

Voces: DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL - BIEN JURÍDICO PROTEGIDO - MENORES - DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS - ABUSO SEXUAL - ABUSO SEXUAL AGRAVADO - ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE - ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL

Título: Una mirada en torno a los delitos contra la integridad sexual

Autor: Bentivegna, Silvina A.

Fecha: 15-mar-2016

Cita: MJ-DOC-7464-AR | MJD7464

Producto: MJ

Sumario: *I. Introducción. II. El bien jurídico por proteger. III. El abuso sexual simple. IV. El abuso sexual agravado por sometimiento sexual gravemente ultrajante. V. El abuso sexual infantil con acceso carnal. VI. Conclusión.*

Por Silvina A. Bentivegna (*)

«Para recuperar la infancia, tengo 2 años más. Hasta los 13 años. Yo perdí la infancia» - Aylén (1)

I. INTRODUCCIÓN

La mujer libre romana estaba moralmente obligada a no tener contacto sexual antes del matrimonio, y ese deber moral se extendía naturalmente durante este último (respecto de hombres que no fueran su marido). En cambio, el varón estaba sometido a una regla más laxa, que se limitaba a no ofender a la mujer ajena o a las doncellas. En caso de deshonor, el derecho penal doméstico era ejercido por el «pater familia», quien podía llegar al extremo de aplicar la pena de muerte, ya que no se exigía una relación de proporcionalidad entre la ofensa y la pena aplicable. En el derecho penal romano, la tutela penal de

la honestidad o el pudor estuvo condicionada a los femicidios de la Historia; en particular, las prostitutas, las dueñas de burdeles, las artistas, las mujeres de locales públicos y las mujeres que vivían en concubinato estaban excluidas del sistema penal. En la época de César Augusto, se sancionó la «Lex Iulia de Adulteriis Coercendis» para reprimir distintos comportamientos sexuales; entre ellos, el estupro y la violación como figuras autónomas (2).

En este orden de ideas, y considerando el marco histórico, puedo llegar a la conclusión de que

los delitos que abordaré a continuación se enmarcan en la honestidad, y esta ha precedido al concepto moderno de la autodeterminación sexual de la persona.

II. EL BIEN JURÍDICO POR PROTEGER

En materia de delitos contra la integridad sexual, al bien jurídico tutelado -siguiendo nuestra legislación- se ve dudoso calificarlo a la luz de los diversos intereses en juego. Así lo sostiene la doctrina también mediante distintas conjeturas al respecto, advirtiendo que la autodeterminación sexual de la persona es una manifestación de su autonomía y dignidad personales reconocidas y aseguradas por nuestra Ley Fundamental, los pactos y tratados internacionales (3).

En materia de infantes, con personas menores de 13 años de edad y en caso de aprovechamiento mediante contactos sexuales con personas de 13 años de edad o más, que presentan deficiencias mentales o madurativas, la integridad sexual puede verse insuficiente en este aspecto.

Ahora bien, la reforma introducida por la Ley 25.087 (4) identifica al bien jurídico con la autodeterminación sexual de la persona. Sin embargo, se ha considerado que la legislación debería incluir, como lo han incorporado otras legislaciones (5), un rango mayor de bienes que vengan a reflejar la importancia actual que tiene la protección de la infancia y la adolescencia en la sociedad actual; en especial, desde el punto de vista constitucional (6).

Siguiendo el lineamiento constitucional debemos tener en cuenta que la libertad sexual se encuentra amparada en el art. 19 de la CN: libertad, identidad y dignidad; conceptos tales que hacen al decidir de una persona. Es ella, es él, quien decide con quién y cuándo mantener un contacto sexual.

En este sentido, la autodeterminación sexual ha sido definida como la libertad de la persona para decidir sobre el lugar, el tiempo, la forma y la persona con la que se mantendrá trato sexual (7).

En efecto, como ya hice alusión en párrafos precedentes, el bien jurídico protegido en materia de infantes es su indemnidad sexual. El Código Penal Argentino hace alusión a la integridad sexual, que se protege -como lo sostuvo la jurisprudencia (8)- de todas aquellas agresiones dirigidas contra la autodeterminación, indemnidad y desarrollo de la personalidad psicofísica sexual del sujeto pasivo en una dimensión más amplia y que se relaciona directamente con la autonomía y dignidad inherente a la persona humana.

