

El delito de abuso sexual simple

Análisis del tipo penal y de la complejidad de la normativa

Sergio Hernán Salaverry &
Néstor Fernández de la Puente¹

Resumen

El presente artículo aborda el análisis dogmático del primer párrafo del artículo 119 del Código Penal Argentino, que tipifica el delito de abuso sexual simple. A partir de una reconstrucción de su evolución legislativa y del examen del bien jurídico protegido –la integridad sexual entendida como manifestación de la autodeterminación sexual–, se examinan en detalle los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, así como las modalidades comisivas, incluyendo casos que involucran violencia, amenazas, abuso de poder o incapacidad de la víctima para consentir. Se analizan las tensiones interpretativas que plantea la norma en relación con conductas de difícil encuadre típico, las diferentes posturas doctrinarias (restringida y amplia), y el tratamiento jurisprudencial, en particular el criterio adoptado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. Finalmente, se propone una lectura sistemática que incorpore el contexto, la percepción de la víctima y la dimensión de género como elementos clave para delimitar adecuadamente el alcance de la figura penal.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Delitos contra la integridad sexual | 3.- Abuso sexual simple | 4.- La complejidad de la normativa. Posturas asumidas por la doctrina y la jurisprudencia | 5.- Criterio de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata | 6.- Nuestra opinión | 7.- Conclusión | 8.- Bibliografía

Palabras clave

delitos contra la integridad sexual – abuso sexual simple – art. 119 del Código Penal argentino – bien jurídico – violencia sexual – consentimiento – tipo penal

¹ Néstor Fernández de la Puente, Contador Público Nacional, Abogado, especialista en derecho penal y en derecho penal tributario, Director General de la Oficina Judicial de Mar del Plata, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, catedra Derecho Penal "Parte Especial". Correo electrónico: nestor.fernandez-delapueente@pjn.gov.ar | Sergio Hernán Salaverry, abogado, cursando especialización en derecho penal, Secretario Coordinador de la Oficina Judicial de Mar del Plata, Docente de la Licenciatura en Criminalística de la Universidad Fasta, catedra Derecho procesal Penal. Correo electrónico: sergio.salaverry@pjn.gov.ar

1. Introducción

a. La integridad sexual como bien jurídico protegido por la norma penal

La ley 25.087, en vigor desde el mes de mayo del año 1999, introdujo importantes novedades al título III del libro II Código Penal, pudiéndose destacar como una de las principales reformas la sustitución de la anticuada rúbrica delitos “Contra la honestidad” por la de delitos “Contra la integridad sexual”.

El tratamiento del Proyecto se inició en la Cámara de Diputados de la Nación, pasó por las Comisiones de Legislación Penal y Familia, Mujer y Minoridad. El Sanado de la Nación fue la Cámara revisora.

En esa oportunidad se produjo una reformulación integral de los delitos encuadrados en el título III del Código Penal (delitos contra la honestidad), suprimiéndose ese título y trasladándose esos delitos al título I (delitos contra las personas) como un nuevo capítulo denominado “delito contra la integridad de las personas”.

La anterior ubicación dentro de aquel título se basaba, esencialmente, en que aquella que resultaba atacada por un delito sexual había perdido su buena fama o mancillado su honor. Así, las mujeres atacadas dejaban de ser honestadas, prejuicio que sin dudas importaba un doble menoscabado, ya que al daño propio que suponía la propia conducta, se le agregaba el perjuicio moral que la sociedad le infringía en atención a ese evento.

En ese orden de ideas, Creus nos enseña que respecto al viejo concepto de *honestidad*:

«[...] Decíamos en oportunidad de analizar el texto anterior que, si tratásemos de otorgar una significación común a todas las figuras contenidos en el Tit. III, tendríamos que reconocer que todas ellas atañen a lo sexual, ya como trato carnal, ya como conocimiento y desarrollo de la sexualidad en los individuos, ya como ubicación y límites de las relaciones de aquel carácter en la actividad social general [...]».²

Ahora bien, ante la dificultad que existe para agrupar todos los delitos comprendidos por el título III, indudablemente, la decisión de introducir la voz “*integridad sexual*” como nueva rúbrica del título ha significado cierto avance, un paso positivo en la idea de concretizar un bien jurídico de contenido unificador para todas las conductas allí agrupadas, especialmente en aquellas en las que se involucra, en el contexto sexual, menores e incapaces.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de advertir que, para gran parte de la doctrina, tampoco se puede considerar como la más acertada, la referida voz “*delitos contra la integridad sexual*” que es muy ambiguo, y que podría incluso llegar a relacionarse con el término suprimido. Es importante recurrir primero a la interpretación gramatical. El Diccionario de la Real Academia Española, al tratar la palabra “integridad”, da dos acepciones, la primera “f. cualidad de íntegro”, y la segunda “pureza de las vírgenes”; y cuando alude a “íntegro/gra”, también indica dos acepciones, la primera “adj. Que no carece de ninguna de sus partes”, y segundo “fig. dicese de la persona recta, proba, intachable”. En consecuencia, cuando le agregamos a “integridad” el vocablo “sexual”,

² Buompadre, 2009: 179.

se nos presenta la posibilidad de que aludamos nuevamente a la “honestidad sexual”, o incluso peor, se retroceda a cuestiones superadas por la misma “honestidad”, como el ser la “virginidad”. Para ellos sería más acertado la denominación de “delitos contra la libertad sexual” del Código Español de 1989/95 o de “delitos contra la autodeterminación sexual” del Código Alemán o más simplemente “delitos sexuales” tal como lo denomina el Código de Portugal.

Finalmente debemos referir que el sentido que deberá dársele al bien jurídico “*integridad sexual*” es aquel que refiere a la libertad sexual de la persona capaz y libre de disponer sexualmente de su cuerpo, de comportarse de acuerdo con sus deseos y a la posibilidad de negarse ante una relación sexual no deseada e impuesta.

Sentado lo propio, nos encontramos de condiciones de advertir, en coincidencia con lo expresado por Gustavo Aboso³ que, la denominación *integridad sexual* utilizada actualmente por el Código Penal Argentino permite identificar todas aquellas agresiones dirigidas contra la autodeterminación, indemnidad y desarrollo de la personalidad *psico-física* sexual del sujeto pasivo en una dimensión más amplia y que se relaciona directamente con la autonomía y dignidad inherente a la persona humana. Cualquier conducta ajena que interfiera en el ámbito del pautado desarrollo *psico-biológico* de la sexualidad del individuo o desconozca el contenido de su libido ingresa en el campo de la represión penal.

