

## LOS DELITOS SEXUALES CON MENORES DE LOS CLÉRIGOS EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

### RESUMEN

El presente artículo trata sobre una problemática que preocupa a la sociedad en general y a la Iglesia en particular. En estas páginas se analiza el tema de la legislación penal argentina sobre los delitos sexuales con menores, considerando la opinión de los penalistas más importantes. Se indican elementos que podrían perfeccionar la ley como asimismo algunas falencias o lagunas de la misma. Asimismo se estudia con mayor detenimiento qué ocurriría si estos tipos de delitos fuesen cometidos por un clérigo, si hay agravantes o en qué medida pueden implicar una pena mayor. También se establecen, en la medida de lo posible, dada la naturaleza diferente de ambas legislaciones, una comparación acerca del modo de tratar estos delitos en la legislación penal canónica y la penal estatal, para, entre otros objetivos, mostrar que la ley de la Iglesia es más amplia, en cuanto a lo que comprende dentro de la figura delictiva, que la ley penal. Finalmente se trata acerca de la obligación o no que tienen los Obispos y Superiores Mayores de denunciar a los clérigos que cometen estos delitos. La semejanza de la ley penal argentina con la española y otras legislaciones de América Latina, permitirán que el presente artículo sea de utilidad a un amplio público.

### ABSTRACT

The present article deals with an issue concerning society as a whole, and the Church in particular. In these pages, the Argentinean Penal Code Legislation about sexual offences towards minors is analysed, taking into account the views of the most renowned attorneys. They discuss certain elements which could improve the law as well as fill in certain gaps in it. Special attention is drawn to what would happen if this sort of crimes were committed by clergymen, also if there were aggravating circumstances and to which extent that would enforce a more severe sentence. Additionally, a comparison is drawn between the way these offences are weighed by canonical and civil legislations -considering their diverse nature- with the purpose of demonstrating that the law of the Church has a broader approach than penal legislation towards this sort of offence. Finally, the article considers the question if it's an obligation for bishops and other superior clerical authorities to report priests who have committed this felony. The similarities between the Argentinean and Spanish Penal Codes and other Southamerican legislations will contribute to making this article useful for a wide range of readers.

## 1. DELITOS SEXUALES

Es por todos conocida la actualidad y trascendencia que ha adquirido el tema de los abusos sexuales con menores. Aunque aún no se pueda establecer con claridad si ha aumentado el número de abusos o el conocimiento que tenemos de estos desdichados hechos, no hay lugar a dudas que la cantidad de denuncias ha crecido de un modo alarmante en diversos países. De todos modos, parece claro que la sociedad moderna ofrece nuevos modos de explotación sexual de los menores de edad: el comercio pornográfico, la prostitución y el turismo sexual al mundo abierto por Internet<sup>1</sup>.

Los abusos sexuales con menores pueden ser estudiados desde diversas perspectivas, entre otras se pueden mencionar: las causas de los mismos, las consecuencias en los menores, las terapias, la histórica y la legal. Nosotros queremos abordarlos desde esta última.

Para tal fin, nos ha parecido apropiado elegir una legislación concreta, la argentina, pensamos que la misma es un claro exponente acerca del modo en que las legislaciones modernas tratan estos delitos, por la similitud que tiene con otros códigos, particularmente con el español y el de diversas naciones de América Latina.

Dentro de las limitaciones de espacio que tenemos, queremos exponer cómo el Derecho Penal Argentino<sup>2</sup>, trata acerca de los delitos sexuales con menores. Para ello analizaremos el texto de la ley, teniendo en consideración la opinión de los autores más importantes, especialistas en estas cuestiones.

Asimismo, queremos dejar de manifiesto algunos aspectos de la ley que deberían ser más precisos, como así también la ausencia de legislación respecto de ciertas conductas relacionados con comportamientos sexuales con menores.

Por otra parte, teniendo en cuenta la preocupación de la Iglesia sobre este tema, fundamentalmente a causa de los abusos sexuales cometidos por algunos clérigos en diversas Iglesias Particulares, nos ha parecido acertado indicar algunas consideraciones a tener en cuenta, cuando éstos delitos son cometidos por clérigos. Al mismo tiempo, teniendo como referencia la legislación penal argentina, queremos mostrar brevemente, como la normativa canónica trata estos delitos. Si bien las diferencias que tienen estas

1 Cfr. P. Monni, *El archipiélago de la vergüenza*, Madrid 2004, XXI.

2 En adelante DPA.

legislaciones no permiten establecer una comparación propiamente dicha, intentaremos arribar a algunas conclusiones.

Aunque son muchos los aspectos que se deben valorar en orden a evitar los abusos sexuales a menores, está claro que uno de ellos es una legislación adecuada a las circunstancias actuales. Un país sólo puede considerarse civilizado cuando posee leyes eficaces en la defensa de sus niños y jóvenes.