Asimismo, la doctrina (9) refiriéndose a este aspecto sostuvo que cualquier conducta ajena que interfiera en el ámbito del pautado desarrollo psicobiológico de la sexualidad del individuo o desconozca el contenido de su libido ingresa en el campo de la represión penal. En este sentido, el bien jurídico «integridad sexual» toma en cuenta dos intereses: la libertad de la determinación sexual y el normal desarrollo sexual del menor de edad.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo mentado, soy del criterio de que la libertad sexual se traduce en la capacidad de consentir o no avasallamientos en el ámbito privado de la libertad sexual. Sin embargo, la doctrina minoritaria se expidió en este aspecto considerando que los menores de edad quedarían excluidos por carecer precisamente de dicha libertad. Empero, soy del criterio de que este pensamiento es inapropiado, ya que precisamente son los infantes,

quienes encuentran plena coyuntura a fin de quedar inmersos bajo la concepción de la integridad sexual, decidiendo con el transcurrir de sus años con quién tener un contacto sexual y de qué manera tenerlo.

III. EL ABUSO SEXUAL SIMPLE

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente, puedo considerar como también lo ha sostenido la doctrina (10), en lo atinente al bien jurídico tutelado, cuando estamos en presencia de menores de edad y demás incapaces, se trata de la indemnidad sexual. Se debe tener en cuenta que la libertad sexual de las personas se encuentra restringida hasta alcanzar la mayoría de edad -18 años-. Por debajo de los 13 años de edad, hay una prohibición absoluta de mantener contactos sexuales con dichos menores de edad. En lo atinente al sujeto activo de este delito, podrá serlo cualquiera, tanto un hombre como una mujer podrá ser autor o autora de delitos sexuales de abuso.

Respecto a la participación, podrá ser llevado a cabo en autoría mediata o coautoría. En este último supuesto, si bien pueden participar varias personas de manera conjunta en la comisión del delito, ejerciendo violencia y amenazas, no necesariamente todos ellos pueden haber mantenido relaciones sexuales mediante acceso carnal o introducción de objetos.

En lo atinente a la autoría mediata, el abuso puede ser llevado a cabo mediante una tercera persona que es quien actuaría como instrumento. En dicho caso es suficiente que se haya alterado el normal desarrollo de la sexualidad del infante. Empero, soy del criterio de que el abuso no necesariamente se configura con un contacto sexual directo entre el autor y su víctima, siendo pasible, por lo tanto, de la intermediación de un tercero.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que en el marco de las relaciones intrafamiliares, se puede configurar la figura del partícipe primario, en cuyo caso quien tiene la obligación de velar por los derechos del niño, teniendo a su cuidado la responsabilidad parental y guarda del infante omite intervenir ante la situación abusiva de índole sexual cometida por una tercera persona, teniendo en cuenta dicha circunstancia, es quien deberá responder por la omisión configurada.

En lo atinente al sujeto pasivo de este delito, podrá serlo cualquier persona: tanto un varón como una mujer podrán ser víctimas de delitos sexuales de abuso. Estos, al no constituir delitos especiales ni de propia mano, son pasibles de ser cometidos, como ya mencioné, en coautoría y autoría mediata.

El art. 119 del Código Penal establece como víctima de abuso sexual a los menores de 13 años, atento a la falta de capacidad que el infante posee a fin de consentir el contacto sexual. Los menores de 13 años carecen «iure et de iure» de cualquier tipo de posibilidad de consentir o asentir una relación sexual con otra persona mayor de edad (11).

La doctrina considera que el problema estaría en las condiciones procesales de dicha presunción, que no admite prueba en contrario. En este contexto, se entiende que las razones político-criminales de fijar el límite etario en los menores de 13 años en materia de delitos sexuales atiende a las circunstancias de orden psicobiológico, social y cultural que han sido tenidas en cuenta, por lo general, en todas las legislaciones nacionales.

Sin perjuicio de ello, los infantes mayores de 13 años también pueden ser sujetos pasivos de

abuso sexual ante la intromisión arbitraria en su esfera íntima sexual.

El delito de abuso sexual puede ser llevado a cabo sobre un menor de edad que se encuentre bajo la relación de dependencia, autoridad o poder, ergo, por los padres o quienes ejerzan la autoridad parental del niño o personas que cumplan la función de guarda o supervisión de este. La jurisprudencia se ha pronunciado en este aspecto, considerando que se reprime el abuso sexual cometido por la persona responsable del cuidado y vigilancia del menor de edad (12). En los casos de abuso por autoridad o poder, lo injusto típico es la relación de subordinación del infante respecto del adulto responsable.

El autor proyecta el poder de disposición que tiene sobre el menor de edad para imponerle el acto sexual. Las posibilidades de defensa de la víctima se encuentran seriamente mermadas cuando la agresión sexual proviene de una persona de confianza o a la que se le debe un respeto particular. Ingresan también dentro de esta esfera de supuestos aquellas circunstancias donde la víctima se encuentra vinculada al autor por mediar una relación de autoridad. En este orden de ideas, pueden mencionarse las relaciones educando-educador, preso-celador, o cualquier otro tipo de relación donde exista una situación de prevalencia del autor sobre la víctima.

