

Semblanza dogmático-jurídica de los abusos sexuales en el derecho argentino*

Por Gustavo A. Arocena

1. Introducción

La actual regulación de los delitos sexuales contenida en el Código Penal de la Nación Argentina fue introducida por la ley 25.087, que sustituyó las disposiciones que traía el Código de 1921 acerca de esta materia.

Estas infracciones se encuentran previstas en el Título 3, del Libro Segundo, del digesto mencionado.

Por evidentes defectos técnicos de la citada ley, dicho título del Código ha quedado compuesto de cuatro capítulos que carecen de rúbrica y comienzan a partir del “Capítulo 2”. En primer lugar, el legislador de la ley 25.087 derogó las denominaciones de los Caps. 2 a 5 de este título, sin sustituirlas por otras, con lo cual dio nacimiento a los cuatro únicos apartados del Código Penal privados de epígrafe. En segundo término, el encargado de crear las leyes omitió reorganizar estos capítulos, adelantando sus respectivas numeraciones, de modo tal de dotar de contenido el Cap. 1, que había sido derogado –con su pertinente rótulo (“Adulterio”) y la norma que lo integraba (art. 118)– por la ley 24.453. La falta de prolijidad del legislador se proyectó, incluso, sobre las propias prescripciones del Código de 1921 que él mismo derogó, pues dejó sin efecto los arts. 121 a 123 y 131, pero no volvió a numerar las reglas subsistentes, dejando a aquéllos vacíos de materia.

En el Cap. 2, se localizan las figuras de *abuso sexual*, tanto en sus formas básicas (art. 119, párr. 1º, Cód. Penal) y agravadas (art. 119, párr. 2º a 5º), como en su modalidad de aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (art. 120).

Sobre estas incriminaciones versará el presente texto. Déjesenos dejar anotado, para la completa presentación del aludido Título 3, que la *promoción y la facilitación de la corrupción o la prostitución* (arts. 125, 125 bis y 126, Cód. Penal) y *otros delitos conexos*, como la rufianería (art. 127), la pornografía infantil (art. 128, párr. 1º y 2º), la facilitación del acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material pornográfico a menores de catorce años (art. 128, párr. 3º), y las exhibiciones obscenas (art. 129), son agrupadas en el Cap. 3.

El Cap. 4 alberga diversas hipótesis de *sustracción o retención de una persona, con la intención de menoscabar su integridad sexual* (art. 130).

Por último, el Cap. 5 contiene las *disposiciones comunes* a los capítulos anteriores. En ellas se prevé el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas, a efectos de instar el ejercicio de la acción penal pública que nace de algunos de los delitos tipificados en este Título 3 (art. 132, primera disposición). También el avenimiento de la víctima

* Extraído del artículo publicado en la revista electrónica “Derecho Penal”, Université de Fribourg (www.unifr.ch/ddp1/derechopenal). [Bibliografía recomendada.](#)

mayor de dieciséis años con el imputado, como una forma de extinción de la acción penal (art. 132, segunda, tercera y cuarta disposición). Además, estas prescripciones generales consagran una regla especial de agravamiento de la pena para la complicidad secundaria (art. 133).

2. Bien jurídico protegido

La caracterización del bien jurídico protegido es un importante instrumento de la interpretación teleológica de los tipos penales¹, como así también un concepto de contenido liberal y limitador de la punibilidad.

Es por eso que habremos de iniciar el estudio de los delitos sexuales con la determinación de lo que es materia de protección en el Título 3 del Libro Segundo del Cód. Penal.

El interés jurídicamente tutelado en este lugar de la ley penal sustantiva es la *integridad sexual*.

Puesto que, en el lenguaje natural, la voz “integridad” se emplea para designar la cualidad de íntegro, es decir, el carácter de aquello a lo que no falta ninguna de sus partes, puede afirmarse que estos delitos atacan la *incolumidad sexual* de las personas.

Sin perjuicio de ello, el análisis exhaustivo de las distintas figuras delictivas comprendidas en este apartado del Código permite apreciar que el bien jurídico amparado aquí muestra dos aspectos diferentes. En relación con las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, la integridad sexual aparece como el derecho a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad (*libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual*). En cambio, con respecto a quienes –por ser menores de ciertas edades o incapaces– no pueden manifestar válidamente su consentimiento, dicha noción se corresponde con el derecho a un desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas (*intangibilidad o indemnidad sexual*).

Es que, si bien la mayoría de los abusos sexuales del art. 119 del Cód. Penal, la prostitución de mayores de dieciocho años de edad (art. 126), la rufianería (art. 127), las exhibiciones obscenas del art. 129, párr. 1° y 2° –primera hipótesis–, del Cód. Penal y la sustracción o retención de mayores de dieciséis años con fines sexuales (art. 130, párr. 1°), son delitos que lesionan la libertad de determinación del ser humano en materia sexual, no hay posibilidad de hacer referencia a ataques a la libertad sexual cuando –como sucede en otros delitos del título– el ilícito recae sobre

¹ En relación con este tema, se asevera que “la función *teleológica-sistemática* que se asigna al concepto de bien jurídico (en rigor, una entre varias de sus funciones) ...permite, al intérprete, mantener en sus debidos límites la materia de prohibición” (Cesano, José D., *Contribución para la determinación del bien jurídico protegido por las disposiciones penales de la ley 24.051*, “Ley, Razón y Justicia”, Neuquén, año 1, n° 1, ene.-jul., 1999, Córdoba, Alveroni, 1999, p. 215). Es que, al fin y al cabo, la consecuencia más importante del criterio interpretativo del bien jurídico es que “una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal será atípica, a pesar de ello, si no lesiona el bien jurídico protegido por la ley” (Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 87 y 88).

ciertos menores o incapaces que se caracterizan, justamente, por carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual².

En efecto, el sujeto pasivo del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (art. 120); la corrupción de menores de dieciocho años de edad (art. 125); la prostitución de tales menores (art. 125 bis); las distintas modalidades de pornografía infantil (art. 128, párr. 1° y 2°); la facilitación del acceso a espectáculos pornográficos o suministro de material pornográfico a menores de catorce años (art. 128, párr. 3°); las exhibiciones obscenas del art. 129, párr. 2° *in fine* del Cód. Penal; y la sustracción o retención con fines de sexuales de menores de dieciséis o de trece (art. 130, párr. 2° y 3°), es una persona que –por no haber alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual– carece de capacidad para elaborar su propio plan de vida sexual y, en razón de ello, no pueden prestar su válido consentimiento en esta materia.

En igual sentido, Donna ha señalado: “A nuestro criterio, el bien jurídico ‘integridad sexual’ no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de dieciocho años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad de consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer”³.

3. Abusos sexuales

Se ha visto ya que el Cap. 2 del Título 3 (Libro Segundo, Cód. Penal) aglutina las distintas figuras penales de *abuso sexual*. En torno a este concepto la ley construye las descripciones de los principales actos que atentan contra la libertad sexual o la intangibilidad sexual.

a. Distintas figuras penales

En la norma del art. 119, párr. 1°, del Cód. Penal se tipifica la *figura básica* de abuso sexual; en las disposiciones del segundo y tercer párrafos, los *abusos sexuales agravados* por la configuración de un sometimiento sexual gravemente ultrajante y por la existencia de acceso carnal, respectivamente.

A su vez, el párr. 4° del citado art. 119 contempla las figuras agravadas de sometimiento sexual gravemente ultrajante y acceso carnal por cualquier vía.

El último párrafo de esta prescripción legal prevé las circunstancias que agravan la penalidad del abuso sexual simple del primer párrafo.

Para el art. 120, el Código se reserva la tipificación del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima: en su primer párrafo se incluye la figura básica; en el párrafo siguiente, las formas agravadas.

² Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 176.

³ Donna, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 14.

Finalmente, el capítulo se completa con la previsión de una circunstancia que agrava el castigo de todas las figuras de abuso sexual: el acaecimiento de la muerte de la víctima como consecuencia de las acciones típicas que definen aquellos delitos (art. 124).

b. Aspecto protegido del bien jurídico

En los abusos sexuales –básicos y agravados– (art. 119), se protege la libertad sexual de las personas mayores de trece años y la intangibilidad sexual de los menores de tal edad y de quienes carecen de capacidad para consentir libremente la acción del autor.

En el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, lo resguardado es la indemnidad sexual de las personas menores de dieciséis años.

c. Figura básica

El párr. 1° del art. 119 del Cód. Penal establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

Se trata de un delito de acción, de mera actividad e instantáneo. La conducta típica consiste en abusar sexualmente de otro, o sea, en realizar tocamientos o contactos corporales⁴ el autor con la víctima, o ésta obligada por el autor con un tercero, no pudiendo cometerse a distancia ni de palabra –sea que las pronuncie el autor, sea que las articule el propio sujeto pasivo–.

La simple contemplación no basta, con tal que no sea el resultado de la acción física de desnudar a la víctima⁵. Puede tratarse también de la aproximación de objetos –como, p.ej., los llamados “consoladores” o cualquier otro equivalente– a partes del cuerpo ajeno que tengan connotación sexual: la vagina, el ano, los senos, etcétera.

Abusa sexualmente de otra persona, pues, quien emplea el cuerpo de ella para actos de *significado objetivo impúdico*. El comportamiento del sujeto debe ser de *carácter objetivamente sexual*. Ha de tratarse de actos que, cualquiera sea la finalidad del autor, violan la reserva sexual de la víctima en lo que atañe a sus partes pudendas.

