, se asocia al oído medio y, por ende, a la audición.

El número de terminaciones nerviosas le confiere a los labios una enorme sensibilidad, que da origen a una fina capacidad para discriminar sensaciones. A ello, hay que sumarle la sensibilidad propia de la lengua, de la mucosa oral y de los músculos que forman la cavidad bucal.

En el *sexo oral* no consentido, la víctima se ve obligada a sentir los olores y el gusto del agresor, y si quiere buscar ayuda con los ojos, no puede evitar ver al violador. Por lo tanto, desde el enfoque sexológico, este acto violento suma, a la degradación propia de una violación, una especial repercusión psicológica que la víctima no olvida.

Los que sustentan el criterio jurídico mencionado, utilizan ciertas características del orificio bucal para clasificarla como orificio 'no natural'. Se afirma que, por su capacidad de adaptación, puede prestarse para 'colaborar' con la forma anatómica del objeto que la penetra; y, además, por la presencia de los dientes, se puede utilizar como arma defensiva. A partir de esto se concluye que la boca solo sería pasible de uso con fines sexuales, si mediara la voluntad del sujeto pasivo.

Si bien el supuesto es posible, no por ello es necesariamente probable. En teoría, se puede evitar cualquier forma de violación si la víctima está dispuesta a inmolarse. Pero, para muchas personas, la intimidación, la amenaza o la violencia, pueden *quebrar* psíquica y espiritualmente al agredido, al punto de convertirlo en un juguete en las manos del agresor.

La resistencia heroica, en caso de darse, pone en evidencia que la esencia de la violación consiste en un ataque a la voluntad, porque es lo primero que intenta someter, explícita o implícitamente, el que tiene ese fin. Porque la víctima, que podría llegar a morir por evitarlo, no condicionaría la toma de una determinación de tal magnitud según el orificio por el cual pueda ser violada.

Así como se ha querido diferenciar cada uno de los orificios nombrados, con distintos significados, en el caso de un acceso carnal violento, se puede señalar lo que tienen en común. Desde el punto de vista del placer erótico, comparten algunas características, si bien con distinto grado de desarrollo. Tienen receptores mucosos sensibles, aptos para despertar el placer sexual; tienen músculos estriados voluntarios, es decir, que pueden "*prestar colaboración*" para adaptarse al objeto que lo accede.

Así se puede tomar por ejemplo la vagina. Si está cerrada y seca, la penetración violenta no consentida puede provocar, por resistencia de la víctima y falta de lubricación, algún tipo de lesión.

Si se considera la vía rectal, la resistencia a la penetración es posible con el cierre del esfínter anal. Pero, en ambos casos, una vez que el acceso se produce, el sujeto pasivo puede "*colaborar o no*", contrayendo el músculo pubococcígeo. Tal es el grado de posibilidades que da esa región, que hay mujeres orientales, dedicadas a espectáculos pornográficos o que ejercen la prostitución, que colocan un cigarrillo en la vagina y simulan fumarlo. Para ello, contraen los músculos voluntarios de la región, y ejercen un juego de presiones sobre la vagina, dilatándola u oprimiéndola de forma tal que, moviéndose como un fuelle, "aspira" o "suelta" el humo, imitando la cavidad bucal, pero no la de un esfínter como el rectal ya que si ello fuera así la mujer podría controlar la menstruación.

k) De manera tal que desde el punto de vista sexológico, no se observan diferencias jerárquicas anatómo-funcionales entre los distintos orificios naturales del cuerpo, aptos para la penetración de objetos con finalidad erótica. Para el victimario los objetos utilizados para penetrar responden a sus expectativas eróticas particularizadas, por lo tanto, tampoco debería hacerse diferencias sustanciales para delimitar si existió o no violación cuando existió penetración violenta.

Pero la confusión médico-legal aparece cuando la interpretación del juzgador utiliza la figura 2º del art. 119 y sostiene doctrinariamente el concepto de sometimiento sexual gravemente ultrajante para tipificar la actividad penetrativa violenta que realiza el victimario sin la intervención peneana.