En el caso de los educadores, los menores de edad se encuentran sujetos a un deber de respeto hacia sus maestros, lo que muchas veces incluye una relación afectiva o sobredimensionada del educador, puesto que permanece junto al menor de edad durante el tiempo que demanda su educación. Las relaciones de confianza y autoridad basadas en la habitualidad en el trato de los maestros y profesores aparecen como un campo propicio para ejercer cualquier tipo de abuso sexual basado en la inocencia e inmadurez de los menores de edad para manejar este tipo de situaciones extremas (13).

En otro orden de ideas, a fin de poder brindar una definición de abuso sexual simple, si bien el Código Penal no trae una definición, puedo calificarlo como una conducta que altera el normal desarrollo de la sexualidad de un niño, constituyendo un asalto a su autodeterminación e indemnidad sexual que, por su edad y madurez, no llega a comprender y, como tal, no se encuentra en plena capacidad de tener un contacto sexual, siendo este perpetrado mediante el uso de la coerción, violencia, amenaza o intimidación.

En el derecho comparado, particularmente en los Estados Unidos, su Código Penal (USC) define al «acto sexual» («sexual act») como el contacto del pene con la vagina o el ano. Este contacto incluye la penetración, aunque sea mínima. Abarca el contacto de la boca con el pene, la vagina o el ano. La penetración puede ser peneana, digital o con cualquier objeto con el propósito de humillar, acosar o despertar en la víctima el deseo sexual.

Dicho contacto sexual importa un tocar intencionalmente, sea de manera directa o a través de la ropa, genitales, ano, ingle, pecho, cara, muslo interno o las nalgas de cualquier persona con la intención de humillar, acosar, degradar, o despertar o satisfacer el deseo sexual de otra persona (14).

Nuestro Código Penal en su art. 119 pena dicha acción, la cual implica una injerencia arbitraria en la esfera sexual del otro, debiendo reunir conforme el mentado artículo que la víctima fuera menor de 13 años, que medie 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. Asimismo, que el abuso -por su

duración o circunstancias de su realización- hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. Que medie acceso carnal por cualquier vía. Y a su vez, que resulte un grave daño en la salud física o mental de la víctima. La doctrina (15) ha considerado que debe existir un intercambio o contacto físico entre el autor y la víctima, llegando a la conclusión, por lo tanto, de que los abusos verbales de contenido lascivo quedarían excluidos del ámbito de protección de dicha norma.

La jurisprudencia en este punto se ha pronunciado en el sentido de exigirse que dicho contacto físico entre el autor y la víctima contenga una suficiente entidad como para menoscabar la libertad sexual de la víctima, como ser los tocamientos en las partes pudendas del infante o el masturbarlo (16).

El abuso sexual debe contener una clara referencia a la sexualidad, debiendo constituir un ataque directo a la autodeterminación o indemnidad sexual de niño.

En efecto, ha sido objeto de debate considerar la acción de abusar a los actos de tocamientos, es decir, los actos donde el victimario toca el cuerpo de la víctima, o aquellos en los cuales la obliga a llevar a cabo conductas autorreferentes sobre el cuerpo del niño. Dichas acciones han quedado enmarcadas dentro de la categoría de abuso sexual.

Nuestra ley penal protege de igual manera tanto al varón como a la mujer víctima, rigiendo una absoluta prohibición de contacto sexual.

El delito de abuso sexual contra menores de edad es un delito de peligro abstracto, ya que el comportamiento abusivo sobre la víctima en su condición etaria importa una situación de peligro para su normal desarrollo, sin necesidad de que efectivamente en el caso concreto la víctima menor de edad haya sufrido algún tipo de trauma o desarreglo psíquico fruto de la conducta abusiva del autor (17).

Por otra parte, conforme la redacción del mentado art. 119 del CPen, se desprende a mi criterio que dicha normativa marca una regulación deficiente en ciertos aspectos, debido a la necesidad del contacto corporal entre la víctima y el victimario. En efecto, en caso de resultar que un niño fuera fotografiado adoptando una pose de contenido sexual, dicha situación entraría bajo el amparo del art. 128 del CPen, en lo relativo a aquellas conductas de producción de imágenes pornográficas.