No es suficiente, a los fines de la noción de “abuso sexual”, que el sujeto activo lleve a cabo actos *sólo subjetivamente impúdicos*, esto es, actos de desahogo sexual distintos de la cópula cuyo carácter libidinoso se desprende de la finalidad

⁴ Para la discusión sobre la eventual tipicidad de las acciones que no implican contacto físico directo, ver, en el derecho español, Gómez Tomillo, Manuel, *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal*, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, n° 7, 2005, p. 4, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>.

⁵ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1956, p. 387.

sexual con que el autor obra. Resulta incorrecto, pues, equiparar el abuso sexual al *acto libidinoso*. Es que, jurídico-penalmente, la idea de *acción* implica una determinada *expresión de sentido* que únicamente puede comprenderse como *proceso comunicativo*, en el que no sólo es relevante el horizonte de quien se expresa, sino también el del receptor. Es por ello que, al analizar la tipicidad objetiva de este delito, debe ponerse atención en lo que comunica a la sociedad el acto del autor (la significación objetiva de su conducta), y no la mera subjetividad de éste al desenvolverse⁶. La calificación de una acción como *sexualmente abusiva* requiere la previa determinación de lo que una sociedad determinada reconoce como “sexual” en un momento dado de su evolución. Sólo así pueden identificarse las conductas objetivamente impúdicas o sexuales para determinado conglomerado humano.

La aceptación de la interpretación según la cual, para la configuración del abuso sexual, basta la realización de una conducta sólo impúdica desde un punto de vista subjetivo implicaría la consagración del castigo de meras intenciones, propias del ámbito de reserva del sujeto activo del delito (art. 19, Const. nacional) e ineficaces, en cuanto tales, para atentar contra la libertad de determinación en materia sexual.

Con relación a las *modalidades de la acción* que completan la descripción del tipo y condicionan la situación típica, corresponde mencionar que el abuso sexual exige la concurrencia de algunas de las siguientes circunstancias: 1) una determinada edad o una particular condición de la víctima, y 2) el empleo de ciertos medios comisivos.

La *edad de la víctima* es la de aquel menor que *no ha cumplido trece años*, a quien la ley reputa inepta por falta de madurez mental para entender el significado fisiológico y moral del acto. Se trata de falta de aptitud sexual en sentido cultural. La ley presume *iuris et de jure* esta falta de capacidad por la edad (sin admitir prueba en contrario), por lo que se trata de un sujeto pasivo de consentimiento irrelevante. En estos casos, el órgano judicial debe restringirse a acreditar la edad real de menor a través de los medios que estipula la ley a tales efectos, sin indagar acerca de si el autor contó o no con su asentimiento.

La *condición del sujeto pasivo* es la de quien, por cualquier causa, se encuentra *imposibilitado de consentir libremente la acción*. La imposibilidad de consentir se

⁶ En sintonía con la concepción que sostenemos, afirmaba Sancinetti respecto de la hoy derogada figura de abuso deshonesto: “se ha querido explicar el *sentido* de la acción de los llamados delitos contra la honestidad, en el ánimo lascivo del autor; así, por ejemplo, en el ‘abuso deshonesto’ (art. 127). Es dudoso, sin embargo, que el mero hecho del goce interno sea lo decisivo para la incriminación de un hecho que, sin ese elemento, pudiera ser atípico. El médico que practica un tocamiento en los órganos sexuales de la paciente sometida al reconocimiento, no comete abuso deshonesto por el mero hecho de que surja dentro de él un *deseo impúdico*. En esta clase de hechos muestra toda su fuerza la idea del sentido ‘comunicativo’ de la acción social, que predica Jürgen Habermas. Los comportamientos tienen su sentido expresivo en ciertos contextos plenos de significado para los actuantes. Si el médico, por ejemplo, ha dirigido a la mujer la mirada voluptuosa, o el suspiro lascivo, posiblemente el hecho revista para ella el sentido impúdico propio del abuso deshonesto, cualquiera que sea el ánimo interior del médico. El ‘abuso deshonesto’, por tanto, sólo puede explicarse en función de contextos de significado –y en este sentido, ‘objetivamente’–, sin que tenga para ello demasiada relevancia el denominado ‘ánimo lascivo’, sí, en cambio, el conocimiento del autor de ingresar, con su acción, en el ámbito de ese ‘significado’” (Sancinetti, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs. As., Hammurabi, 1991, p. 334 y 335).

da, no sólo en la víctima privada de razón, carente de sentido o impedida de resistir por enfermedad o cualquier otra causa, sino también en el paciente al que, por el motivo que fuere, *no le es posible prestar válido consentimiento*.

La víctima se encuentra privada de razón cuando padece de un insuficiente desarrollo intelectual o volitivo, o sufre de alteraciones mentales que la colocan en una situación similar a la del inimputable por falta de salud mental (art. 34, inc. 1º, Cód. Penal). Esta incapacidad, a diferencia de la del menor de trece años, debe ser probada en cada caso concreto, habida cuenta que, aun cuando medie una declaración judicial de insania –que puede o no existir–, el consentimiento dado en un intervalo lúcido tiene plena validez.

La persona está privada de sentido cuando, sin padecer trastornos en sus facultades mentales, se encuentra en estado de inconciencia o su conciencia se halla gravemente perturbada por trastornos de tipo fisiológico o patológico (sueño, ebriedad total, desmayo, sopor, sonambulismo, ingesta de drogas, etcétera). La incapacidad por falta de sentido también debe ser acreditada en cada caso.

La imposibilidad de prestar válido consentimiento tiene como causa la enfermedad del sujeto pasivo, cuando un proceso patológico en curso o las secuelas de uno ya superado se lo han impedido.

Se ha observado que la fórmula amplia adoptada por la ley permite incluir, a la par de los mencionados, otros motivos impeditivos de la prestación del libre consentimiento, tales como, por ejemplo, los que concurren en los casos de víctimas paralizadas, inmovilizadas, atadas, dormidas, desprevenidas o ultrajadas por sorpresa, o de víctimas cuyo consentimiento es logrado fraudulentamente.

En todas estas hipótesis, salvo la última –en la que hay un caso de error de la víctima–, el consentimiento aparece viciado por falta de libertad de quien lo presta, aunque pueda tener plena conciencia de la naturaleza del acto y cabal comprensión de su significado.

Los medios de los que puede valerse el sujeto activo para llevar a cabo la acción constituyen también circunstancias que impiden a la víctima consentir libremente la conducta del agente, a saber: violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. Puesto que, en este punto, la descripción legal acota expresamente las modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad, ella consagra un tipo penal de medios determinados.

La *violencia* consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la persona de la víctima o en su contra, con la finalidad de vencer su resistencia (p.ej., amenaza a mano armada o disparo de arma de fuego). Es evidente que no queda incluida aquí la energía física ejercida sobre las cosas o terceras personas para llegar a la víctima, si ella es consentidora, porque en tal caso la fuerza desplegada sobre esas cosas o personas no es la destinada a vencer la voluntad del sujeto pasivo, que es lo que caracteriza el elemento constitutivo del abuso.

No debe confundirse la verdadera violencia con la discreta energía con que el varón o la mujer vencen el pudor de la persona que, en realidad, desea y consiente la acción⁷.

Conforme la estipulación legal del art. 78 del Cód. Penal, queda comprendido en el concepto de “violencia” el uso de medios hipnóticos o narcóticos. Bien se ha anotado que el hecho de que la víctima haya aceptado ingerir la droga ofrecida no quita al acto de contenido sexual su carácter delictivo, pues el autor, de todos modos, se vale de la imposibilidad de consentir el acto causada por la anulación de la voluntad del sujeto pasivo que la droga provoca.

La *amenaza* es el anuncio de un mal a sufrir por la víctima, en su persona, bienes o secretos, o por terceros con los que tiene vínculos de afecto, cuya realización depende de la voluntad del que la formula, y que priva a la persona que la sufre de la libertad psíquica de manifestar su voluntad contraria a las pretensiones del autor. Puede ser llevado a cabo por la promesa específica del mal o por el despliegue de una actividad que la implique de modo inequívoco. El logro de la finalidad de amedrentar a la víctima para obtener su consentimiento respecto de la acción sexualmente abusiva, presupuesta en el empleo de la amenaza del autor, es una cuestión de hecho y vinculada a cada caso particular.

El *abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder* es un factor que anula el libre consentimiento, distinto de la fuerza física y la intimidación. *Relación de dependencia* existe cuando la víctima está subordinada al actor; *de autoridad*, cuando es la propia ley la que establece la subordinación del uno al otro; *de poder*, cuando en una relación de hecho una persona controla y regula la vida de otro. Las relaciones a que se refiere la ley, en suma, comprenden todas las situaciones en las que una de las personas está colocada en un plano de superioridad respecto de otra, que le está subordinada o le debe obediencia, tanto en el ámbito público como privado. En estos supuestos, el sujeto activo emplea indebidamente dichas relaciones para lograr sus fines sexuales, de modo tal que el sujeto pasivo se ve compelido a tolerar la situación que le es impuesta, prevaleciendo el sujeto activo de una situación de inferioridad de la víctima.

Conviene añadir que la inclusión de los medios comisivos analizados no implica, *per se*, la recepción en el ordenamiento jurídico penal argentino del instituto del *acoso sexual*. Si bien el abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder comprende tal forma de acoso, lo hace sólo *como un instrumento* para lograr el ataque a la libertad sexual de la víctima pretendido por el autor. En consecuencia, aunque medie ese acoso sexual, derivado de la vinculación de preeminencia del autor respecto de la víctima, siempre debe configurarse la acción típica del abuso sexual, entendida como contacto corporal con significación sexual. De allí que pueda sostenerse que, hoy por hoy, el acoso sexual no está tipificado como *figura autónoma* en nuestra ley penal, por lo que, si existe tal acoso sin que se realice la conducta típica del abuso sexual no se verifican los requerimientos típicos de este último delito. Por consiguiente, en los términos de la normativa vigente, el acoso sexual punible es aquel abuso sexual que se logró consumar o tentar aprovechándose de una relación de superioridad existente; la mera solicitud de favo-

⁷ Soler, *Derecho penal argentino*, t. III, p. 342.

res de naturaleza sexual por parte del superior jerárquico que no se prevale de esa superioridad, aun cuando cause molestias, constituye una conducta impune.