Como se observa, el legislador no ha delimitado claramente la distinción entre las figuras 2º y 3º de los delitos de abuso sexual de la nueva ley 25087, hecho que seguirá trayendo grandes controversias según cuál sea la interpretación de cada juzgador.

Bibliografía

- 1.- Abraham, S y Passini, W. *Introducción a la Sexología Médica*. Ed. Grijalbo, Barcelona 1980.
- 2.- Achával, A. *Delito de Violación*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
- 3.- Achával, A. *Manual de Medicina Legal*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- 4.- Álvarez Gayou, J. L. *Sexología Integral*. Manual Moderno, Mexico, 1986.
- 5.- Alzate, H. *Sexualidad Humana*. Ed. Temis, Bogotá ,Colombia, 1988.
- 6.- A.P.A. *DSM IV. Breviario Criterios diagnósticos*. Masson, Buenos Aires, 1995.
- 7.- Ausubel, J. y Pressey, L. *Familia y sexualidad*. Ed. Paidós, Buenos Aires, 1965.
- 8.- Gilbert Calabuig, J. A. *Medicina Legal y Toxicología*. Ed. Mason, Madrid, 1998, 5ta Edición.
- 9.- Delgado Bueno, S. *Psiquiatría Legal y Forense*. Ed. Colex, España,1995.
- 10.- Edwards C E *Delitos contra la Integridad sexual* Ed. Depalma Bs. As. 1999.
- 11.- Eysenck, H. *Sexo y personalidad* . Ed Cátedra, Barcelona, 1982.
- 12.- Freedman, A. M.; Kaplan, H. y Sadock, B J. *Tratado de Psiquiatría* .Ed. Salvat, Barcelona, 1982.
- 13.- Flores-Colombino, A. *Cuadernos de Sexología*. Ed. Punto Laser, Montevideo, 1988.
- 14.- Fontán Balestra, C. *Delitos sexuales* . Ed. Arayú, Buenos Aires, 1953.
- 15.- Garona, J. *Violación, estupro y abuso deshonesto*. Ed. Lerner, Buenos Aires, 1971.
- 16.- Gavier, E. A. *Delitos contra la integridad Sexual*. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba Argentina, 1999.
- 17.- Giese, H. y Gebattel, J. *Psicopatología de la Sexualidad*. Ed. Morata, Madrid, 1968.
- 18.- Gusmao, Crysolito de, *Delitos sexuales*. Ed. Bibliografía, Buenos Aires, 1958.
- 19.- Karpmann, B. *El crimen sexual, sus motivaciones*. Ed. Hormé, Buenos Aires ,1972.
- 20.- Karpmann, B. *El delito y los delincuentes sexuales*. Ed. Hormé, Buenos Aires, 1972.
- 21.- Katchadourian, H. *La Sexualidad humana*. FCE, Barcelona, 1982.
- 22.- Kvitko, L. A. *La violación*. Ed. Trillas, México, 1988.
- 23.- López Ibor, J.J. *El Libro de la Vida Sexual*. Ed. Danae, Madrid, 1970.
- 24.- Mc Cord, L. *El Psicópata*. Ed. Hormé. Buenos Aires ,1967.
- 25.- Masters, W. y Johnson, V. *El vínculo del placer*. Ed. Grijalbo, Buenos Aires, 1977.