Por otro lado, surge el supuesto en que el niño presencie un acto sexual, en cuya circunstancia no encuadraría dentro de la figura del art. 119 del CPen al no mediar contacto sexual entre la víctima y el victimario. Dicha circunstancia podría ser enmarcada en el art. 129, en cuanto a los parámetros de la conducta típica, en el sentido de que, conforme a dicha norma, se estaría ejecutando un acto de exhibicionismo obsceno expuesto a ser visto involuntariamente por un niño, agravándose como tal la pena en dicho contexto.

El delito de abuso sexual simple puede tener como sujeto pasivo tanto a un menor de edad de 13 años como a un menor de 18 años. Es sabido que los niños carecen de una madurez sexual a fin de hacer frente a determinadas situaciones en cuyo seno el desarrollo sexual normal pueda verse dañado por las injerencias de terceras personas. En efecto, la madurez sexual del infante se alcanza recién a los 18 años, lo cual no significa propiamente que dicha madurez lo sea al nivel psicológico.

Respecto de la convivencia entre la víctima y el victimario, la ley penal contempla la situación particular de aprovechamiento de tal circunstancia por parte del abusador, en el sentido de que el infante carece de mecanismos psíquicos a fin de poder hacer frente a tal situación de cara al abuso perpetrado y respecto de una posición de prevalimiento por parte del autor.

Tal situación se puede armonizar con el art.120 del CPen, que dispone la circunstancia de aprovechamiento de la inmadurez sexual del niño, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente.

Si bien mencioné el delito de abuso sexual simple, existen otros delitos, como la promoción y facilitación de la corrupción de menores, y el ejercicio de la prostitución, en donde se puede observar que los efectos en la personalidad psicológica del infante son devastadores, condicionando -por lo tanto y como efecto de dicho accionar delictivo- la personalidad sexual del niño y/o adolescente. El fundamento de la ineficacia del consentimiento se justifica en la falta de madurez sexual de la víctima, es decir, en la insuficiencia en el desarrollo de su personalidad psicobiológica sexual que le permita comprender y asimilar el contenido y alcance del acto sexual. En el caso de los menores de 18 años que conviven con el autor de delito, el motivo de la punición de los contactos sexuales con esta franja etaria de personas está determinado por la necesidad de evitar la explotación de una situación de confianza entre la víctima y el autor, fruto de la situación de cohabitación previa entre ambos. El abuso de autoridad y el poder del adulto conviviente sobre el menor de 18 años que le impone una relación sexual a expensas de su autodeterminación sexual representan un abuso de poder inaceptable (18). De lo dicho surge a todas luces que la relación afectiva es un medio poderoso a fin de llevar a cabo la conducta abusiva con el infante, manipulando sus sentimientos y abusando por lo tanto de su confianza y tutela -requisito «sine qua non» a fin de aplicarse dicha figura-. Es indudable que aquel abuso sexual originado en el núcleo familiar lleva a que el niño disminuya notablemente su capacidad de defensa. Esto me lleva a considerar que a raíz de ser el grupo más vulnerable en razón de su condición etaria y física, teniendo en cuenta que a su vez son más proclives a las intimidaciones y amenazas, constituyen estadísticamente los más propensos a ser víctimas de delitos contra la integridad sexual.

La jurisprudencia (19) se ha pronunciado con respecto a la situación de aquellas personas que asumen el rol de guardador en la configuración de dicha conducta típica, en el sentido de que a las personas que asumen la calidad de guardador de manera legal o bien asumiendo dicho deber de manera natural, se les aplica la causal de agravación de la pena cuando el autor en su calidad de concubino de la madre del menor víctima, abusa sexualmente de él en infracción a ese deber asumido.

El Código Penal agrava notablemente las penas cuando el abuso sexual es cometido por un pariente de la víctima -ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano-. Lo agravante encuentra su raíz en la relación de confianza y respeto que tal relación origina entre las partes, la cual se ve malversada con dicha conducta de índole sexual. En tal sentido, respecto de los progenitores, la conducta encuentra su agravante no solo en razón de la responsabilidad parental, la cual se encuentra en cabeza de ambos padres, sino particularmente sobre la base de la ya mentada confianza y apego existente entre ambos, agravándose a su vez en la situación de convivencia que podría existir entre la víctima y el victimario.

Dentro de este delito sexual, estadísticamente se configura también, el abuso cometido aprovechándose de la relación de autoridad entre el maestro y el alumno menor de edad,

reprimiéndose dicho accionar por el ya mentado art. 119 del CPen, variando la pena si la víctima fuera menor de 13 años o menor de 18 años. También resulta frecuente el abuso sexual cometido por los profesores de Educación Física, tanto respecto de aquellos que se desempeñan en el marco de un instituto educativo como si prestan servicios en clubes deportivos, rigiendo entre ambos -educador/educando- una relación de confianza.