El tipo subjetivo del abuso sexual es doloso y el contenido del dolo está dado por el conocimiento de que se realiza un acto de carácter impúdico y la voluntad de ejecutarlo, sin llegar a un sometimiento sexual gravemente ultrajante o al acceso carnal.

El dolo que se requiere es el directo, el que se da aun en quien realiza la conducta sin otro propósito que el de deshonar o desacreditar a la víctima. En este caso, el autor sabe que también está afectando la libertad sexual de la persona al haber escogido un acto de contenido sexual para lesionar su honor.

El abuso sexual, pues, no exige ningún elemento subjetivo del injusto, por lo que el sujeto podrá actuar guiado por un ánimo lascivo o por cualquier otra intención, ánimo, deseo, impulso o tendencia (v.gr., ánimo de venganza, intención de causar un mal, mero propósito de satisfacer una curiosidad, ánimo de lucro). La realización dolosa del tipo penal es, así, perfectamente compatible con otras diferentes intenciones o tendencias del autor. La ausencia de declaración legal al respecto permite sostener que el requerimiento de un elemento subjetivo del injusto de carácter sexual en el autor de la ofensa no puede fundamentarse con criterios dogmático-jurídicos. Por este motivo, lo que distingue una conducta típica de otra atípica (un abuso sexual de, p.ej., una mera exploración ginecológica) es el atentado contra la libertad para elaborar el propio plan de vida sexual, y no una tendencia voluptuosa del autor.

Sin perjuicio de lo expresado, es preciso señalar que el delito comprende una hipótesis en la cual el tipo penal se configura subjetivamente en función de un componente distinto del dolo, consistente en un particular elemento impropio de la actitud interna del agente. En efecto, en el caso del abuso sexual cometido por quien se aprovecha de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción, el legislador ha tomado en cuenta un modo de realización de la acción, que integra el sentido del acto y que no puede ser descripto sólo como una relación entre dolo y objeto de bien jurídico. El acto sexual con persona imposibilitada de consentir libremente la acción, no se transforma en delito ya por el hecho de conocer que el mismo tiene lugar con un incapacitado para consentir libremente. Por el contrario, la interpretación restrictiva a la que adherimos exige que el acto sexual haya tenido lugar “gracias al *aprovechamiento*”⁸ de la imposibilidad de consentir libremente. La determinación de los casos en que pueda afirmarse esto último, y de aquellos en los que no, dependerá de los contextos de significación del hecho concreto⁹, pero es manifiesto que no se puede entender que el mero conocimiento de la situación de la víctima proscriba la acción del sujeto activo. Esta hipótesis de abuso sexual se presenta, así, como una figura penal con un requerimiento típico que no representa un juicio de valor ético socialmente autónomo, sino tan solo la faceta subjetiva de un especial elemento del injusto.

No actúa dolosamente quien, al cometer el abuso, no conoce alguna circunstancia perteneciente al tipo legal, como, por ejemplo, la edad de la víctima, a quien el

⁸ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 334.

⁹ Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 334.

autor creyó no menor de trece años. Si el agente incurre en error respecto de la existencia de un elemento típico objetivo, se destruye, por este déficit en el campo subjetivo, la congruencia entre las partes objetiva y subjetiva del tipo necesaria para configurar el delito doloso.

Distinto es el supuesto del sujeto que cuenta seriamente con la verificación de tal circunstancia del tipo objetivo y ello no le hace desistir de su proyecto, pues allí no hay error sino un autor que obra con dolo eventual respecto de tal extremo, y esta clase de dolo es suficiente en relación con estos elementos del tipo penal.

El error de la víctima, como factor que excluye el consentimiento, debe recaer sobre la naturaleza sexual del acto cumplido por el autor –independientemente de que haya sido causado o no por éste– o sobre la persona del que realiza el abuso sexual.

Cualquier persona puede ser sujeto activo del abuso sexual. Para su realización alcanza con la conducta de un solo sujeto activo. Es un delito común y admite todas las formas de participación criminal.

Sujeto pasivo también puede ser cualquier persona que dé un consentimiento jurídicamente irrelevante (menores de trece años) o que no lo preste de forma libre. Este delito instantáneo se consuma con el tocamiento, contacto o aproximación corporal.

Según el criterio de la intensidad de ataque al objeto material del bien jurídico, el abuso sexual es un delito de lesión, siendo posible la tentativa. Esta forma de imputación imperfecta se produce cuando la conducta sexualmente abusiva que el autor se propuso realizar, pese a haber tenido comienzo de ejecución, no se consumó por circunstancias ajenas a su voluntad (art. 42, Cód. Penal). Puede darse tanto la tentativa acabada, como la inacabada.

Es condición de ley, para que se castigue a título de abuso sexual, que no haya acceso carnal (art. 119, párr. 3°). Si lo hubo, los actos de abuso sexual cometidos en el mismo contexto de acción son absorbidos por la violación consumada mediante el acceso. Si no existió la penetración sexual, pero se la intentó (art. 42), también queda excluido el tipo y la pena de la figura que estudiamos. Lo mismo sucede con la conducta del sujeto activo que tiene intención de cometer un abuso sexual configurativo de un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima (art. 119, párr. 2°), que absorbe al abuso sexual básico. Lo dicho responde a que tanto el sometimiento sexual gravemente ultrajante como el acceso carnal son elementos integrantes de tipos cualificados del delito de abuso sexual que prevé el art. 119, párr. 1°, del Cód. Penal. Por eso, si concurre una de estas derivaciones típicas, se condena sólo por el tipo derivado como ley especial (*lex specialis*) y el delito base retrocede vía concurso de leyes.

Por el contrario, las lesiones leves resultantes del mismo abuso (v.gr., las pequeñas lesiones causadas por el autor al introducir sus dedos en la vagina de la víctima, el leve derrame producido en la piel de ésta por el abrazo demasiado vehementemente, la rotura del himen, las mínimas equimosis o las lesiones inguinales) son absorbidas por la figura básica.

Cuando la lesión es producto de la violencia ejercida para doblegar la voluntad de la víctima, la misma queda también absorbida, mientras no configure un grave

daño a la salud de aquélla (p.ej., el autor desvanece a la víctima mediante un golpe en la cabeza con un palo y abusa sexualmente de ella, y el golpe, además, produce lesiones leves). No sucede esto cuando el agente ha torcido la falta de consentimiento del sujeto pasivo a través de cualquiera de los medios que prevé la ley (violencia, amenaza o abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder) y, no obstante ello, despliega sobre el ofendido una energía física distinta de la que presupone el abuso, causándole lesiones leves. Este *plus* debe concursar materialmente (art. 55, Cód. Penal) con el abuso sexual.

Las amenazas de que se vale el autor para lograr el abuso sexual resultan igualmente absorbidas por éste, desde que constituyen uno de los medios típicos de comisión del delito. Es sabido que la amenaza (art. 149 bis, párr. 1º, primera cláusula, Cód. Penal) es un delito *eminente subsidiario*, ya que lo absorbe cualquier otro para el que la acción de amenazar sea –como en el caso– un medio típico o una circunstancia agravante.

El delito es de acción pública dependiente de instancia privada (art. 72, inc. 1º, Cód. Penal).

d. Figuras agravadas

El art. 119 del Cód. Penal, a partir del segundo párrafo, tipifica figuras agravadas del delito de abuso sexual.

En el segundo párrafo, se prevé el sometimiento sexual gravemente ultrajante. El abuso sexual con acceso carnal se contempla en el párrafo siguiente. A la vez, el cuarto párrafo de la disposición legal consagra las agravantes de estas dos modalidades cualificadas de abuso sexual.

Finalmente, en el último párrafo, se incluyen las circunstancias que elevan el castigo de la figura básica de abuso sexual del primer párrafo.

Todas estas modalidades típicas constituyen delitos de acción pública dependiente de instancia privada (art. 72, inc. 1º, Cód. Penal).

1) *Sometimiento sexual gravemente ultrajante*. Prescribe el art. 119, párr. 2º, del Cód. Penal: “La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.

La razón política del mayor castigo reside aquí en el mayor desprecio para la integridad sexual, moral y personal del sujeto pasivo que significa, por sus particulares características, la conducta del agente. La propia *dignidad como persona* de la víctima sufre un menoscabo especial a causa de la acción del sujeto activo.

El bien jurídico protegido es, como en la figura básica, la libertad de elaborar el propio plan de vida sexual, en los casos de víctimas mayores de trece años, o la indemnidad sexual, en los supuestos de quienes no han cumplido esa edad y de ciertos incapaces.

En cuanto a la conducta típica y las modalidades de este tipo penal, remitimos a lo estudiado al escrutar la figura básica.

En el tipo normativo, se aprecia la existencia de un elemento valorativo de carácter cultural cuya télesis requiere la apelación a una justipreciación social de lo configurativo de un “sometimiento sexual gravemente ultrajante”, que depende del conocimiento de un conjunto de modos de vida, costumbres, conocimientos y grado de desarrollo cultural vinculados a determinada época y cierto grupo social.