A la *libertad sexual*, en su concepción negativa, se le objeta el problema de la víctima menor de edad. La concepción de libertad, en este caso la sexual, implica necesariamente poseer la capacidad de actuar libremente, es decir, la capacidad de consentir o no intromisiones en el ámbito personal de la libertad sexual (autodeterminación sexual). En este sendero la ley penal considera a los menores de edad –ahora por debajo de los trece años-, antes de los doce- como incapaces para exteriorizar un asentimiento válido, sin perjuicio de extender su tutela hasta abarcar otros casos de minoridad, incluso de personas mayores de edad (arts. 125 bis y 127 de Cód. Penal). La falta de capacidad de los menores de edad condujo a cuestionar a un sector de la doctrina, la identificación del bien jurídico con la libertad sexual, ya que esto significaría que los menores de edad estarían excluidos de la tutela de la ley penal por carecer precisamente de esa libertad. Puede afirmarse, entonces, que la concepción de integridad sexual acuñada en este título permite incluir sin mayores dificultades a los menores de edad, cuya protección penal se enmarca con mayor virulencia en su indemnidad sexual, cuya tutela le permitirá en el futuro tener la capacidad para decidir libremente sobre sus relaciones sexuales con arreglo al plan de vida elegido.

2. Delitos contra la integridad sexual

El sistema introducido por la reforma del año 1999 tuvo como punto de partida la eliminación de la división del título en capítulos (a través de la derogación de sus rúbricas), que era el modelo propio del sistema anterior, agrupando en forma esquemática las distintas figuras en tipos progresivos constituidos por un tipo básico o genérico –el abuso sexual, en los casos de los artículos 119 y 120-, a partir de los cuales se construye un esquema de subtipos agravados, que se singularizan por una escala penal variable que se

³ Aboso, 2014: 60.

incrementa a medida que aumenta el desvalor de la conducta o del resultado o por existir en el autor una especial cualificación.

En el marco de este esquema nos encontramos que los delitos contra la integridad sexual se hallan tipificados de la siguiente forma:

- 1) Abuso sexual simple y sus variantes (artículos 119 y 120 C.P.).
- 2) Corrupción y prostitución (artículos 125, 126 y 127 del C.P.).
- 3) Pornografía (artículo 128 del C.P.).
- 4) Exhibiciones obscenas (artículo 129 del C.P.).
- 5) Rapto (artículo 130 del C.P.).

En el presente trabajo nos abocaremos al análisis de la figura prevista en el artículo 119 del Código Penal, tipo al que de manera liminar y en prieta síntesis podemos describir de la siguiente manera: en primer término nos encontraremos con el tipo penal básico o simple de “*abuso sexual*” (art. 119, párr. 1º) y como subtipos derivados cualificados “*el abuso sexual por un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*” (art. 119, párr. 2º) y “*el abuso sexual agravado por el acceso carnal*” (art. 119, párr. 3º, antiguo delito de violación). A su vez, el párr. 4º describe una serie de “*hiperagravantes*” para los supuestos contemplados en los párr. 2º y 3º del mismo artículo, mientras que el párr. 5º agrupa un conjunto de agravantes (aunque con pena atenuada) para el abuso sexual simple del párr. 1º (que son las mismas que para los párrs. 2º y 3º, con excepción de la prevista en el inciso c, esto es, que el autor tuviese conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiera existido el peligro de contagio).

a. Los abusos sexuales

El artículo 119 del Código Penal, según ley 27.352, establece:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediere 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.

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 pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

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

- a) Resultare un grave daño a la salud física o mental de la víctima.
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.

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

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

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

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

El en supuesto del primer párrafo la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a, b, d, e o f’.

3. Abuso sexual simple

a. Definición

La nueva denominación “*abuso sexual*” (dada por la ley 25.087) reemplazó a la de “*abuso deshonesto*”, que estaba prevista en el artículo 127 del CP.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el término “*abusar*” significa usar mal, exclusiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. En una segunda acepción hace referencia al trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder. Finalmente, “*abuso*” es la acción y el efecto de abusar.

En el artículo y párrafo en análisis, el término no está definido como acto sino en sus formas de cometerlo mediante diferentes circunstancias no consentidas libremente referidas al sexo (sin distinción de género), edad (menor de trece años), por coacción o intimidación de una relación de dependencia autoridad o poder. En resumen, hace alusión a aquellas acciones de carácter sexual que ejerce el victimario sobre la víctima a través de contactos cuerpo-cuerpo tales como los tocamientos, frotamientos, introducción de objetos en los orificios naturales (boca-vagina-ano), pero excluyendo el acceso carnal peneano el cual queda contemplado en el tercer párrafo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo establecido en el inicio de este acápite, gran parte de la doctrina insiste en que la redacción actual del primer párrafo se refiere al antiguo “Abuso deshonesto”.

Creus y Buompadre⁴ lo definen como una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutado contra una persona, contra su propio querer consciente. De la definición propuesta, se pueden determinar los elementos que caracterizan a los abusos sexuales: 1) una conducta abusiva de contenido sexual; 2) contacto corporal directo entre el agresor y la víctima; 3) que este contacto corporal afecte las partes sexuales del cuerpo de la víctima; no es suficiente la simple implicación del cuerpo del sujeto pasivo en una acción de contenido sexual, sino que debe mediar un contacto físico, y 4) ausencia de consentimiento de la víctima respecto del acto sexual en que se ve involucrada por la conducta del autor.

⁴ Creus & Buompadre, 2009: 179/269.

b. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la reserva sexual de la víctima comprendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal sexual.

El tipo básico de la nueva estructura de la ley es el abuso sexual con fuerza o intimidación, esto es, la agresión sexual, y sobre éste se van agravando los demás incisos regulados ahora como formas calificadas o agravadas de la conducta que conlleven mayor pena. Esta es la forma más racional de entender la ley desde un punto de vista dogmático.

Se exige, en principio, una relación corporal directa entre sujeto activo y pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamientos en las partes pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga él mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros.

Pero quedan fuera del tipo penal los actos de mera contemplación de la persona, que podrán entrar en otros tipos penales, como ser las coacciones, o ser alcanzados por los artículos 128 y 129 del Código Penal.

Es decir, que teniendo en mira la integridad física y psíquica de las personas como parte de su dignidad, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados por otro, sobre su cuerpo. En síntesis, se protege la libertad de la persona de consentir actos sexuales o del abuso de una situación en los casos de menores de 13 años.

c. Elementos del delito

La conducta tipificada como abuso sexual en el párrafo 1° del art. 119 abarca comportamientos bien diferenciados: la agresión sexual cometida contra un menor de trece años, aun con su consentimiento, y la agresión sexual perpetrada contra otra persona de cualquier edad, mediando violencia o intimidación, 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.

La acción típica en ambos supuestos es la misma: abusar sexualmente de otra persona. Esta es la acción materialmente prohibida.

i. Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquiera, no hay restricción alguna en cuanto a la posibilidad de que la mujer pueda ser considerada autora de estos delitos sexuales.

Desde el punto de vista de la participación, es un delito común indistintamente del sexo del sujeto. El abuso sexual puede ser llevado a cabo por cualquier persona, lo que permite su comisión tanto en *coautoría* como *autoría mediata*. En el caso de la coautoría, los participantes actúan de manera conjunta y coordinada al ejercer la violencia o la amenaza para cometer el abuso sexual, no siendo necesario que todos ellos hayan mantenido relaciones sexuales mediante acceso carnal con la víctima o que la hayan penetrado con instrumentos u objetos por las vías normales. La autoría mediata demanda que el autor haya realizado el abuso sexual mediante la intermediación de un tercero que actúa a modo

de instrumento. En este punto entendemos que la exigencia de contacto sexual puede verse perfectamente satisfecha con dicha intermediación, porque lo trascendente en esta clase de delitos es que el autor haya menoscabado el normal desarrollo sexual, en caso de tratarse de un menor de edad, o bien la autodeterminación sexual de la persona adulta, resultado que puede conseguirlo de manera idéntica con su propia actuación o con la de un tercero.