Se suma a lo dicho el abuso que puede cometerse en la relación de sacerdote y el menor de edad. En este sentido, quien ejerce una autoridad religiosa o eclesiástica y tiene a su cargo la enseñanza religiosa respecto de aquellos niños y/o adolescentes que asisten a los institutos educativos o comunidad religiosa representan una figura de autoridad para ellos. Empero, aprovechándose de dicha figura y la relación de distinción, la utiliza a fin de cometer las conductas abusivas, las cuales resultan agravadas por poseer la calidad de persona encargada de la educación. La reforma introducida por la Ley 25.087 modificó el término «sacerdote» por el de «ministro de algún culto religioso» reconocido o no por la Secretaría de Cultos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de la Nación, de modo tal que la conducta abusiva basada en una relación de preeminencia podrá enmarcarse por cualquier ministro de un culto.

La jurisprudencia extranjera se ha pronunciado en este tema. Al respecto, una de las víctimas menor de edad se ocupaba de realizar distintas suplencias en las tareas de limpieza en la rectoría de un sacerdote católico, ocasión en la que este último aprovechaba para confesarla y luego besarla, siendo rechazado por aquella, frente a lo cual, el párroco la amenazó con el purgatorio en caso de que lo contara a terceros o rehusara nuevamente los contactos sexuales. Durante esa misma época, el sacerdote asistía a las clases de catequesis a la que concurría su próxima víctima. Al cumplir 14 años de edad, el sacerdote comenzó a hostigarla sexualmente mediante besos, llegando incluso a ofrecerle la hostia de boca a boca. Mientras todo esto sucedía, el autor le manifestaba que él era el Salvador y que él la necesitaba. Al fallecer posteriormente la encargada original de la limpieza de la rectoría del colegio, la menor de edad se hizo cargo de las tareas habituales que demandaba dicho oficio, lo que permitió extender los encuentros entre esta y el autor. En uno de estos encuentros, el sacerdote la convenció para que se desnudaran bajo el pretexto de una aparición divina, aprovechando para acariciarle los senos y hacerse tocar el pene (20).

Sin más, en nuestro país un caso renombrado fue el caso del sacerdote católico argentino, fundador de la Fundación Felices los Niños, Julio César Grassi, condenado por la Justicia argentina a 15 años de cárcel por abuso sexual infantil y corrupción de menores.

El delito de abuso sexual simple es un delito doloso, ya que quien comete la conducta de índole sexual conoce y tiene la intención de ejecutarla, existiendo, por lo tanto, en el autor un ánimo libidinoso. Lo injusto de este delito es precisamente que quien lo comete tiene pleno conocimiento y, como tal, la extrema voluntad de ejecutar una intrusión no consentida por el infante sobre su indemnidad sexual, infringiendo por lo tanto su autodeterminación.

Cuando el autor del delito no tiene pleno conocimiento sobre la edad del menor o yerra respecto de ella (a modo de ejemplo, cuando se tratase de un niño de 13 años), dicho error excluirá el dolo y así la conducta resultará impune, al no existir en nuestra ley penal regulación imprudente. Quien alegue el error, por supuesto deberá probar su existencia, tratándose de un supuesto de inversión de la carga de la prueba (21).

La jurisprudencia sobre el particular se ha pronunciado, considerando que se debe rechazar la excusa ensayada por el acusado de que desconocía la edad de la víctima y la suponía mayor

de 14 años, si se desprende del caso concreto que la víctima acudía al supermercado donde laboraba el acusado vestida con guardapolvo blanco, que su apariencia física era compatible con una menor de 14 años, sumado a que el autor era una persona mayor de edad, casado y con una hija, siendo su sobrina de esa edad, todos estos datos objetivos hacen inverosímil el alegado error sobre la condición etaria del sujeto pasivo (22).

IV. EL ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR SOMETIMIENTO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE

En el marco de los delitos sexuales, la Ley 25.087 introdujo la figura agravada en estos delitos -el sometimiento sexual gravemente ultrajante-, entendiendo por tal todas aquellas conductas ejercidas mediante la violencia y medios coactivos sobre el infante. Ejemplos de dicho agravamiento podrían ser: la introducción de objetos por las vías vaginal o anal, la imposición de prácticas de zoofilia, la penetración digital por las vías comunes de acceso carnal -este último en el derecho comparado es equiparado a la propia violación-. Dichos modos de ejecución -cometidos o no por el propio autor- llevados a cabo sobre el niño, y su duración en el tiempo, no necesariamente deben llegar al acceso carnal propiamente dicho a fin de constituir un atentado contra la dignidad de la víctima. En efecto, el abuso resultará gravemente ultrajante si el autor lo realiza durante un tramo temporal considerable o permanente aun sin acceso carnal.