El *sometimiento* a que alude la norma equivale a dominio, a la vez que a humillación, e importa un grave ultraje para la víctima por su duración o las circunstancias de su realización.

El vocablo *ultrajante* con que se califica el sometimiento sexual ha sido objeto de reparos en la doctrina jurídica comparada, debido a su imprecisión, ya que cualquier abuso sexual, justamente por ser una conducta abusiva, tendría carácter ultrajante. Sin embargo, la jurisprudencia podrá precisar casuísticamente la extensión de su concepto¹⁰ sobre la base de las pautas que menciona el tipo legal, ya que –en la ley– lo *gravemente ultrajante* no radica en la propia naturaleza del abuso, sino en su duración o en las circunstancias de su realización.

La existencia de una situación de sometimiento gravemente ultrajante debe colegirse de alguno de los dos elementos que señala la norma: la *duración* del abuso sexual –circunstancia fáctica temporal– y las *circunstancias de su realización* –circunstancia fáctica modal–.

La *duración* del abuso sexual idónea para configurar un sometimiento sexual ultrajante se verifica cuando el abuso se prolonga más tiempo que el que razonablemente debía demandar la realización del tipo básico.

Las *circunstancias de realización* de la conducta que la tornan un sometimiento ultrajante para la víctima deben traducir un *plus* de humillación que se suma al que conlleva la figura básica del abuso sexual. En otros términos, ha de tratarse de circunstancias que comporten para el sujeto pasivo una degradación que se añade a la que es inherente a todo atentado contra la libertad sexual. Pueden proponerse como ejemplo los casos de abuso en lugares en los que la víctima está expuesta públicamente (a la vista de personas), el *cunnilingus*, la introducción de botellas u otros objetos en la vagina de la mujer, la eyaculación sobre el rostro de la víctima, la penetración de una lanza en el ano de la mujer o el hombre, etcétera.

El tipo subjetivo es doloso. No parece exigible, en principio, un elemento subjetivo cognitivo distinto del dolo de carácter implícito. A efectos del dolo, basta que el sujeto activo tenga conocimiento –en el momento de realización del hecho– de que lleva a cabo un acto de carácter impúdico gravemente ultrajante y voluntad de ejecutarlo, salvo el caso del abuso sexual cometido por quien se aprovecha de la imposi-

¹⁰ Respecto de la expresión “gravemente ultrajante” puede predicarse la denominada *paradoja del continuo*, a saber: ¿Cuán *gravemente ultrajante* debe ser un abuso sexual para, en función del mayor ultraje que significa en relación con otro abuso sexual, merecer el castigo de la figura agravada? A nuestro ver, la cuestión no podría dirimirse de un modo diverso del señalado en el texto principal. Es que la vaguedad de los términos, es decir, la falta de precisión en la designación de una palabra, importa que la aplicabilidad de ella a ciertos casos es dudosa, por lo que la decisión de la inclusión o exclusión del caso deberá venir dada por la “definición” jurisprudencial, que vaya delineando los contornos de lo “gravemente ultrajante”. Para una presentación elemental de la *paradoja del continuo*, ver, Guibourg, Ricardo A. - Ghigliani, Alejandro M. - Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, Bs. As., Eudeba, 1988, p. 48, nota 34.

bilidad de la víctima de consentir libremente la acción, que está configurado subjetivamente en función de un especial elemento impropio de la actitud interna del agente –componente subjetivo distinto del dolo–. En este supuesto, el acto sexual debe haber tenido lugar como consecuencia del aprovechamiento de la imposibilidad de consentir libremente, por lo que la hipótesis se muestra como un caso de tipo penal con un elemento impropio de la actitud interna.

Puede advertirse que, en relación con el elemento normativo designado mediante la expresión “sometimiento sexual gravemente ultrajante”, es suficiente la conciencia del agente del significado del concepto tal como éste es entendido en su propio ámbito social y cultural (*valoración paralela del autor en la esfera del profano*).

El error acerca de la edad de la víctima o cualquier otro elemento típico objetivo –incluido el componente normativo analizado– constituye un error de tipo que, inevitable o evitable, excluye la responsabilidad.

2) *Abuso sexual con acceso carnal*. Con arreglo al art. 119, párr. 3°, del Cód. Penal: “*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*”.

El abuso sexual también se agrava cuando, en relación con un menor de trece años, o mediando violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o el aprovechamiento de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción, *hubiere acceso carnal por cualquier vía*. Se trata de lo que la legislación comparada, e incluso la anterior regulación legal argentina de los delitos sexuales, denominan *violación*.

La objetividad jurídicamente protegida es, pues, la libertad sexual de la víctima, es decir, el derecho de las personas a un conciente y voluntario trato sexual, y la intangibilidad sexual, o sea, el derecho a un desarrollo de la sexualidad libre de injerencias indebidas.

Acceso carnal es una enérgica expresión que significa penetración sexual¹¹. Se produce cuando el órgano genital masculino se introduce, aun de modo imperfecto y por las vías que luego precisaremos, en el cuerpo de otra persona. De allí que no sea suficiente, a los fines de la realización del tipo legal agravado, el *coitus inter femora*. No se requiere que la penetración sea completa, ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación. Menos aun, la desfloración de la mujer.

El acceso carnal debe llevarse a cabo *por cualquier vía*, expresión genérica que incluye todos los canales del cuerpo humano que permitan la introducción completa del pene. Quedan comprendidos, pues, la vagina, el ano y la boca (coito bucal, felación o *fellatio in ore*).

La doctrina jurídica ha polemizado sobre la posibilidad de admitir a la boca como una de las vías de acceso carnal atrapadas por la previsión legal. En cuanto a esto, conviene reconocer que el giro “acceso carnal” es vago y, por ello, inidóneo para denotar autónomamente determinada acción humana. Si, como pensamos, esta circunstancia justifica por sí sola que el intérprete recurra al creador de la norma –*interpretación genética*– para desentrañar su intención al sancionarla, el análisis de los debates parlamentarios que precedieron al dictado de la ley 25.087 no deja mar-

¹¹ Soler, *Derecho penal argentino*, t. III, p. 341.

gen para la duda en cuanto a que la voluntad del legislador fue la de equiparar la *fellatio in ore* con la penetración vaginal y anal. No puede negarse que la amplitud de la expresión que escogió el encargado de crear las leyes (“acceso carnal *por cualquier vía*”) ha receptado esa pretensión¹².

El tipo subjetivo es doloso y presupone que el sujeto activo conozca que está realizando un acceso carnal y que tenga voluntad de ejecutarlo.

Al igual que en la figura básica, el dolo requerido es el directo, con excepción del supuesto del abuso sexual perpetrado por quien *se aprovecha de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción*, en el cual el acceso carnal debe producirse “gracias al *aprovechamiento*” de la imposibilidad de consentir libremente.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, ya hombre, ya mujer. Con respecto a esto, conviene recordar que el tipo legal exige que *haya acceso carnal* (penetración total o parcial del pene en el cuerpo de otra persona, por las vías admitidas por la ley), y no que el sujeto activo *acceda carnalmente* a la víctima. La ley se conforma, pues, con que exista un acceso carnal, sea que el sujeto activo desempeñe un rol activo en la relación sexual, sea que cumpla un rol meramente pasivo. Esto último ocurre cuando una persona de uno u otro sexo *se hace penetrar* aprovechándose de la edad de un varón menor de trece años que asiente –pero mediante una voluntad que es jurídicamente irrelevante–, o violentando o amenazando al varón para obligarlo a hacerlo contra su voluntad (aunque no es fácil admitir que, en este caso, sea factible lograr la necesaria erección¹³), o abusando coactiva o intimidatoriamente de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

Es un tipo penal unisubjetivo, en el sentido de que es suficiente la conducta de un solo sujeto activo para su realización.

Sujeto pasivo también puede ser cualquier persona. Se ha discutido la posibilidad de admitir como tal al *cónyuge*, a la *concubina* y a la *prostituta*.

Para nosotros, el acceso carnal logrado por el marido con violencia, intimidación o abuso en perjuicio de su *esposa* satisface los requerimientos típicos del art. 119, párr. 3°, del Cód. Penal, aun cuando el primero tenga derecho a exigirle a la segunda lo que el débito conyugal implica. No obstante que la negativa infundada del débito conyugal –*ius in corpus*– es una *injuria grave* capaz de fundar una acción de separación o divorcio (art. 202, inc. 4°, Cód. Civil), ella *no se erige en causal que justifique la acción antijurídica del agente*. Es verdad que la entrega del cuerpo del otro para el ejercicio de la sexualidad constituye un verdadero derecho que tiene el cónyuge derivado del deber de fidelidad (art. 198, Cód. Civil). Pero, como ocurre con el conjunto de los denominados “derechos-deberes” típicos del derecho de familia (Capítulo VIII, Sección II, Libro I), él tiene un *fuerte contenido moral*, que responde a la esencia del matrimonio –como vínculo no sólo jurídico, sino también moral y espiritual, basado en el afecto y el amor– e impone que frente a la transgresión del deber resulte *impensable la ejecución forzada*. Una ejecución forzada de la prestación

¹² Para una exposición *in extenso* de nuestra concepción, ver, Arocena, Gustavo A. - Bouvier, Hernán G., *Sobre la fellatio in ore*, Córdoba, Advocatus, 2000.