En el caso de la modalidad de abuso sexual cometido en el *ámbito de convivencia* con un menor de dieciocho años, se presenta la singularidad de que este delito sólo puede ser cometido por aquella persona que convive con aquél, por ende, se trata de un delito especial donde solo puede ser autor el que convive con la víctima, no siendo posible la coautoría o la autoría mediata.

En cuanto al sujeto pasivo, cualquier persona, de uno u otro sexo, puede serlo respecto de este delito. La ley penal distingue al menor de trece años de la víctima incapaz de consentir. Los delitos de abusos sexuales no son delitos especiales ni de propia mano, por lo cual es posible su comisión en coautoría y autoría mediata. En el primer caso, la ley penal establece que debe ser menor de trece años. Este límite cronológico se basa en una estandarización que no atiende a casos particulares donde puede presumirse seriamente que la persona de uno u otro sexo menor de dicho límite temporal no ha adquirido aún las capacidades de comprensión necesarias como para conducirse como un sujeto sexual. Esta estandarización presupone también que dicho límite opera a modo de presunción *iuris et de iure*, cuya consecuencia práctica más importante es la imposibilidad de probar en el caso concreto que el menor de edad haya comprendido el alcance y significado del trato sexual. De esta manera, el consentimiento prestado por el menor de trece años es irrelevante.

La edad de los menores se prueba por las pautas fijadas por la ley civil.

Desde el punto de vista del límite cronológico fijado por el legislador, puede decirse que la reforma estableció un límite mayor al previsto anteriormente, de doce años de edad. Esta modificación de la edad de la víctima, en comparación con otras legislaciones penales, se ajusta a las últimas reformas penales en esta materia que acentúan la protección penal de los menores de edad.

En lo que respecta a la persona incapaz de consentir, dicha incapacidad puede provenir de una conducta proveniente del autor, por ejemplo, por el empleo de violencia, amenaza, intimidación; también por abuso de una situación de preeminencia (abuso de dependencia, poder o autoridad), y situación de aprovechamiento de incapacidad de la víctima, sea porque ella no se encuentre psíquica o físicamente en condiciones de expresarla o de oponer resistencia a la actuación abusiva del autor.

En la doctrina se han tratado como supuestos especiales, los casos en que el sujeto pasivo resulta ser la esposa, concubina o prostituta.

En estos casos se ha entendido que el autor obraba en ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º del C.P.), o que el sujeto pasivo había prestado con anterioridad su consentimiento, o en algunos simplemente se ha considerado un caso de justificación – así, respecto de la esposa se ha dicho que no constituían delito las caricias del esposo a la esposa aun contra su voluntad–.

Esta interpretación no es compartida. Quien ejerce la prostitución no renuncia a su derecho de elegir las personas y condiciones en las que consentirá su participación en actos de naturaleza sexual. Este consentimiento no puede presumirse, y los errores en

que pudiera incurrir el sujeto activo, serán de tipo o de prohibición, según el caso: cree tener el consentimiento, o pese a no tenerlo, se cree con derecho a ello.

Retomando el tema de la esposa y de la concubina se ha sostenido que prestaron un consentimiento anticipado al momento de contraer matrimonio o comenzar la vida en común. En esa línea de pensamiento, se ha excluido a los tocamientos, besos o abrazos no violentos aun cuando quien fuera objeto de dichos actos expresamente se hubiera negado.

Como se ve, este consentimiento no sólo sería previo sino irrevocable. Esta inteligencia no puede hoy en día ser mantenida.

En efecto, la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo ataca la libertad de la víctima y el vínculo matrimonial no autoriza a prescindir del consentimiento, ya que el incumplimiento de una obligación legal (por ejemplo, el débito conyugal) tiene sus consecuencias en la misma ley civil que los prevé y no puede ser impuesto coactivamente siquiera por los tribunales.

ii. Acción

Los delitos sexuales, si bien atrapan una constelación de acciones y resultados que pueden ser descriptos materialmente, sólo pueden ser delimitados si se los entiende como una forma de expresión, cuyo significado debe ser encontrado en cada caso concreto. Los intentos de los autores por reconducir el proceso de subsunción típica a una larga enunciación de actos corporales, o por vía del descubrimiento de un determinado *animus* en el autor, no han conducido a soluciones satisfactorias. Un tocamiento puede o no puede ser un abuso sexual según el significado que tenga dicha conducta en el contexto en el que se ha realizado y ello no puede determinarse a la luz de un supuesto resultado material como en cualquier otro delito de esa especie (*ejemplo, una lesión*), y su correspondencia con el conocimiento y voluntad de realización, más un elemento subjetivo especial del autor al momento del hecho (*animo lascivo*).

Así, un tacto ginecológico, realizado conforme las reglas del arte médico, no puede ser considerado un abuso sexual –no se trata de una justificación, sino de una ausencia del encuadre típico y, por ende, el *animus* del que se viene hablando no tiene cabida, haya o no existido en el autor- por más que al profesional le produzca placer o viceversa, puede haber abuso sexual en un tocamiento inverecundo aunque al autor no le produzca ningún placer especial.

La redacción de la ley no se caracteriza por su estilo, ya que incurre en una repetición de conceptos, como un pleonismo. La violencia, la amenaza, la coacción o la intimidación no son formas que el derecho autorice para el ejercicio de actividades contra terceros (salvo supuestos de causas de justificación). Luego, quien emplea esos medios en una actividad, convierte a esa acción en ilícita, en abusiva porque abusivo es lo que pasa un límite. En consecuencia, la palabra “abusare” al referirse a la actividad sexual con terceros dice lo mismo que todas las demás.

El significado de *abuso sexual* se debe encontrar ahondando en la interpretación que, desde un punto de vista cultural, dicha conducta y situación generen en un lugar y momentos determinados. A eso se refieren los estudios de comunicación social cuando abordan el problema de las condiciones de producción del autor y de reconocimiento del receptor, que en nuestro caso sería el *sujeto pasivo*. Se deberá estudiar en cada caso la educación de los sujetos involucrados, su historia, sus orígenes familiares, sus relaciones

personales previas, madurez, costumbres del entorno, la moda, etcétera. No basta con que el sujeto pasivo entienda “lo que le está pasando”, es decir el significado del acto que se le está imponiendo, sino que el criterio con que debe evaluarse la libertad sexual es si el acto le es impuesto o no, lo comprenda o no lo comprenda.