Otro de los aspectos para tener en cuenta sobre el particular es el relativo a la edad de la víctima en relación con su minoridad. En este sentido, el abuso llevado a cabo sobre una víctima menor de edad convierte la conducta indudablemente en un abuso agravado atento a la situación de vulnerabilidad e indefensión en que el infante se encuentra, particularmente los menores de 13 años de edad.

Existen ciertas circunstancias llevadas a cabo por el victimario en la comisión de dicho accionar -las cuales agravan el modo de comisión del abuso sexual-, como aquellas conductas lúdicas y la presión en el tiempo que este ejerce sobre el infante a fin de acceder a su deseo sexual.

Conforme el art. 119 del CPen, y teniendo en cuenta la cláusula de agravación de pena para la comisión del abuso sexual mediante sometimiento sexual gravemente ultrajante, debemos considerar dos aspectos para tener en cuenta. Por un lado, un aspecto negativo: la ausencia de acceso carnal, entendida como conjunción o penetración del miembro viril por las vías vaginal o anal de la víctima. Por otro lado, la acción de abuso sexual realizada en estas condiciones exige un plus objetivo en el autor, que se alcanza cuando la conducta abusiva supera con creces el simple ultraje propio que genera en la víctima cualquiera de los actos sexuales violentos realizados en su persona (23). Dicho agravante encuentra su razón en la mayor afectación que sufren los bienes jurídicos protegidos, como la libertad e indemnidad sexuales mediante el sometimiento.

Ahora bien, el art. 119, en su párr. 2.º, dispone que «el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima...». En tal sentido, y teniendo en cuenta lo antedicho, soy del criterio de que el sometimiento al cual se refiere la normativa deberá consistir en el uso de la violencia ejercida por el autor reduciendo al infante bajo su dominio y control, y a su vez, la intención del victimario de colocar al infante en una situación de objeto sexual satisfaciendo sus propios deseos sexuales. Empero, a la luz de dicha norma no solo es condición suficiente la duración o

circunstancia en el tiempo, siendo condición «sine qua non» el sometimiento sexual, colocando al niño en su objeto de apetencia sexual.

A su vez, el delito de abuso sexual contemplado por la normativa ya mencionada, podrá concursar con la figura de corrupción de menores, en caso en que el autor, además de dicho sometimiento, tenga la intención de depravar al niño.

En este sentido, en la jurisprudencia, en forma generalizada, son absolutamente contestes en señalar que los actos corruptores pueden ser tales por perversos en sí mismos o por prematuros, entendiendo que «los actos corruptores son aquellos actos de lujuria que siendo prematuros por la edad o depravados por su clase, tengan la entidad objetiva suficiente para producir sobre el espíritu de los menores una deformación psíquica que los altere moralmente, produciendo un vicio o una perversión del instinto sexual» (24).

Sumado a ello, la Sala VII de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha expuesto lo siguiente:«el tipo de la corrupción se enlaza con la existencia de actos de contenido sexuales prematuros, excesivos o perversos...» (25).

Por su parte, la doctrina ha sostenido que la corrupción debe ser entendida como «el estado en que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega [a] aceptar como normal, para su propia conducta la depravación de la actividad sexual» (26). Del mismo modo, serán corruptoras las acciones que pudieran «dejar una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad» (27).

Respecto de los actos gravemente ultrajantes, la jurisprudencia nacional y extranjera se ha pronunciado sobre el particular incluyendo a la agresión sexual mediante penetración, la penetración digital por vía vaginal, la «fellatio in ore», la sodomía, la introducción del puño en la vagina de la víctima, por vía anal, la introducción de objetos por esas vías, el empalamiento, la conducta repetida del acusado de someter a distintos menores de edad a diversas prácticas sexuales, el hecho de que el niño sea obligado por su padre a mantener relaciones sexuales con su segunda cónyuge con el propósito de iniciarlo en la vida sexual, el acto de acercamiento del pene al cuerpo de la menor y su posterior eyaculación (28).

V. EL ABUSO SEXUAL INFANTIL CON ACCESO CARNAL

La ley penal regula la figura del abuso sexual con acceso carnal. Así lo dispone el párr. 3.º del art.119 cuando, mediando las circunstancias de 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, hubiere acceso carnal por cualquier vía (29). Este delito antiguamente era equiparado a la figura de la violación propiamente dicha, ya que la acción era ejercida particularmente por una figura masculina, dado que el medio utilizado para cometer este delito, es decir, para acceder carnalmente a otro, es precisamente el órgano sexual masculino, y la mujer por carecer de este, no podía ser autora de dicho delito. Sin embargo, la reforma introducida por la Ley 25.087 superó por demasía dicha limitación, pudiendo ser ejecutado el abuso tanto por un hombre como por una mujer, de manera tal que, cuando el abuso se llevara a cabo por una mujer, el medio utilizado por ella encierra necesariamente la intermediación o complicidad de un hombre, a modo de ejemplo cuando la mujer sujeta a la víctima a fin de que sea accedida por el hombre, revistiendo ella la calidad de coautora.