¹³ Parece aludir a la misma dificultad Muñoz Conde, cuando expresa: “Ciertamente, es difícilmente imaginable un acceso carnal en el que la mujer, mediante violencia o intimidación, se hace penetrar por un hombre, pero teóricamente cabe incluir este caso dentro del concepto de acceso carnal” (*Derecho penal. Parte especial*, p. 187).

sexual del cónyuge renuente resultaría un *ejercicio abusivo del propio derecho* (art. 1071, Cód. Civil), puesto que se trataría de un ejercicio contrario a los fines que la ley tuvo en miras al reconocer el derecho de los cónyuges a la entrega mutua del cuerpo, nacido del deber de especial lealtad que se deben los esposos por causa del matrimonio, en todos los aspectos de la vida, y no sólo en orden al ejercicio de la sexualidad.

Por lo demás, aunque el Estado no puede intervenir en lo que se refiere al contenido de los derechos, el ejercicio de éstos está limitado a que se desenvuelva mediante una actividad lícita y conforme a unos fines tolerados por el ordenamiento constitucional; y, según se sabe, no es consentido por nuestro sistema normativo todo acto que traduzca una vulneración a la *dignidad de la persona* (art. 75, inc. 22, Const. nacional; art. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, 1948; art. 11, inc. 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, 1969), como lo es el sometimiento a mantener relaciones sexuales en contra de la voluntad de quien está obligado a dar tal prestación. Repárese, incluso, en que el orden jurídico argentino –al regular los derechos personales en las relaciones civiles– impide “hacer justicia por mano propia” ante el obligado renuente a cumplir una prestación de hacer o no hacer, cuando para ello “*fuese necesario violencia contra la persona del deudor*” (art. 629, Cód. Civil). No debe olvidarse, por otro lado, que el bien jurídico protegido en este Título 3 del Libro Segundo del Cód. Penal es la integridad sexual, que comprende, como vimos, un derecho a la *libertad de decisión en materia sexual* que no puede negarse a los cónyuges¹⁴.

En relación con la *concupina*, se señala que el accederla carnalmente mediante violencia, intimidación o abuso constituye violación, pues en tal caso, por tratarse de una unión de hecho y no legal, no es exigible el cumplimiento del deber sexual¹⁵. También que, por esa característica del concubinato, él no genera un derecho del varón a acceder a la mujer, pero hace presumir el consentimiento de ésta¹⁶. Nosotros pensamos que esa presunción de consentimiento por parte de la concubina no puede ser opuesta jurídicamente a la existencia real de violencia. Pero, en los casos en que la negativa de la concubina no es expresa, resulta admisible aceptar que existe el consentimiento que el hecho mismo del concubinato implica (p.ej., si la accede privada de sentido, en el caso de que esté profundamente dormida o en estado de intoxicación etílica autoprovocada). Más allá de esto, pensamos, una vez más, que debe volverse sobre el bien jurídico protegido, para encontrar allí la correcta solución a esta cuestión. Si lo protegido es la libertad sexual del sujeto pasivo, es indudable que la falta de voluntad de realizar el acto sexual y su consumación mediante violencia colocan al concubino dentro del tipo penal del art. 119, párr. 3º, del Cód. Penal.

Por último, hay quienes piensan que, cuando una *persona que ejerce la prostitución* ya percibió un precio a cambio de favores sexuales, carece de derecho para

¹⁴ En una oportunidad anterior hemos analizado detenidamente esta cuestión: Arocena, Gustavo A., *¿Violación en el matrimonio? (Apostillas para el estudio de la cuestión)*, “Foro de Córdoba”, n° 62, Córdoba, Advocatus, 2000.

¹⁵ Spinka, Roberto E., *Delitos contra la honestidad*, en Carrera, Daniel P. (dir.), “Estudio de las figuras delictivas”, t. I, Córdoba, Advocatus, 1994, p. 262.

¹⁶ Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, t. IV, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1964, p. 253.

negarse a prestarlos¹⁷. A nuestro ver, conforme surge del citado art. 629 del Cód. Civil, resulta inaceptable la ejecución forzada de la obligación cuando para ello fuere necesario el empleo de violencia contra la persona del deudor. Es que, en último término, ello atentaría contra la regla básica de nuestro sistema jurídico que prohíbe atentar contra la dignidad de la persona. Tampoco debe olvidarse que la prostituta, sin perjuicio de su consentimiento otorgado para dar una prestación sexual a cambio de dinero u otros bienes, y aún de la recepción de éstos, no pierde su derecho a “retirar” esa manifestación de voluntad positiva, puesto que en modo alguno ha perdido su libertad de decisión en relación con lo sexual. Es por eso que no encontramos fundamento alguno para negar que la prostituta pueda ser sujeto pasivo de abuso sexual con acceso carnal, toda vez que mediante éste se atenta contra su libertad de disponer del sexo. Lo que importa, en suma, es la voluntad de la víctima, por lo que, ante la negativa de ésta y la ejecución forzada del acceso carnal, el acto se torna ilícito y la conducta, pasible de ser subsumida en el tipo penal bajo estudio.

El logro del acceso carnal, intencionalmente realizado, cualquiera que sea el grado de penetración (v.gr., coito vulvar o vestibular), consuma esta figura calificada de abuso sexual. A este respecto, debe recordarse que es indiferente, a los fines de la realización total del ilícito, que la cópula haya sido –para el sujeto activo, para el sujeto pasivo o para ambos– fisiológicamente perfecta.

La tentativa es admisible. Ella tiene lugar cuando el sujeto activo ha realizado actos inequívocamente demostrativos de la ejecución de su fin de conseguir el acceso carnal, pero no logra tal designio por circunstancias ajenas a su voluntad (art. 42, Cód. Penal).

3) *Agravantes de la figura básica y de las figuras agravadas.* El párr. 4° del art. 119 del Cód. Penal contempla circunstancias que, al agregarse a los tipos penales del sometimiento sexual gravemente ultrajante (art. 119, párr. 2°) y el abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párr. 3°), aumentan la criminalidad de cada una de estas figuras.

Otro tanto hace el párr. 5°, respecto de la figura básica de abuso sexual del art. 119, párr. 1°, del Cód. Penal. Son elementos que aumentan lo injusto penal del hecho. A su vez, la norma del art. 124 del Cód. Penal prevé otra circunstancia que aumenta el castigo tanto de la figura básica, como del sometimiento sexual gravemente ultrajante y del abuso sexual con acceso carnal.

Las distintas agravantes pueden agruparse según atiendan a la producción de determinados resultados, al vínculo existente entre autor y víctima, a la concurrencia de ciertas circunstancias objetivas o a la calidad del autor.

a) De la figura básica. Mediante una remisión al párrafo que le antecede, el párr. 5° del art. 119 del Cód. Penal enuncia distintas circunstancias agravantes de la figura básica de abuso sexual.

El delito se agrava si:

1) “Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima” (art. 119, párr. 4°, inc. a, Cód. Penal, al que remite el párr. 5°).

¹⁷ Reinaldi, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*, Córdoba, Lerner, 1999, p. 87.

Es una agravante que atiende al resultado. El legislador reprime una consecuencia de la figura básica con una pena más grave, por considerarla la realización del riesgo creado por la conducta típica del delito base. El resultado debe estar cubierto por el ámbito de protección del tipo cualificado, que prohíbe causar daños importantes provenientes de un abuso sexual doloso del agente. De allí que no corresponde aplicar la pena mayor a casos como, por ejemplo, el de una mujer que, inmediatamente después de sufrir tocamientos impúdicos por parte del sujeto activo que para ello emplea violencia, se lesiona seriamente al trastabillar y golpear su cabeza contra el suelo mientras huía, para evitar padecer otros ataques sexuales. Esta consecuencia no es más que el producto de una desgracia, y no la realización de un resultado que pueda ser objetivamente atribuido a la conducta dolosa del autor. El grave daño no surge aquí como la realización del específico peligro que pretende prevenir el precepto infringido, sino como un resultado que no está cubierto por el particular fin de protección de la norma de deber.

El daño al que alude el tipo legal debe producirse en el funcionamiento del organismo de la víctima y no simplemente en su estructura corporal, y debe consistir en un perjuicio de mucha importancia fisiológica¹⁸.

Desde el punto de vista del objeto jurídico, el tipo penal es pluriofensivo, habida cuenta que, además de la integridad sexual, protege la incolumidad psico-física. La primera es el principal objeto de protección de la figura; la segunda, un bien jurídico complementario.

Grave daño en la salud no quiere decir técnicamente lesiones graves o gravísimas (arts. 90 y 91, Cód. Penal). Es una expresión genérica y, en consecuencia, el juez puede libremente apreciar si el daño es o no suficientemente grave. Debe tratarse, en suma, de un importante perjuicio, aun cuando no se encuentre comprendido en alguna de aquellas figuras delictivas.

El grave daño que debe resultar del abuso sexual es el que se deriva directamente de la conducta típica o, aun, de la violencia ejercida por el autor para realizarla, quedando excluido aquel que se produce como consecuencia de la energía física distinta de la propia del abuso sexual violento, que se ejerce cuando ya está doblegada la voluntad de la víctima o después que el hecho se ha realizado. Este último, por cierto, concurre materialmente (art. 55, Cód. Penal) con el abuso sexual del art. 119, párr. 1°. Las lesiones leves que presupone el abuso sexual con violencia, según se vio, quedan absorbidas por la figura básica, siempre que no constituyan, justamente, el “grave daño” que aquí analizamos.

Puesto que se trata de una figura cualificada por el resultado, es necesario que el grave daño en la salud física o mental de la víctima no forme parte del dolo del agente. Si, como en los demás casos de delitos cualificados por el resultado, el dolo comprendiera la producción de ese evento, cambiaría el título de la figura, sin perjuicio de la concurrencia real del nuevo delito (lesiones u homicidio) con el que nos ocupa.

2) “El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda” (art. 119, párr. 4°, inc. *b*, al que remite el párr. 5°).