A todo esto, debe sumársele imposiciones normativas, de la ley misma, por las cuales las provocaciones de la víctima, pese a constituir antecedentes de las relaciones personales, no legitiman un acto sexual sin su consentimiento; o la consideración de determinadas conductas bajo el criterio de insignificancia de lesión a este bien jurídico. En muchas circunstancias, apoyar la mano en un muslo ajeno puede constituir una injuria y no un delito contra la integridad sexual.

Esas son las razones por las que la doctrina y la jurisprudencia han realizado un esfuerzo enorme en la delimitación de los tipos penales. Se alude a contactos o tocamientos corporales de significación sexual con la víctima no consentidos libremente, sin que haya acceso carnal tentado ni consumado.

Estarán incluidos, tanto los actos que el autor realice sobre el cuerpo de la víctima, como los que hace que ésta ejecute sobre su cuerpo o el de un tercero. En cambio, estarán fuera del alcance de esta figura aquellos comportamientos ejercidos por el sujeto activo sobre su propio cuerpo en presencia de otro, la contemplación en la medida que no incluya el desnudar a la víctima, ni la obligación a presenciar manifestaciones de la sexualidad ajena.

En la misma situación se encuentran las palabras pronunciadas por el autor, cualquiera sea su entidad impúdica, lujuriosa, las que podrán encuadrar en injurias (art. 110 C.P.).

Los casos límites se definen según las costumbres y las circunstancias de lugar y tiempo. En definitiva, por precisar cuáles actos constituirán el “abuso” típico.

Los autores, en general apelan a la confirmación de un elemento subjetivo consistente en un ánimo o finalidad libidinosa. Así, distinguen el acto objetivamente impúdico –que siempre constituirá abuso sexual- de aquel sexualmente equivoco, y sólo para este último otorgan relevancia al contenido sexual que el autor le imprima. Por lo tanto, en su modo de ver, la finalidad libidinosa no resulta indispensable en todos los casos.

d. Modalidades del abuso sexual

i. Víctima menor de 13 años

La primera modalidad prevista por el legislador en este artículo consiste en el abuso sexual ejercido sobre una persona menor de trece años de edad.

En ese caso, habrá abuso sexual si la víctima fuere menor de trece años, aún con su consentimiento. La criminalidad reside en la falta de madurez mental del menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograrlo.

La ley presume *iuris et de iure* la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima y, por ende, la imposibilidad de prestar consentimiento para el acto. No es que la ley presuma la falta de capacidad de consentimiento del menor, sino que la presunción es sobre la validez del consentimiento jurídico. Es como afirman algunos autores, una presunción basada en razones de cultura y no de aptitud sexual propiamente dicha.

En este caso no podemos dejar de mencionar el cuestionamiento que plantea gran parte de la doctrina, en cuanto a que llama poderosamente la atención que la ley 25.087 haya incrementado el límite mínimo de edad – antes era doce años, edad fijada en la mayoría de los precedentes legislativos- para pasarlo a trece años, más aún si se tiene en cuenta que hoy en día son más frecuentes la iniciación de la vida sexual en edades tempranas.

En consecuencia, de lo expuesto en los primeros párrafos del presente acápite, carece de significado el consentimiento que, de hecho, pueda haber prestado la víctima, cualquiera fuere su sexo, pues la presunción fijada no admite prueba en contrario.

ii. *Uso de violencia*

El abuso sexual simple también se configura cuando se emplea violencia, esto es, cuando se hace uso de fuerza para consumarlo. Por expresa disposición del art. 78 del Código Penal queda comprendido dentro del concepto el uso de medios hipnóticos o narcóticos. En tales casos, además, resultará aplicable la agravante contenida en el artículo 13 de la ley 23.737, por el uso de drogas para vencer la resistencia de la víctima. Una situación particular se presentaría si la víctima hubiera consentido la ingesta. Donna⁵ considera que el abuso sexual cometido en esas circunstancias no pierde el carácter delictivo y ello, toda vez que el sujeto pasivo en dicho estado no ha podido libremente consentir o rechazar el acto. Esto puede ser así, pero el ejemplo confunde dos consentimientos: uno para drogarse y el otro para mantener una relación sexual en ese estado. Así, no resuelve el caso del paciente que se coloca libremente en esa situación y a sabiendas de que mantendría un acto sexual, el cual se lleva a cabo como estaba acordado.

Zaffaroni señala que la violencia debe haber sido empleada para llevar a cabo el abuso sexual; la ejercida durante él, habiendo sido el acto consentido libremente, no adquiere el carácter de elemento del abuso. Y son actos atípicos por el consentimiento del interesado, que tiene la disponibilidad, en el caso, del bien jurídico⁶. La fuerza ha de recaer sobre la víctima; de otra manera no habría sido la fuerza física el medio directo que venció la resistencia del sujeto pasivo.

La resistencia constituye un elemento fundamental para estimar la existencia de violencia física. Deberá, entonces, analizarse en cada caso si la voluntad contraria de la víctima, exteriorizada mediante actos, fue vencida por el empleo de la fuerza física. Esta deberá ser bastante como para vencer una resistencia seria y constante. No se requiere el empleo brutal de ella, ni una resistencia heroica de la víctima, bastando que el autor sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común.

iii. *Uso de amenazas*

Parte de la doctrina considera que el uso de amenaza equivale a la intimidación del antiguo texto. La intimidación es todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone.

Ahora bien, otros estiman que la amenaza constituye el anuncio de un mal, conforme lo establece el artículo 149 bis del C.P. A su vez sostienen, que en esto la reforma del

⁵ DONNA, 1999: 25.

⁶ ZAFFARONI, 1981: 519.

Código originario dio un paso atrás al reemplazar las palabras “*cuando se usare de intimidación*” por cuando mediere violencia. Ello así porque, la palabra intimidación permite considerar, no la amenaza, exclusivamente, sino el efecto psicológico de ésta. Una amenaza, por seriamente manifestada que sea, puede no intimidar. De todas maneras, debe entenderse que la ley se refiere a lo que se ha dado en llamar violencia moral, que resulta ejercida sobre la víctima del abuso sexual. Es la vía compulsiva, en la que la voluntad del individuo está presente, pero no es libre en su elección. Hay violencia moral toda vez que la víctima es sometida al abuso sexual mediante amenazas que producen en ella miedo o temor que alcanza a vencer su voluntad.

El distingo entre violencia y amenaza radica esencialmente en que la primera se cumple, en tanto que la segunda importa un anuncio de un mal futuro como medio para obtener lo que se quiere. La amenaza puede consistir en causar un mal a la propia víctima o a un tercero, pero el mal no puede dejar de ser futuro.

Como ya sostuvimos, la amenaza de un mal también puede ser dirigida a un tercero. Sólo se podrá discutir si el tercero tiene un vínculo, ya sea familiar o de otro tipo. La doctrina alemana limitó el caso a la existencia de un vínculo, pero no es impensable el caso que ponga a la víctima en la alternativa de aceptar una relación sexual, de lo contrario se mata a otra persona. No hay duda de que en esos supuestos la aceptación de la relación no ha sido con la libertad que exige la ley.

iv. Abuso coactivo de una especial relación con la víctima

La ley 25.087 ha introducido otras hipótesis que comprometen la libertad del consentimiento prestado por la víctima. Se hace referencia al abuso coactivo o intimidatorio producto de una relación de dependencia, autoridad o poder.