- 26.- Money, J. y Ehrardt, H. *Desarrollo de la Sexualidad Humana*. Ed. Morata, Madrid, 1986.
- 27.- Mc Cary, J. *Sexualidad Humana*. Ed. Manual Moderno Mexico 1978
- 28.- Moras Mom, J. *Los delitos de violación y corrupción*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971.
- 29.- O.M.S. *CIE 10. Trastornos mentales y del comportamiento*. Meditor, Madrid, 1992.
- 30.- Osorio y Florit. *Código Penal de la República Argentina*. Ed Universidad Bs. As. 1999.
- 31.- Parma C. *Delitos contra la Integridad sexual*. Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza 1999.
- 32.- Pandolfi O. A. *Delitos contra la integridad sexual* Ediciones La Rocca Bs As 1999.
- 33.- Pellegrini, R. *Sexología*. Ed. Morata, España, 1966.
- 34.- Reinaldi V. F. Los delitos sexuales en el CPA Ley 25087. Marcos Lerner Editora Córdoba 1999.
- 35.- Romi, J. C. *Delimitación Conceptual de las Perturbaciones Sexuales*. Tesis de Doctorado. Facultad de Medicina, UBA, Buenos Aires, 1980.
- 36.- Romi, J. C. *Las Perturbaciones Sexuales: Reflexiones sobre su delimitación conceptual*. Rev. Neuropsiquiatría y Salud Mental, 13.(3): 61-64, 1982.
- 37.- Romi, J. C. *Curva de Autoevaluación Sexológica. Su aplicación en Sexología Forense*. Rev. Alcmeón 2 (2):241-266,1992.
- 38.- Romi, J. C. *Las Parafilias. Su delimitación conceptual*. Rev. Argentina de Psiquiatría Forense Sexología y Praxis, 1(1): 45-49, 1994.
- 39.- Romi, J. C. *Reflexiones sobre la conducta sexual delictiva*. Rev. Argentina de Psiquiatría Forense Sexología y Praxis. 2 (2): 117-130,1995.
- 40.- Romi, J. C. y Bruno, A. *Importancia de la semiología delictiva en la peritación psiquiátrico-forense penal*. Rev. Argentina de Psiquiatría Forense, Sexología y Praxis,2(2): 82-91,1995.
- 41.- Romi, J. C. *El agresor sexual y el Código Penal Argentino*. La Prensa Médica Argentina. 83(4):304-313,1995.
- 42.- Romi, J. C. *Las parafilias: Importancia médico legal*. Rev. de Psiquiatría Forense Sexología y Praxis,3(1):96-111,1997.
- 43.- Romi, J. C. *Sexología médico-legal*. En Segú, H. y col. "Conductas sexuales inadecuadas", pág. 253-282, Ed. Lunen-Humanitas, Buenos Aires,1996.
- 44.- Romi, J. C. y García Samartino, L. *Reflexiones médico-legales acerca del encuadre jurídico de la violación vs. el abuso deshonesto*. Rev Medicina Forense (en prensa).
- 45.- Romi, J C. Poggi ,V L, García Samartino, L. *El abuso sexual. Nueva Figura del Código Penal. Reflexiones médico sexológicas acerca de su encuadre jurídico* (en prensa)
- 46.- Segú, H. *Sexología Básica*. Ed. Planeta, Buenos Aires, 1992.
- 47.- Segú, H. y colab. *Conductas sexuales inadecuadas*. Ed. Lunen Humanitas, Buenos Aires,1996.
- 48.- Sirlin, L. *Diccionario sexológico*. Ed. Caymi, Buenos Aires,1973.
- 49.- Soler, S. *Derecho penal Argentino*. Tea, Buenos Aires, 1963.

- 50.- Tieghi, O. *Delitos Sexuales*. Ed. El Abaco, Buenos Aires, 1983.
- 51.- Villalba, J. L. *Delitos contra la integridad sexual* .Abeledo Perrot. Bs. As. 1999.
- 52.- Von Krafft-Ebing, R. *Las psicopatías sexuales*. Ed. Sagitario, Buenos Aires, 1970.
- 53.- Zaffaroni, E. *Manual de Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, 1991.
- 54.- Zwang, G. *Manual de Sexología*. Ed. Toray, Buenos Aires, 1980.

1 Profesor de Psiquiatría de la Cátedra del Hospital Asociado José T. Borda, Facultad de Medicina, UBA. Fundador y Presidente honorario de la Asociación Argentina de Sexología. Médico Forense de la Justicia Nacional.