¹⁸ Núñez, *Derecho penal argentino*, t. IV, p. 268.

Se trata de un tipo penal especial impropio, toda vez que guarda correspondencia con la figura básica de abuso sexual, de la que puede ser autor un sujeto no cualificado. Es sabido que en esta clase de tipos penales lo decisivo es solamente el deber especial, y no la posición del autor en sí, de la que surge el deber.

Puesto que las distintas calidades del sujeto activo se definen *por su relación con el ofendido*, la víctima es un sujeto pasivo calificado.

La razón determinante de la mayor criminalidad del hecho reside en el quebrantamiento por parte del autor de los deberes de protección sexual que surgen del parentesco y de otras relaciones o situaciones especiales que la ley contempla¹⁹. Podría decirse que la comisión del delito por los aludidos sujetos activos defrauda específicas expectativas normativas que forman parte del particular rol que esas personas desempeñan²⁰ en su condición de parientes, ministros de algún culto o encargados de la educación o guarda de la víctima. La conducta del agente, en síntesis, vulnera deberes que afectan tan sólo a personas con un *status* especial o, con mayor precisión, forman parte de un *status* especial, como el de los padres, el cónyuge, el receptor de una confianza especial, etcétera.

El abuso sexual se agrava cuando el hecho es cometido por un *ascendiente* o un *descendiente* (arts. 350 y 351, Cód. Civil), vale decir, por el padre, la madre, el abuelo, la abuela u otros ascendientes sin limitaciones, o por el hijo, la hija, el nieto, la nieta u otros descendientes sin limitaciones, pudiendo el vínculo tener su origen en el matrimonio o fuera de él.

También cuando es perpetrado por un *afín en línea recta*, esto es, por el suegro o la suegra, el yerno o la nuera, en forma ascendiente o descendiente sin limitaciones de grado, o por un *hermano*, estando comprendidos tanto los matrimoniales como los extramatrimoniales.

En todos estos casos, el parentesco debe acreditarse conforme las exigencias de la ley civil.

El tipo cualificado atrapa también al hecho realizado por el *tutor* (art. 377, Cód. Civil) o el *curador* (art. 468).

El agravamiento de la pena del abuso sexual en razón de su comisión por parte de un *ministro de algún culto reconocido o no* –por la Secretaría de Cultos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de la Nación– obedece a la inobservancia del deber de quienes poseen esa calidad ministerial, de abstenerse de cometer cualquier abuso sexual en perjuicio de otras personas. Pensamos, pues, que lo que determina la mayor criminalidad del hecho no es el abuso de la violación ministerial entre el autor y la víctima, sino la violación de la obligación de moralidad y honesti-

¹⁹ Gavier, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Lerner, 1999, p. 48 y 49.

²⁰ Günther, Jakobs, *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos*, en “Estudios de derecho penal”, tr. Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997, p. 129. El jurista alemán aduce que “los seres humanos viven, en la medida en que lo hagan en sociedad, en un mundo *socialmente* configurado de una determinada manera; tienen un *status* especial, por ejemplo como madre o como hijo mayor o como ciudadano, etc., y vienen definidos, por tanto, por un haz de derechos y deberes”. Uno de los fundamentos de la responsabilidad penal “es la inobservancia de los límites trazados por ese *status* especial” (Günther, Jakobs, *La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, en “Estudios de derecho penal”, p. 347 y 348).

dad que le impone al autor su calidad de ministro de cualquier culto en sus relaciones con cualquier persona. La ausencia en el tipo legal de toda referencia expresa a un elemento subjetivo distinto del dolo que exija el aprovechamiento de alguna de tales calidades –*elemento impropio de la actitud interna*– nos lleva a concluir en este sentido. La circunstancia agravante funciona a partir de la pura calidad del autor, y no en función de un modo de realizar el delito. De allí que estimemos que es autor de este abuso sexual agravado el ministro de un culto reconocido o no que abusa sexualmente de una mujer que no lo sabe sacerdote.

En su enunciado final, el tipo legal cualificado menciona al *encargado de la educación o de la guarda*.

Se *encarga de la guarda del menor* aquel que se ocupa del cuidado del menor, por delegación del titular o por cualquier situación de hecho, sin que sea necesario que ella sea excluyente de la patria potestad, tutela, curatela o, incluso, del *guardador propiamente dicho* –o guardador en sentido estricto– al que alude el art. 72 del Cód. Penal. En esta hipótesis legal deben considerarse comprendidos al adoptante y al adoptado.

Encargado de la educación, por su parte, es aquel que, por cualquier título legal o situación de hecho, se ocupa de instruir al menor. Lo hace tanto el que suministra conocimientos intelectuales o formación moral, como el maestro de un oficio o arte. No importa la calidad o características de la materia que enseña, sino sólo que no se trate de vinculaciones puramente ocasionales.

El tipo subjetivo, que es doloso, requiere que el sujeto activo conozca las relaciones que lo vinculan con la víctima. El dolo sólo puede ser directo con respecto a la conducta sexualmente abusiva, bastando el dolo eventual en relación con las calidades de aquél y ésta.

El error sobre alguna de las hipótesis previstas en el párrafo anterior constituye un error de tipo y excusa de responsabilidad.

3) “El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas” (art. 119, párr. 4º, inc. d, Cód. Penal, al que remite el párr. 5º).

El fundamento de la agravación de la pena, en la hipótesis del abuso *cometido por dos o más personas*, debe encontrarse en las mayores posibilidades de éxito de la acción delictuosa que implica este modo de perpetrar el delito.

Es un caso de tipo penal plurisubjetivo, pues la figura agravada no puede ser realizada por una sola persona, sino que requieren la concurrencia de varias. Desde que la conducta de los plurales sujetos activos debe dirigirse al mismo objetivo típico, la descripción legal concretiza un tipo penal de conducta convergente.

No es necesario que el hecho se realice *con el concurso de dos o más personas*. Basta con que, por lo menos, sean dos los sujetos que actúan como coautores, aun cuando no realicen ambos la acción sexualmente abusiva, porque puede llevar a cabo la misma sólo uno de ellos, mientras el otro ejerce violencia sobre la víctima, la amenaza o, respecto de ésta, abusa coactiva o intimidatoriamente de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

A los fines del tipo cualificado, es insuficiente que una de las dos personas preste un auxilio al otro para cometer el hecho (v.gr., oficiar de “campana”), si no

realiza además una acción como las señaladas, que lo convierten en coautor de esta figura agravada²¹.

Uno de los coautores podrá ser penalmente irresponsable, pues el número mínimo puede estar integrado por inimputables, siempre que se dé, al menos, la intervención de un agente con capacidad de culpabilidad.

La calificación por el empleo de *armas*, según lo que se afirmó en el tratamiento parlamentario de la ley 25.087, tiene relación con un aumento de la violencia por parte del sujeto activo y el peligro adicional para la víctima que de ese uso se deriva. En el abuso sexual cometido con armas —expresaron también los legisladores—, el peligro para la vida de la víctima es evidente y manifiesto. En definitiva, la criminalidad de la conducta típica se agrava por el peligro para la vida y la integridad física de la víctima que conlleva el uso de armas, tanto propias como impropias.

4) “El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones” (art. 119, párr. 4°, inc. e, Cód. Penal, al que remite el párr. 5°). Es otro tipo penal especial impropio.

El fundamento de la mayor pena reside en que, con su hecho, estos sujetos activos atentan contra la integridad sexual, a la vez que omiten el cumplimiento del deber de otorgar seguridad y protección a los ciudadanos.

Es una agravante que atiende a la calidad del sujeto activo y al quebrantamiento del rol específico que el mismo desempeña en la vida social.

Fuerzas policiales son las encargadas de vigilar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos. Se encuentran bajo las instrucciones de las autoridades políticas, y comprenden tanto a la Policía Federal, como a la Policía de las provincias.

Fuerzas de seguridad, por su parte, son la Gendarmería, la Prefectura y la Policía Aeronáutica. La primera es una fuerza que desempeña funciones policiales y aduaneras, con carácter de policía militarizada federal, y es independiente del Ejército; las últimas son fuerzas que poseen funciones similares a las de la Gendarmería Nacional, a cumplir en agua o aire, respectivamente.

El abuso sexual debe ser cometido por el integrante de las fuerzas policiales o de seguridad, *en ocasión de sus funciones*, vale decir, cuando se encontraban cumpliendo algún acto o procedimiento dentro de la órbita de su competencia funcional y de su competencia territorial.

5) “El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo” (art. 119, párr. 4°, inc. f, Cód. Penal, al que remite el párr. 5°).

En el debate parlamentario de la ley 25.087 se expresó que, cuando se menciona que el abuso sexual se agrava en los casos en que la víctima es menor de dieciocho años y el autor se aprovecha de la situación de convivencia, “se ha querido proteger al menor del abuso de una situación de cercanía”. Con esta agravante —se ejemplificó en dicha oportunidad— quedarían incluidos supuestos en los que, *verbi*

²¹ Reinaldi, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*, p. 99.

gratia, el conviviente de la madre abusa sexualmente de la hija de aquélla, menor de dieciocho años.

Es un tipo penal de *sujeto pasivo* calificado, ya que sólo puede ser ofendido un menor de dieciocho años.

La *situación de convivencia* que exige la ley se da cuando el autor y la víctima viven bajo un mismo techo. Implica más de lo que reclama la descripción típica, el hacer con la víctima vida marital, esto es, mantener con ella una relación de concubinato más o menos estable.

Además, al momento del hecho, tiene que existir una convivencia efectiva, cualquiera sea la causa de ésta (p.ej., abuso sexual cometido por el concubino de la madre en perjuicio de la hija de ésta o por la concubina del padre en perjuicio del hijo de éste, etcétera), y aprovechamiento de dichas circunstancias favorables por parte del sujeto activo.