En todos estos casos el sujeto activo se encuentra en una relación de preeminencia respecto de la víctima, con quien mantiene un vínculo jerárquico o de autoridad. Es decir, el sujeto pasivo tolera, pero no consiente.

Para algún sector de la doctrina esta previsión legislativa resultó redundante, ya que en todos los casos se requerirá el ejercicio de violencia o amenaza por parte del autor⁷.

En la relación de dependencia, la víctima se encuentra subordinada por un vínculo de naturaleza laboral, educacional, institucional o religiosa. También se ha ampliado a supuestos de dependencia económica, social o sanitaria.⁸

La relación de autoridad es propia de un ámbito jerárquico. Aquí el autor abusa de un sujeto que le debe obediencia y acatamiento. Se ha dicho que este caso está limitado a aquellas instituciones de carácter público que operan con pautas rígidas —por ejemplo: las Fuerzas Armadas o de Seguridad—.

Finalmente, la relación de poder sería la modalidad quizás más ambigua de todas. En general, se produce una definición residual. Es decir, encuadrarían en este supuesto todos los casos en que la víctima debiera algún tipo de obediencia al autor y lo vinculara con éste una relación de dependencia o autoridad. Se ha procurado diferenciar esta modalidad del abuso cometido mediante una relación de autoridad, al señalar que ésta constituye un vínculo legal y la relación de poder uno fáctico.

⁷ Parma, 1999: 40.

⁸ Villada, 2000: 44.

Esta modalidad de comisión se acerca al acoso sexual, que consiste en el requerimiento de favores sexuales efectuado por una persona que ejerce autoridad sobre la otra, prevaliéndose de tal situación, que no está comprendida en la figura en la medida en que no se manifieste en la comisión de otro delito independiente, como podría ser el de coacción (art. 149 bis, segundo párrafo del C.P.). Parte de la doctrina los considera actos preparatorios de alguno de los delitos previstos en los artículos 119 y 120 del Código Penal.

De todas formas, sigue vigente el principio de que el bien jurídico es la *libertad sexual*, de modo que la aceptación, tanto del hombre como de la mujer, de la relación sexual debe haber sido condicionada en su decisión y en su motivación. Pero no hay que confundir los casos de abuso con aquellos en los que la presunta víctima acepta el trato sexual con el fin de escalar posiciones en su ámbito, ya sea una empresa, ya sea la administración pública. De pretenderse sancionar esta conducta se estaría, por una parte, violando el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el sentido de que cada uno es dueño de sus actos, de decidir libremente, y segundo, sería una aplicación analógica de los tipos penales, que ya de por sí son confusos y vagos.

v. Cualquier otra causa que imposibilite el consentimiento libre

El tipo básico del abuso sexual culmina con una formula genérica que comprende a todos los otros motivos que afectaran la libertad de consentimiento prestado por la víctima.

La existencia de consentimiento puede traer aparejadas diferentes consecuencias según las distintas hipótesis contempladas en el tipo penal. De esta manera, en los casos en que las víctimas fueren menores de trece años, se incurre siempre en abuso sexual, sea que la víctima preste o no el consentimiento. La razón es que la ley considera que dicho consentimiento, en caso de existir, es inoperante por la falta de madurez necesaria de la víctima. En virtud de ello, exista o no consentimiento de la víctima, siempre la conducta será típica.

Respecto de la víctima privada de razón, que presta consentimiento, éste, en principio, deviene irrelevante, pues el sujeto pasivo carecía de las facultades mentales –o aquellas se encontraban alteradas–, circunstancia que le impedía elegir con total libertad y lucidez. Pero, si no ha existido el aprovechamiento de este estado, la conducta es atípica.

Sin embargo, distinto es el caso en que la víctima presta su consentimiento para que se efectivice el acto de significación impúdica durante un intervalo lucido de ella, y luego pierda la razón. Aquí se considera que el incapaz consintió y, por lo tanto, la conducta no es típica.

En el supuesto de que la víctima se hallase “privada de sentido”, mal puede otorgar en ese estado de inconsciencia consentimiento válido alguno, razón por la cual estaremos ante la presencia del tipo penal de abuso sexual simple.

En cuanto a la violencia y a las amenazas, para que se configure la conducta típica, la víctima deberá oponer resistencia a la acción del autor, lo que será demostrativo de su falta de consentimiento. Sin embargo, si luego de ofrecer resistencia la víctima desiste por agotamiento o por miedo, no debe entenderse como consentimiento.

Diferente es el caso en el que no existe resistencia del sujeto pasivo respecto de la violencia ejercida por el autor, supuesto que, entonces, no quedará encuadrado dentro

del inciso en estudio por carecer de uno de los elementos necesarios: la resistencia que significa la falta de consentimiento al accionar del sujeto activo.

e. Tipo subjetivo

Con relación a la culpabilidad en este delito, la doctrina plantea distintas propuestas. Una llamada “*subjetivista*”, que exige para la consumación típica la concurrencia de un elemento subjetivo especial en el autor, esto es, que se proponga con el acto deshonesto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito. El dolo, para esta doctrina, se define por la dirección intelectual dada al acto: el propósito de excitar su propia lascivia, quedando caracterizado como un elemento subjetivo del tipo de injusto.

La otra propuesta denominada “*objetivista*”, considera suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor. Basta con que el acto, aun cuando no fuera libidinoso, ofenda el pudor sexual de la víctima, esto es, que sea objetivamente impúdico. De modo que, para esta opinión, cualquiera sea el propósito del autor, el delito se consuma con el acto objetivamente impúdico.

El abuso sexual es un *delito doloso*, pero de dolo común. La ley no exige ningún elemento subjetivo del tipo de injusto. Basta –como se tiene dicho– con el dolo común, esto es, con la conciencia de que el acto es impúdico y con la voluntad de realizarlo, con exclusión del acceso carnal. Las conductas torpes o culposas no están incriminadas.

f. Antijuridicidad

Son difíciles de imaginar los casos de presencia de justificación, pero dogmáticamente no quedan excluidos *ab initio*.

Muchos supuestos en los que hay tocamientos dentro de una conducta general lícita, por ejemplo, un deporte de contacto, un salvamento, etc., en realidad son casos de atipicidad por ausencia de significado sexual y abusivo del acto material en sí mismo.

g. Culpabilidad

Para quienes adhieren a la teoría estricta de la culpabilidad, habrá error de prohibición cuando el autor se crea con derecho a realizar sobre la víctima un acto de contenido sexual sin su consentimiento. Por ejemplo, quien cree que actúa en ejercicio legítimo de un derecho se impone mediante violencia o intimidación un acto sexual a la prostituta que luego de recibido el precio acordado se negare a su práctica, quien supone que su pareja está obligada a soportar un acto de esa naturaleza. En este esquema, si el error es invencible se descarta la culpabilidad, pero si es vencible, esta última subsiste en forma atenuada.