El art. 119 del CP enumera ciertas circunstancias que deben mediar a fin de consumar la conducta típica; entre ellas, menciona la violencia, la cual puede ser definida como el uso de la fuerza -psíquica también- y amenaza con la finalidad de menoscabar la libertad sexual de otra persona. La doctrina ha considerado que dicha violencia debe tener por objetivo vencer la resistencia de la víctima para yacer con ella (30).

Por otro lado, otra circunstancia que debe mediar es la amenaza, entendida como la posibilidad de sufrir un mal grave e inminente en su persona. Paralelamente, y como sinónimo de aquella, deberá mediar una intimidación, en el sentido de producir un daño en la víctima. Ahora bien, este daño deberá ser de tal magnitud que genere en la víctima un temor reverencial o peligro actual para ella.

Otra de las circunstancias a que hace alusión la normativa mentada es la relación de dependencia, autoridad o poder entre el infante y el autor, configurándose la situación de prevalimiento sobre el infante y por ende aprovechándose de que la víctima no haya podido consentir libremente tal acción.

Respecto de las vías de acceso carnal, existía un criterio generalizado por el cual se interpretaba que la vía típica era la vagina y anal de la víctima. Sin embargo, existían dudas respecto a si la «fellatio in ore» entraba dentro de esta categoría. Con la reforma introducida por la Ley 25.087, la doctrina mayoritaria -la cual comparto- incorpora dentro de dicha categoría la vía bucal en el supuesto de abuso sexual mediante acceso carnal. En este sentido, soy del criterio de que la penetración bucal constituye un menoscabo a la autodeterminación sexual del infante, quedando por lo tanto incluida en el art.119 del CPen en los supuestos de abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía.

El abuso sexual con acceso carnal se trata de un delito doloso, el cual debe abarcar todas las circunstancias, es decir, que el victimario haya ejercido el delito mediante violencia o amenaza como medio para lograr acceder al infante.

En los casos de abuso sexual proveniente de una situación de superioridad o poder y de convivencia con el infante, se requiere que el victimario haya usufructuado dicha circunstancia y la cercanía con él a fin de lograr su cometido, el acceso carnal.

Este delito puede concursar con el delito de abuso sexual simple y con el abuso sexual gravemente ultrajante, ya que el autor puede ejecutar tocamientos en las zonas pudendas de la víctima, realizar penetraciones digitales o prácticas humillantes y después ejecutar el acceso carnal por las vías habilitadas para ello (31).

A su vez, también podría concursar con el delito de promoción o facilitación de la corrupción de menores de edad, en caso de que las penetraciones se lleven a cabo con un patrón de conducta de manera reiterada, teniendo en cuenta que las acciones corruptoras afectan de manera profunda el psiquismo de la víctima como tal.

En cuanto a la prescripción de los delitos mencionados, conforme la Ley 26.705 (32) cuando la víctima fuere menor de edad, la prescripción de la acción comienza a correr desde la medianoche del día en que este haya alcanzado la mayoría de edad. En caso de que resulte la muerte de la víctima menor de edad, la prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad.

VI. CONCLUSIÓN

Hemos transitado algunos delitos contra la libertad sexual, los cuales revisten claras ofensas a la indemnidad y autodeterminación sexual de las niñas, niños y adolescentes. Es una conducta que altera el normal desarrollo de la sexualidad de un niño, constituyendo como tal un asalto a su libertad sexual.

Pudimos apreciar desde la normativa legal cómo son contemplados estos delitos, y por otro lado, algunas deficiencias de redacción del plexo normativo en cuyo seno se desprende -según mi criterio- una regulación deficiente en ciertos aspectos.

En otro orden de ideas, es claro que el delito que abordamos en particular y más precisamente su esencia del mismo, es decir, la ofensa a la libertad sexual, encuentra efectiva tutela constitucional, que dispensan las normas supranacionales en resguardo de los derechos humanos de los niños a una vida sin violencia.

Soy del criterio de que toda persona posee plena libertad a fin de decidir con quién mantener un contacto sexual y cuándo hacerlo, sin que su autodeterminación, indemnidad y desarrollo de la personalidad psicofísica sexual resulten afectados.