El autor debe conocer la edad de la víctima, es decir, que ésta tiene menos de dieciocho años. El tipo subjetivo de la figura agravada también incluye un elemento subjetivo del injusto, pues –como se observó– el sujeto activo debe cometer el hecho *aprovechando* la situación de convivencia preexistente con el menor. Es un elemento impropio de la actitud interna del agente, que constituye la faceta subjetiva de un especial elemento del injusto.

El error acerca de la edad de la víctima o cualquier otro elemento del tipo objetivo calificado constituye un error de tipo que, inevitable o evitable, excluye la responsabilidad agravada.

6) “Resultare la muerte de la persona ofendida” (art. 124, Cód. Penal). Es un tipo penal calificado por el resultado y, desde el punto de vista del bien jurídico, pluriofensivo, toda vez que, además de la integridad sexual –bien jurídico principal–, protege la vida –bien jurídico complementario–.

Una vez más, el legislador reprime una consecuencia de la figura básica con una pena más grave, por considerarla como la realización del riesgo creado por la conducta típica del abuso sexual del art. 119, párr. 1º, del Cód. Penal.

Para la imputación del resultado mortal al sujeto activo es necesario que el riesgo creado por la conducta dolosa del sujeto activo cree un peligro, se realice efectivamente en la producción de la muerte de la víctima y que esta consecuencia amenazada con una pena mayor se encuentre abarcada por el fin de protección de la figura agravada. Con arreglo a lo que ya sostuvimos, no podrá imputarse la realización de dicho resultado, entonces, en casos como, por ejemplo, el de una mujer que, inmediatamente después de ser accedida vaginalmente por el autor que para ello se vale de violencia, muere al trastabillar, caer al suelo y golpear su cabeza mientras huía, para evitar padecer otros abusos sexuales. No puede considerarse el acaecimiento de esta muerte la realización de un resultado objetivamente referible a la conducta dolosa del agente, sino sólo como el lamentable producto de una desgracia. La muerte, en síntesis, no se presenta en esta hipótesis como la realización del específico peligro que pretende prevenir el tipo penal calificado.

La imputación del resultado al tipo subjetivo presupone que la muerte no forme parte de los designios del agente. La voluntad dirigida a ese evento cambiaría el títu-

lo de la figura, sin perjuicio de la concurrencia material del nuevo delito (homicidio) con el de abuso sexual. Basta, pues, que entre la acción del agente y el evento ulterior exista relación de producción al menos imprudente, entendida ésta a la manera antes señalada, esto es, como la efectiva realización del riesgo no permitido configurado a partir de la conducta de la figura básica, o sea, como la cierta realización del peligro creado por una conducta imprudente respecto del resultado mortal.

Si el autor utiliza el abuso sexual como medio para matar, ambos delitos concurren materialmente (art. 55, Cód. Penal). Por el contrario, si mata para consumar el delito contra la integridad sexual, se tratará de un homicidio calificado por la causa (art. 80, inc. 7°, Cód. Penal).

b) De las figuras agravadas. El sometimiento sexual gravemente ultrajante (art. 119, párr. 2°) y el abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párr. 3°) se agravan por las mismas circunstancias que aumentan la criminalidad de la figura básica de abuso sexual (art. 119, párr. 1°).

Las hemos analizado en el apartado precedente, a donde remitimos para evitar inútiles reiteraciones.

A ellas se agrega otra figura agravada, que se encuentra prevista en el art. 119, párr. 4°, inc. c, del Cód. Penal.

Las razones que fundan la exclusión de esta hipótesis como agravante de la figura básica (art. 119, párr. 1°) son evidentes, puesto que, como se verá, las enfermedades atrapadas por el tipo cualificado se caracterizan por ser contagiadas a través de la vía sexual, y esta forma de transmisión presupone un acceso carnal excluido del delito base.

De acuerdo con la disposición legal citada, la pena del sometimiento sexual gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si *el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio*.

Es un tipo penal cualificado por un resultado de peligro concreto, en tanto la ley requiere la creación de una efectiva situación de peligro. En razón de esta característica, la figura reclama un juicio *ex ante* para determinar la peligrosidad de la acción y un juicio *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro.

A la vez, se trata de un tipo penal pluriofensivo, puesto que la disposición legal protege la integridad sexual y la integridad física. Aquélla, por ser el objeto jurídico resguardado en este título del Código Penal –el Título 3 del Libro Segundo–, es el bien prevaleciente; ésta, un bien complementario.

Enfermedades de transmisión sexual son aquellas enfermedades infecto-contagiosas en las que la transmisión sexual es una de las formas de contagio. Son enfermedades cuya transmisión se realiza a través de la vía sexual, por ejemplo, la sífilis, las secreciones masculinas y femeninas genitales gonocócicas y no gonocócicas, el herpes genital, el papilomatosis venéreo, el molusco contagioso, el chancro blando, el linfogranuloma venéreo, la hepatitis B y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida).

Por expresa indicación legal, la enfermedad de transmisión sexual debe ser *grave*, es decir, debe tener mucha entidad, aunque no encuadre en alguno de los

supuestos contemplados por los arts. 90 y 91 del Cód. Penal. Desde luego, no es preciso que ella lleve indefectiblemente a la muerte (v.gr., el sida), sino que es suficiente que produzca trastornos importantes (p.ej., la inflamación de la uretra ocasionada por la uretritis gonocócica).

Puede observarse que la expresión *enfermedad de transmisión sexual grave* designa un elemento normativo valorativo de carácter científico, pues su aprehensión exhaustiva necesita de un conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, a la vez que sistemáticamente estructurados, de los cuales se pueden deducir principios y leyes generales.

El tipo subjetivo está integrado por un elemento cognitivo distinto del dolo, en tanto en la norma se hace referencia al autor que *tuviere conocimiento* de ser portador de la enfermedad. Es un elemento expreso, que recae sobre un elemento periférico de la figura y se dirige a remarcar un conocimiento específico acerca de tal accidente del tipo legal, tornando insuficiente el dolo eventual en relación con éste. La conducta sexualmente abusiva sólo puede ser cometida con dolo directo.

El error, evitable o inevitable, respecto de cualquier elemento del tipo objetivo agravado constituye un error de tipo que excluye la responsabilidad más grave.

e. Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima

El art. 120 del Cód. Penal prevé el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima. Es una variedad de abuso sexual cuya característica definitoria es que el sujeto activo atenta contra la indemnidad sexual de la víctima prevaliéndose de una posición de superioridad que él ocupa respecto de aquélla.

1) *Distintas figuras penales.* En el párr. 1º de la norma del art. 120 del Cód. Penal se incluye la figura básica del delito. La tipificación de la figura agravada aparece en el párrafo siguiente.

Conforme hemos anotado, la agravación de la pena por la muerte de la persona ofendida alcanza también a esta modalidad de abuso sexual.

2) *Aspecto protegido del bien jurídico.* Según se ha dicho, en el abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, lo protegido es la indemnidad sexual de las personas menores de dieciséis años.

No está de más reiterar que no se protege mediante estas figuras penales la libertad para la elaboración del propio plan de vida sexual, puesto que lo que caracteriza de modo particular a estas personas es una inmadurez sexual que los priva de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual.

Es por eso que el ejercicio de la sexualidad con estos menores se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro.

La antijuridicidad de las prácticas sexuales con estas personas no deriva, pues, de que la víctima no consiente libremente la acción del sujeto activo, sino de la existencia de un consentimiento inidóneo para borrar la ilicitud, por haber sido prestado por un ofendido que la ley reputa incompetente para conocer las consecuencias del acto.

3) *Figura básica*. El art. 120 del Cód. Penal, en su párr. 1°, establece: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado”.

La conducta típica es la misma que la del sometimiento sexual gravemente ultrajante (art. 119, párr. 2°) y el abuso sexual con acceso carnal (art. 119, párr. 3°), por lo que, en lo pertinente, remitimos a lo desarrollado.

Este abuso sexual puede ser cometido por cualquier persona, tanto un hombre como una mujer.

Sujeto pasivo, en cambio, sólo pueden serlo el varón y la mujer menores de dieciséis años de edad y mayores de trece. Si fuera menor de trece años, debería aplicarse, según la conducta desplegada, el segundo o el tercer párrafo del art. 119 del Cód. Penal, respectivamente.

La tipicidad exige, además, que se trate de una persona *inmadura sexualmente*, o sea, una persona carente de madurez en materia sexual. El giro lingüístico que emplea la ley designa un elemento normativo valorativo de carácter cultural cuya télesis requiere la apelación a una apreciación social que depende del conocimiento de un conjunto de modos de vida, costumbres y grado de desarrollo cultural vinculados a determinada época y cierto grupo social.

No debe interpretarse que sólo es inmadura sexualmente aquella persona que carece de experiencia en materia sexual, esto es, la persona que –aun sin ignorancia en lo relativo a las relaciones sexuales– no ha perdido su inocencia en esta materia por la práctica sexual. También lo es aquella que, contando con alguna experiencia y ciertos conocimientos en orden a la sexualidad, no posee la madurez física, psicológica, moral y espiritual necesaria para elaborar idóneamente su propio plan de vida sexual.

Actos de irresponsabilidad en el ámbito sexual, tales como el trato sexual de una mujer con varios hombres sin tomar los recaudos necesarios para no contraer enfermedades de transmisión sexual o sufrir embarazos no deseados, son, muchas veces, demostrativos de tal falta de madurez sexual²².