Pueden aparecer como un obstáculo a la comprensión de la ilicitud los supuestos llamados error de prohibición culturalmente condicionado, como el de quien, por provenir de otra cultura, pese a conocer el contenido sexual del acto, desconoce la ilicitud de ese comportamiento.

h. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento, ya sea sobre el cuerpo de la víctima, ya logrando que lo sean sobre el autor o un tercero, o que el propio sujeto pasivo realice tocamientos en su cuerpo.

En la doctrina se ha discutido la viabilidad de la tentativa. Desde nuestro lugar, el delito no tiene ninguna particularidad que excluya la posibilidad de tentativa, si se sigue para su conceptualización la teoría del plan individual del autor. Por ejemplo, el autor ejerce violencia sobre la víctima en un contexto en el que el próximo acto será el de contenido sexual; o la intimida para que empiece a desvestirse. No debe confundirse este asunto dogmático en la prueba del plan inmediato del autor.

i. Concurso con otras figuras, concurso aparente

Cuando el autor actúe con la intención de acceder carnalmente a la víctima, lo logre o no, los actos de abuso son absorbidos por el delito de violación consumado o tentado, de acuerdo con lo previsto en el art. 119 del C.P. que prevé esa situación. Es decir, la existencia de acceso carnal –tentado o consumado– desplaza la figura del abuso sexual simple por darse un supuesto de concurso aparente de tipos penales.

Deben distinguirse los actos de abuso sexual simple de los que constituyen tentativa de violación, ya que se presenta una semejanza externa que tiende a prestarse a confusión. Tal distinción radica exclusivamente en el dolo del autor. Si se comprueba que el propósito es el de consumir el acceso carnal, entonces habrá tentativa de violación; si, en cambio, existe un genérico fin sexual, habrá abuso. Se requiere que además, objetivamente, dentro de los actos abusivos, los que practique el autor importen un comienzo de ejecución.

En los casos de lesiones leves producidas al realizar actos que configuren abuso sexual, éstas quedan absorbidas por la figura; si se tratase de lesiones graves o gravísimas, se aplicará la figura calificada por el inciso a) de este mismo artículo, que para su definición cabe remitirse a los arts. 90 y 91 del Código Penal. Las lesiones a que se refiere la agravante son las dolosas; si se tratase de las culposas, se rigen por el sistema de concursos.

También queda subsumida en las modalidades de abuso sexual la coacción (art. 149 *bis*, Cód. Penal).

Respecto de los delitos de corrupción y prostitución, frecuentemente se consuman mediante actos que implican abuso de la víctima. En este caso el tipo de corrupción absorbe al de abuso sexual, aunque en algunos casos ambos tipos podrían concurrir idealmente.

j. Acción penal

Por disposición del artículo 72, inciso 1º del Cód. Penal, el abuso sexual es un delito de acción pública, pero de instancia privada. Ello implica que sólo el agraviado, su tutor, guardador o representante legal tendrán derecho a instar esa persecución. Salvo las excepciones legales. La ley hace prevalecer la intimidad de la víctima por sobre el interés social en la persecución de estos delitos.

Esta modalidad de acción presenta serios problemas cuando se relaciona con otros delitos. Así la ley, no prevé el supuesto de la mujer que ha quedado embarazada producto

de una violación que no ha denunciado, y, sin embargo, desea abortar (art. 86 inc. 2º, Cód. Penal), ni tampoco indica cuáles son las facultades probatorias de una persona acusada de calumnias que, sin embargo, no dio lugar a proceso penal por falta de denuncia.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos aclarar que, se procederá de oficio cuando el abuso sexual fuere cometido contra un menor que no tenga padre, tutor ni guardador, o que el delito lo fuere por uno de sus ascendientes, tutores o guardadores.

Asimismo, se prevé que de existir intereses gravemente contrapuestos entre aquellos y el menor, el fiscal podrá actuar de oficio, si así resultare más conveniente para el interés superior del menor.⁹ Se contemplan en este caso situaciones en las que el incapaz y su representante tengan intereses contrarios que, sin embargo, no provengan de un actuar delictuoso por parte de este último (por ejemplo: en el caso de la madre que no pueda, no quiera, o tenga miedo, o si el representante no puede denunciar, por su relación de parentesco con el autor).

4. La complejidad de la normativa. Posturas asumidas por la doctrina y la jurisprudencia

El 1er párrafo del art. 119 del C.P. presenta algunas situaciones conflictivas por su difícil adecuación a la figura típica que edifica la norma. Es que en doctrina y jurisprudencia se ha discutido largamente sobre que sucede ante la verificación de actos tocamientos que se realicen en zonas grises, como ser aquellos contactos corporales que se den ante un beso en el cachete, un abrazo, las caricias sobre partes no pudendas u otros actos similares.

Este conflicto a menudo se refleja en los tribunales, donde se han encausado diversas tesis que modifican considerablemente la respuesta punitiva que pueda darse ante un hecho semejante.

La cuestión aquí planteada ha dado cause a dos posturas que tratan de zanjar la cuestión y brindar algunos elementos que deben ponderarse al concluir en la asignación de un reproche en orden al delito precitado.

a. Postura restringida

El enfoque restringido sostiene que, para considerar un acto como abuso sexual, debe haber un contacto directo con zonas erógenas o íntimas del cuerpo de la víctima. Por ello, aquí solo se le brinda trascendencia criminal a los tocamientos que se dirigen sobre zonas anatómicas del cuerpo con indudable significancia sexual, excluyendo otros contactos físicos que no involucren estas áreas específicas. Esta perspectiva busca dotar de claridad y suficiente precisión a la definición de los delitos sexuales, limitando su alcance a conductas identificables conforme el contenido normativo.

Ejemplo de esto, es la postura que adopta Buompadre y que señala en su libro Rubén Figari cuando expone que:

⁹ Esta hipótesis fue introducida al art. 72 del Cód. Pen. Por la ley 25.087.

«[...] la nueva regulación –al igual que la anterior- no exige un elemento subjetivo especial para que se tipifique el delito, pero sí exige que el acto configure un abuso sexual, esto es, un acto objetivamente impúdico y de contenido sexual. Es por esta razón que un tocamiento en las partes pudendas de la víctima sin propósito lascivo, inclusive guiado por otra intención, por ejemplo, burla, humillación, venganza, ira, etc. configura abuso sexual típico. Por el contrario, el contacto físico con otras partes del cuerpo, aun con un móvil sexual, no tipifica el delito [...]».¹⁰

Lo que se busca aquí es tratar de fijar criterios concretos o determinados para evitar interpretaciones ambiguas que tornen dificultosa la aplicación de la norma, brindando claridad y seguridad jurídica ante la certeza del comportamiento que se pretende gobernar.