(1) Adolescente víctima de abuso sexual.

(2) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal Sexual». Buenos Aires, Bdef, 2014, p. 2, en comentario a MOMMSEN, Derecho Penal Romano, trad. por P. DORADO, Temis, Bogotá, 1991, pp. 15 y ss. y comentario a MALDONADO de LIZALDE: «Lex Iulia de Adulteriiis Coercendis del Eperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)», en Anuario Mexicano de Historia del Derecho, vol. XVII, 2005, pp. 365 y ss.

(3) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 46.

(4) Ley Nacional de Delitos contra la Integridad Sexual, por la cual se modificó el Código Penal. Sancionada el 14 de abril de 1999, promulgada el 7 de mayo de 1999.

(5) El Código Penal español establece el título de los delitos sexuales cómo «Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales», de modo tal que es mucho más abarcativo en cuanto a los bienes jurídicos protegidos.

(6) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...» op. cit., p. 46.

(7) FISCHER, Strafgesetzbuch una Nebengesetze: 59. Aufl., C. H. Beck, München, 2012.

(8) CNCC, Sala VI, c. N.º 28.940, «Rocca Clement, M.y otro», 25/5/06.

(9) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 61, en comentario a STRATENWERT, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7, p. 138.

(10) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit. p. 61, en comentario a BOIX REIG /

ORTS BERENGUER: «Consideraciones sobre los delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano», en Revista Peruana de Ciencias Penales, José Urquino Oleachea n.º 11 (2002), p. 145.

(11) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 75, en comentario a NÚÑEZ, Tratado de Derecho Penal. Parte especial, t. III, vol. II, p. 254.

(12) CNCC, Sala I, 30/6/81, «O. R.»; Sala II, 2/6/81, «Meglia, J».

(13) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 88 y ss.

(14) Comentario en nota de ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 91.

(15) PECO, «Abuso deshonesto», pp. 94 y ss. NÚÑEZ, «Tratado de derecho penal», t. III, vol. II, p. 310, GAVIER, «Algo más sobre abusos sexuales», pp. 25 y ss.

(16) CNCC, Sala IV, c. N.º 25.696, 24/2/05, «Albarracín, S. A.». Cám. Crim. 3.ª nominación Córdoba, 23/8/89, «Reynoso, J. D.».

(17) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 103.

(18) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 110.

(19) Sup. Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, 12/11/73, «Fiscal c/ Dúo Corvalán, A.»; CNCC, Sala IV, c. N.º 20.717, 13/2/03, «Quisbert Navia, R.»; Trib. Sup. Justicia de Córdoba, expte. N.º 328/99, 17/11/99, «Oros, H.».

(20) Sentencia del 5/11/85 (LG Rottweil) BGH, 1 StR 491/85, citada por ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 158.

(21) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 179.

(22) Trib. de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala III, c. N.º 4721, 7/10/08, «C. F. E.».

(23) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 190.

(24) Causa N.º 1094, Reg. N.º 1599, rta.el 23/11/98, «Alvarado Carrasco, Julio s/ recurso de casación».

(25) CNCC, Sala VII, 31734, rta. 13/9/07, «Ayala Juan s/ abuso sexual».

(26) CREUS, Carlos: «Derecho Penal. Parte especial», t. 1, p. 224.

(27) SOLER, Sebastián: «Derecho penal argentino», t. III, p. 302 y 303 Edit. Tea 1992.

(28) CNCP, Sala I, c. N.º 4649, 11/10/11, «Senillosa, O. R.»; CNCP, Sala IV, Reg. N.º 12781/4, c. N.º 9009, 15/12/09, «Sánchez, C. A.»; CNCO, Sala III, 10/12/09, «Martínez, C.»; Cass. Crim., 9 déc. 1993: Bull crim. N.º 383. Cass. Crim., recurso N.º 98.83.384, sentencia N.º 5923, 21/10/98.

(29) El acceso carnal, entendido como la introducción o penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima.

(30) ROGRÍGUEZ MUÑOZ: Derecho penal, t. II, p. 262. Parte especial, Madrid, 1949.

(31) ABOSO, Gustavo E.: «Derecho Penal...», op. cit., p. 244.

(32) Boletín Oficial 5/10/11.

(*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Especialista en Violencia Familiar y Abuso Sexual. Docente, UBA. Disertante en congresos y seminarios. Excoordinadora del Refugio de Mujeres y Niñas/os en situación de Trata con fines de explotación sexual dependiente del GCABA. Ex letrada patrocinante de mujeres víctimas de violencia familiar de la DGMUJ de la CABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio. Autora de publicaciones sobre temas de su especialidad.