Puede afirmarse, en definitiva, que la inmadurez sexual del sujeto pasivo del delito es su *falta de competencia* para desempeñar el rol específico que le incumbe en el libre, voluntario y consciente trato sexual.

El tipo subjetivo requiere dolo directo, en tanto contiene un elemento subjetivo distinto del dolo que establece que el sujeto activo debe abusar sexualmente de la víctima *aprovechándose* de su inmadurez sexual. Es un *elemento impropio de la actitud interna* del agente, que reclama que éste realice la conducta típica prevaleciéndose de la falta de madurez sexual del ofendido. El autor debe lograr el consentimiento de la víctima respecto del sometimiento sexual ultrajante o el acceso carnal por cualquier vía, gracias a su situación de superioridad respecto de aquélla.

²² Reinaldi, *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087*, p. 123.

El error –tanto evitable, como inevitable– sobre la edad de la víctima o sobre su condición de inmadura sexual excluye el dolo, en tanto se trata de un error sobre elementos del tipo objetivo que, en cuanto tal, excluye la tipicidad dolosa. La duda acerca de los elementos del tipo no equivale a error.

El aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima debe tener lugar en razón de circunstancias que muestran una *situación de superioridad* del sujeto activo respecto de ésta, a saber:

a) La *mayoría de edad del autor*. Esta expresión del tipo penal constituye un *elemento normativo jurídico*, puesto que hace referencia a una realidad determinada por una norma jurídica, remitiendo a la disposición del ordenamiento jurídico que establece cuándo las personas adquieren la mayoría de edad. Es la regla del art. 126 del Cód. Civil la que dirime dicha cuestión. Prescribe esta manda legal: *Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años*²³.

Puesto que la mayoría de edad se adquiere el día en que se cumplen los dieciocho años (arts. 126 y 128, Cód. Civil), a tales efectos se computa como día completo el de nacimiento, desde la medianoche en que él comienza.

No puede afirmarse que, mediante dicho enunciado, el legislador ha pretendido aludir a una mera diferencia de edad significativa entre autor y víctima, es decir, a que el agente tenga más edad que la víctima, de forma tal que exista una situación de preeminencia del primero respecto de la segunda. Si así se interpretara, el propio tipo legal del art. 120, párr. 1°, del Cód. Penal resultaría una norma redundante, por contemplar dos veces una misma hipótesis, pues entre los supuestos de superioridad que prevé el artículo mencionado se incluye, justamente, la *relación de preeminencia del autor respecto de la víctima*.

b) La *relación de preeminencia del autor respecto de la víctima*. Esta alocución, por su vaguedad, capta toda situación de supremacía del agente respecto del menor, cualquiera sea la causa que le haya dado origen.

c) Otra *circunstancia equivalente* a la relación de preeminencia del autor respecto de la víctima. Se trata de otro enunciado de textura abierta, a través del cual el legislador refirma su voluntad de permitir al intérprete la inclusión de situaciones análogas a la vinculación de preeminencia, que impliquen casos en los que el agente se aprovecha de la inmadurez sexual del ofendido valiéndose de ciertos lazos que lo unen a éste, con el objetivo de lograr su consentimiento para el acto sexualmente abusivo. La enumeración de estas hipótesis de superioridad es, como se ve, puramente ilustrativa.

No está de más enfatizar que, como consecuencia del elemento impropio de la actitud interna incluido en el tipo subjetivo –que demanda *aprovechamiento* de la inmadurez de la víctima, en razón de alguna de tales circunstancias–, no es suficiente para satisfacer las exigencias subjetivas de la figura la *mera existencia* de esas situaciones de superioridad, aun *conocida* por el sujeto activo.

Aunque el precepto legal no lo requiera de modo explícito, el aprovechamiento del agente de la falta de madurez sexual del ofendido ha de dirigirse a lograr el consentimiento expreso o tácito de la víctima, pues si el sujeto activo realizara la con-

²³ Según ley 26.579, BO, 22/12/09.

ducta típica sin dicha anuencia no habría posibilidad de tal aprovechamiento, ni de abuso sexual, sin que el autor incurra en alguna de las formas de delincuencia de los párrafos segundo o tercero del art. 119 del Cód. Penal.

La necesidad de dicho consentimiento, además, pone en evidencia que debe rechazarse el empleo de violencia, amenazas, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder. Se trata de medios comisivos cuya utilización supone una voluntad contraria proveniente de quien sufre la acción, que es doblegada mediante ellos, y estos elementos no concurren en los casos en que el ofendido adopta una actitud consentidora.

A partir de la exigencia legal de aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, la doctrina jurídica ha discutido respecto de la necesidad –para la satisfacción de lo que este tipo penal requiere– de la *seducción real* del sujeto pasivo, como consecuencia de la cual éste presta su consentimiento.

Para elucidar esta cuestión, resulta útil poner de relieve las diferencias que existen entre los conceptos de *seducción real* y *seducción presunta*. En la primera, el autor debe lograr el sometimiento sexual gravemente ultrajante o el acceso carnal engañando o persuadiendo a la víctima y el juez debe probar, como extremo del delito, el engaño o persuasión. En la *seducción presunta*, en cambio, la ley presume *iuris et de jure*, no la existencia de engaño o persuasión, sino que la víctima, por su inexperiencia, cede seducida por la propia naturaleza del acto sexual o por la seducción del autor. Sobre la base de esas premisas, parece inconcuso que la figura penal del art. 120 del Cód. Penal prescinde del requisito de seducción para la tipificación del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima.

La norma no reclama como necesario aquello que demanda la noción de *seducción real*, pues no exige una *concreta conducta seductora desplegada por el agente*, sino *menos que eso*. En los términos de la fórmula vigente, sólo debe mediar un *aprovechamiento del autor de la situación de superioridad que tiene respecto de la víctima*, el que, por cierto, deberá ser debidamente acreditado por el juez. Únicamente ese extremo deberá probarse y no una *seducción real* cuya existencia no impone de modo expreso el tipo penal, ni surge del *sentido* de la acción prohibida que describe la norma. Por lo demás, si la seducción consiste en *la persuasión por halagos, lisonjas o mañas*, no parece irrazonable sostener que aquel aprovechamiento podría acaso obedecer a otras circunstancias diversas del despliegue seductor del actor y, quizá, vinculadas con cierta *presión difusa* del sujeto activo sobre la víctima. Recuérdese a este respecto, que, entre las circunstancias de las que puede servirse el agente para aprovecharse de la inmadurez sexual del paciente de la acción, la ley menciona la relación de preeminencia del autor respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente. No nos parece descabellado colegir dicha presión difusa de alguna de estas situaciones.

La sola exigencia de aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, pues, no configura al sistema de la ley como *de seducción real*, habida cuenta que ésta, al demandar *que se acredite el engaño o la persuasión mediante los cuales el autor llevó a cabo la acción prohibida*, exige más que ese mero aprovechamiento. Tampoco echa mano la ley de presunción alguna en relación con ese *aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima*, habida cuenta que, ni siquiera cuando se verifica una objetiva situación de superioridad del agente en relación con aquélla,

originada en la mayoría de edad del primero, la existencia de una relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente, ese aprovechamiento puede tenerse por verificado. Por el contrario, el tipo penal del art. 120 del Cód. Penal no establece ninguna presunción en tal sentido, sino que, en su lugar, requiere que se acredite que el autor, prevaliéndose de su situación de superioridad respecto de la víctima, ha abusado de la inmadurez sexual de ésta y logrado su consentimiento al acto sexual. En la interpretación del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual, en definitiva, carecen de valor las disquisiciones sobre qué se entiende por seducción, porque el texto legal no requiere que el delito sexual sea logrado por ese medio.

El autor debe tener conocimiento de realizar acciones idóneas para configurar un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima o un acceso carnal con un menor de dieciséis años y mayor de trece, cuyo consentimiento ha obtenido aprovechándose de su inmadurez sexual.

Si el propósito del autor fue realizar una acción apta para configurar un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima o un acceso carnal y, por circunstancias ajenas a su voluntad, no lo consumó, el delito queda en grado de tentativa (art. 42, Cód. Penal). Resulta difícil imaginar hipótesis de tentativa acabada.

La parte final de la norma del art. 120, párr. 1º, del Cód. Penal contiene una regla expresa de subsidiariedad. Es una regla de subsidiariedad expresa *relativa*, en cuanto dispone que el tipo penal disfruta de preferencia en relación con otro, sólo si castiga la acción con una pena más grave. El abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual, en suma, se castiga en forma autónoma sólo cuando no *resultare un delito más severamente penado*, es decir, cuando la acción típica que configura el mismo no encuentra encuadramiento jurídico en otro delito conminado en abstracto con pena mayor. En este último caso, el tipo y la pena del abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima consentidora cede ante el delito previsto con sanción más grave. El delito es de acción pública dependiente de instancia privada (art. 72).

4) *Figuras agravadas*. El art. 120 del Cód. Penal, en su párr. 2º, expresa: La pena de abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incs. *a, b, c, e o f* del párr. 4º del art. 119.

Las agravantes son las mismas que aumentan la punibilidad del sometimiento sexual gravemente ultrajante y el abuso con acceso carnal.

A la par de estos tipos calificados, corresponde mencionar el del art. 124 del Cód. Penal que, en lo que aquí interesa, prescribe que se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en el caso del art. 230 *resultare la muerte de la persona ofendida*. Es una calificante por el resultado. Sin embargo, no es fácil concebir que se produzca la muerte de la víctima como consecuencia de un acceso sexual consentido y, en consecuencia, que pueda darse esta agravante. El delito es de acción pública dependiente de instancia privada (art. 72).