Entonces, para quienes apoyan esta postura, solo configuran abuso sexual las intervenciones que en sí mismas suponen actos de naturaleza sexual objetiva, siendo estos básicamente los tocamientos o contactos realizados sobre la víctima, o que esta desarrolla obligada sobre el sujeto activo, en zonas del cuerpo de uno u otro de clarísima significación pudenda (vagina, pene, la cola, los senos de la mujer), quedando excluido cualquier otro tipo de comportamiento que solamente tenga su significado sexual por la subjetividad del agente.

b. Postura amplia

El enfoque amplio sostiene que incluso los tocamientos aparentemente inocentes (abrazos, caricias en los hombros, besos en la mejilla, entre otros) pueden ser abuso si la situación es coercitiva o si hay una disparidad de poder significativa entre el agresor y la víctima, considerando además la intención o subjetividad que el agente le asigna al acto que exterioriza.

Pero también, desarrollan en su pensar que la percepción de la víctima es fundamental para entender la significancia que le asigna al acto, pues lo que puede parecer inofensivo para un observador externo puede ser profundamente perturbador para quien lo padece.

Por ello, hay quienes señalan que en el abuso sexual no debe limitarse a los actos que involucran genitales u otras zonas íntimas, sino que también debe abarcar cualquier contacto físico no deseado que tenga una connotación sexual, especialmente cuando se ejerce sobre una persona en situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, enseña el Dr. Gustavo Aboso que “...*Ciertos tipos de comportamientos, por ejemplo, frotar el brazo de la víctima, tocar su oreja, etc., bien pueden carecer objetivamente de una representatividad sexual, pero será el ánimo del autor el que habrá de determinar la naturaleza sexual del acto...*”¹¹.

De allí, que el propósito libidinoso del agresor es relevante, pero también debe considerarse el contexto en el que el acontecimiento sucede y cómo percibe la víctima esos actos, pues si se siente alborotada, aunque el agresor no tuviera una intención sexual explícita, podría configurarse un hecho objetivamente reprochable desde el ámbito del delito contenido en el 119 del C.P.

¹⁰ Figari, 2021: 472.

¹¹ Aboso, 2017: 625.

5. Criterio de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata

En el marco de la causa N° 1433/2023/2/CA1 caratulada “Legajo de Apelación de M., D...” de trámite ante el Juzgado Federal de la ciudad de Azul, se investiga la conducta de Héctor Lorenzo Andersen, quien mientras ocupaba el cargo de Sargento Primero en el Ejército Argentino, fue acusado por presuntos actos de abuso sexual simple reiterado. Según la denuncia interpuesta por la soldado voluntaria “D.M.”, el nombrado habría incurrido en actos inapropiados de naturaleza sexual hacia ella y otras colegas que se encontraban bajo sus órdenes.

La denunciante describe un patrón de comportamiento donde Andersen habría realizado propuestas de carácter sexual, tales como solicitar abrazos, besos en la mejilla cercanos a la boca y otros gestos no deseados. Además, el acusado habría efectuado comentarios de índole sexual y utilizado su posición jerárquica para coaccionar a las víctimas, advirtiéndoles sobre posibles consecuencias negativas laborales si no accedían a sus requerimientos sexuales.

En la resolución, los magistrados señalan que «[...] el sindicato le proponía que se traten con confianza, que lo abrase, que lo bese en la mejilla cerca de la boca, al abrazarla lo hacía con sus manos cerca de los glúteos, le tocaba la zona del ombligo, y al enseñarle a manejar le tocaba la pierna (sic) [...]»

En alguna ocasión, le habría efectuado masajes expresándole que se relaje, así como también le lanzaba comentarios tales como “che negra cuando vamos a coger”; “que si no hacia lo que le decía se iba a amargar”; “te hago de todo menos un hijo”; “con ese cuerpazo y esas tangas que tenés no sé porque estas triste”, entre otras menciones de ese tipo.

Además, la denunciante refirió que su compañera “C.C.” también vivía hechos parecidos a los que ella narra en su exposición.

El juez a cargo de la tramitación del proceso en fecha 15 de mayo de 2023 ordena el procesamiento del imputado por entender que debe responder como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple reiterado (3 hechos), en concurso real con el delito de coacción reiterada (2 hechos).

En la decisión que traemos al análisis, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata adopta un criterio amplio al pretender atribuirle significación sexual a la conducta investigada. Para los jueces firmantes, se debe contemplar:

«[...] la objetividad del acto más la subjetividad del autor, circunscripto también al contexto situacional en el que se desarrolla el hecho motivo de valoración. Aquí adquiere importancia la tendencia subjetiva mediante el cual no solo ha de analizarse si los actos son impúdicos por dirigirse directamente a las partes pudendas de la víctima, sino que debe determinarse si los tocamientos tenían como finalidad saciar el apetito lujurioso del agente, conforme el cuadro circunstancial en el que produce».

Por ello, consideramos que abusar sexualmente es una expresión amplia, y recae en quien resuelve analizar de manera concreta el modo en que se han suscitado los hechos y la subjetividad que ha motivado al agente para desempeñarse del modo recriminado.

Es que, a nuestro modo de ver, una conducta puede ser abusiva si los tocamientos, pese a no dirigirse sobre una zona impúdica del cuerpo de la víctima, se desarrollan sobre

otras partes adquiriendo connotación sexual por la posición subjetiva que motivó al agente a calmar su finalidad voluptuosa o lasciva...”¹².

Pero, además, me parece interesante remarcar que para zanjar el asunto, los magistrados han considerado la significativa dimensión de género que se evidencia en el caso concreto, reconociendo la necesidad de abordar con sensibilidad y comprensión las complejas dinámicas de poder. Véase que, en su resolución, el tribunal enfatiza que el contexto de desigualdad se encuentra objetivamente corroborado por la desigualdad jerárquica de los involucrados dentro de las fuerzas armadas.

De allí, deviene interesante que los firmantes no solo adoptan un criterio concreto y determinado, sino que incorporan como pauta de valoración la implicancia que la cuestión de género puede producir en un caso como el estudiado.

De tal forma, y si bien los contactos que presuntamente Andersen efectuaba sobre las víctimas no se dirigían a zonas pudendas o íntimas, los comentarios lascivos y las actitudes sexistas que acompañaban esas conductas permiten interpretar preliminarmente su finalidad sexual, y considerar que su accionar tenía como única orientación saciar su ánimo libidinoso, menoscabando con su comportamiento la integridad sexual de las damnificadas. Y si ello es así, con fundamentos en esas cuestiones, los magistrados consideran que la conducta del encartado se adecua a la figura diseñada en el párrafo 1 del artículo 119 de nuestro código penal.

6. Nuestra opinión

Luego de haber realizado un detalle pormenorizado de las cuestiones que caracterizan el delito de abuso sexual simple contenido en el 1er párrafo del art. 119 del C.P., concluimos que el abusar sexualmente de una persona no se identifica con ninguna conducta establecida tácitamente por el legislador, lo cual lleva a pensar que el mandato de determinación es de difícil respeto o comprensión por la amplitud propia que un concepto como este trae en su génesis.

Esa falta de delimitación genera dudas, contradicciones y confrontaciones no solo en aquellos que tienen como tarea estudiar o aplicar el derecho, sino que también en aquellas personas cuya conducta se pretende gobernar.

Pero sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, resulta inimaginable pensar de que modo se puede consignar en el texto legislativo un abanico de acciones que constituyan abuso sexual, pues ello parecería una utopía que tornaría casi imposible la redacción de la norma en el sentido propuesto.

De allí, en orden a las lagunas interpretativas que se pueden producir ante el advenimiento de ciertos casos, no queda más que fijar una serie de reglas las cuales permitirán esclarecer si nos encontramos ante un hecho de abuso sexual contemplado en el 1er párrafo del art. 199 de nuestro Código Penal.

Por ello, somos de la idea que al analizar un caso problemático debe hacerse especial hincapié y estudiar en que consistió la acción objetivamente desplegada; dilucidar cuál fue la real intención del sujeto activo; entender la connotación que el sujeto pasivo

¹² CFAMDP, “Legajo de Apelación de M., D...”, 1/9/2023, Expte. nro. 1433/2023.

percibió del acto presuntamente delictivo; considerando de manera conglobada esos elementos con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que el acto fue realizado.

Y si ello es así, detallare a continuación en que consiste cada uno de estos conceptos a los fines de una mejor comprensión de estas líneas.

En cuanto a la acción objetivamente desplegada por el sujeto activo, debemos establecer con claridad en que consistió la maniobra física reprochada, determinando también si existieron otros comportamiento no corporales (pueden ser comentarios o expresiones verbales) que acompañaron ese accionar. Lo que se busca, en definitiva, es establecer si hubo contacto físico no consentido, palabras inapropiadas con sentido libidinoso, o cualquier otro comportamiento que pueda ser interpretado como realizado con ánimo lujurioso.

Respecto a la real intención del sujeto activo, se debe indagar y comprender las intenciones detrás de la acción del presunto agresor. Esto implica considerar si el objetivo de la conducta estuvo direccionado a saciar el apetito sexual mediante cualquier modalidad comisiva que pueda constituir abuso sexual. Esta intención, pueda exteriorizarse no solo mediante acciones positivas, sino que también a través de palabras, acciones previas u otras circunstancias que rodean el evento.

Otra pauta esencial para analizar si una conducta es constitutiva del delito de abuso sexual, tiene que ver con la connotación percibida por el sujeto pasivo respecto de la acción llevada a cabo por el presunto agresor. En este sentido, deviene sustancial realizar un análisis de cómo la persona damnificada captó el comportamiento del agresor. Para ello, es imperioso razonar sobre su reacción emocional, psicológica y física frente a la conducta del atacante, pues su percepción subjetiva nos permitirá establecer si la acción fue consentida, deseada, o no simplemente no captada como abusiva.

Por último, serán las circunstancias de modo, tiempo y lugar las que permitirán entender el contexto general en el que se desarrollaron los hechos. Así, se podrá determinar si el evento sucedió en el ámbito público o privado, ante la mirada o presencia de terceras personas, así como también otras condiciones temporo-espaciales que pueden circunscribir el modo en el que se llevó a cabo el hecho.

Claro que además de lo hasta aquí propuesto, entiendo que como bien ha realizado la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en la decisión que ponemos aquí en estudio, en este tipo de delitos es esencial analizar un eslabón más, el cual está dado por la cuestión de género.

Es que en estos casos muchas veces se verifica una desigualdad por la falta de asimetría de poder que existe entre géneros, pues aquel que se encuentra en una situación de dominio o preponderancia en virtud de la mayor fuerza, ascendencia u otras formas de sometimiento arraigas conforme los estereotipos perjudiciales ya constituidos, echa mano al señorío que ejerce para llevar a cabo la conducta criminal y saciar con ella su apetito sexual.

Cada uno de estos elementos debe ser meticulosamente analizado y evaluado en conjunto para determinar si los hechos constituyen abuso sexual según lo establecido en el artículo 119 del Código Penal.

Claro que estas pautas solo nos permiten entender de mejor modo la génesis del suceso presuntamente abusivo, pero de ningún modo edifican una fórmula matemática cuya configuración permite acreditar y concluir positivamente en lo asertivo de la

imputación por un delito sexual. Así, solo son baremos a los cuales el juzgador podrá echar mano a los fines de determinar si una conducta se adecua normativamente al resultado que el tipo plantea como ámbito susceptible de protección la normativa.

La evaluación de estas circunstancias nos permitirán entender de mejor manera la realidad de lo disvalioso de la acción llevada a cabo por el sujeto activo, y facilitarán la construcción de un escenario integral que habilitará un debido abordaje del tema.

Así, somos de la idea que si se presenta un caso como el estudiado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, donde pese a no haber tocamientos específicos contra las partes pudendas del sujeto pasivo, el contexto en el que se dieron los hechos, las expresiones de tinte sexual propiciadas por el agente, la situación de dominio que el imputado tenía en orden al mayor cargo que ostentaba, y la cuestión de género verificada, nos marca a las claras que nos encontramos ante un caso de abuso sexual simple contemplado en el art. 119 1er párrafo del C.P.

7. Conclusión

Sin dudas, la descripción que nuestro texto normativo acoge respecto al abuso sexual simple, presenta una textura abierta que debe ser zanjada mediante la tamización de ciertas pautas que darán luz sobre la realidad de lo acontecido. Para tratar de formular una debida interpretación de lo sucedido, habrá que echar mano y pensar el asunto analizando la acción objetivamente desplegada, la real intención del sujeto activo, la connotación que el sujeto pasivo percibió del acto presuntamente delictivo, considerando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que el acto fue realizado.

Pero además, será esencial examinar como pudo influir en el suceso la cuestión de género, pues muchas veces las situaciones de poder disímiles construyen en la faz interna del sujeto activo, un pensar de que todo lo puede con relación a la persona que dé él depende o se encuentra sometida a las decisiones o acciones que despliegue en efecto. Por ello, en muchos casos, el abuso sexual no se edifica solamente en base a una violencia física, sino que es el resultado de coerciones emocionales o contextos de disparidad significativa.

De allí, que integrar estas perspectivas es esencial para entender de mejor modo el tipo penal, pues su utilización permitirá concebir de mejor modo las dinámicas sociales y culturales que subyacen a los delitos sexuales.

8. Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, 2014, “*Derecho Penal Sexual –Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual–*”, Buenos Aires, ed. B de f.
- Aboso, Gustavo Eduardo, “Código Penal de la República Argentina”, 4ta edición, Ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2017.
- Creus Carlos & Buompadre, Jorge E., 2009, “*Derecho Penal. Parte Especial*” 3ª ed., Buenos Aires, Astrea.
- Donna, Edgardo A., 1999, “*Delitos contra la Integridad Sexual*”, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni.

Figari, Rubén E., 2021, “Código Penal Parte Especial”, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley.

Parma, Carlos, 1999, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo.

Villada, Jorge L., 2000, “*Delitos contra la Integridad Sexual*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1981, “*Tratado de Derecho Penal*”, Buenos Aires, ed. Ediar.

Jurisprudencia

CFAMDP, “Legajo de Apelación de M., D...”, 1/9/2023, Expte. nro. 1433/2023.