Esperamos, por medio de este artículo, favorecer la reflexión y el estudio sobre la importancia que tienen las legislaciones en la lucha contra los abusos sexuales a menores. La dimensión y expansión de este fenómeno exige una análisis de tales leyes, a fin de determinar si ellas están siendo una herramienta eficaz en la lucha contra estos graves delitos.

### *1.1. Tipificación de los delitos sexuales con menores*

En el Derecho Penal Argentino, como también en otros derechos estatales, lo que usualmente se denomina «abuso de menores», se encuentra tipificado de un modo detallado, abarcando más de una figura delictiva.

El Código Penal Argentino<sup>3</sup>, en el Título III, trata los delitos contra la integridad sexual, agrupando los diversos tipos penales a partir de intereses de protección comunes:

1) Delitos referidos al abuso sexual y sus figuras derivadas:

- Art. 119. Se refiere al abuso en tres gradaciones: a) el abuso sexual simple; b) el gravemente ultrajante; y c) el cometido con acceso carnal, o violación.
- Art. 120. Contempla el estupro, es decir, el abuso cometido por seducción.

2) Corrupción:

- Art. 125. 1. Corrupción de menores. Art. 125, 2-3: agravantes.

3) Prostitución:

- Art. 125 bis. La prostitución de menores.
- Art. 126. Prostitución de mayores.
- Art. 127. Explotación económica de quien ejerce la prostitución.
- Art.127 bis. Trata de menores de 18 años.
- Art. 127, 3. Trata de mayores de 18 años.

<sup>3</sup> En adelante CPA.

## 4) Pornografía- Exhibiciones obscenas y rapto:

- Art. 128. Pornografía.
- Art. 129. Exhibiciones obscenas.
- Art. 130. Rapto.

Finalmente se regula la acción procesal penal, el avenimiento y la participación de sujetos calificados (arts. 132 y 133).

1.2. *Bien jurídico protegido*

Estos delitos se encuentran bajo el título «Delitos contra la integridad sexual». En opinión de A. Tenca, hubiese sido más apropiado, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es la libertad, que el título fuese «Delitos contra la libertad sexual»<sup>4</sup>. Así figuraba en el Código Penal Español. Sin embargo, la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, ha cambiado dicho título por el siguiente: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». Es dable recordar que ya algunos habían señalado que la anterior denominación no era suficientemente comprensiva, por lo que habían propuesto el título, recientemente señalado, que adoptó la reforma del 2003<sup>5</sup>.

O. Pandolfi, señala «que al lado de la libertad, al haberse mantenido el delito de corrupción, ha quedado protegida en un segundo plano, la normalidad sexual, entendiéndose por tal la heterosexualidad, pero siempre en relación con la edad del sujeto pasivo»<sup>6</sup>.

Para E. Donna, el bien jurídico protegido «no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de dieciocho años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer»<sup>7</sup>.

La Dra. L. Luengo, hace una interpretación más amplia, al afirmar que, «el bien jurídico tutelado es la sexualidad de la persona contemplada

<sup>4</sup> A. M. Tenca, *Delitos sexuales*, Buenos Aires 2001, 18.

<sup>5</sup> El Código Penal Ecuatoriano los denomina: «Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro» (art. 504.1 y ss); el Código Suizo: «Delitos contra la integridad sexual», arts. 187 al 200; el Código Penal Italiano: «Delitos contra la libertad sexual» (art. 519 y ss); el Código Penal de El Salvador: «Delitos contra la libertad sexual» (art. 158 y ss); el Código Penal de Colombia: «Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales» (art. 205 y ss).

<sup>6</sup> O. A. Pandolfi, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires 1999, 21.

<sup>7</sup> E. A. Donna, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires 2002, 14.

como ser biopsíquico, espiritual y social, lo que no se puede deslindar; y en el caso de los menores, el proceso de integración de esa sexualidad»<sup>8</sup>.

## 2. EL DELITO DE ABUSO SEXUAL SIMPLE

### 2.1. Disposición legal

El art. 119 §1º del CP prescribe: «*será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*».

### 2.2. Concepto

El abuso deshonesto se define como la realización de contactos corporales con contenido sexual sobre el cuerpo de una persona de uno u otro sexo, sin que haya alcanzado el acceso carnal o su tentativa.

Se exige, en principio, una relación corporal directa entre el sujeto activo y el pasivo<sup>9</sup>, de modo que son típicos los actos de tocamientos en las partes pudendas, la manipulación sexual sobre su cuerpo, sin el consentimiento de quien pueda válidamente otorgarlo o, en caso de haberlo prestado, sin tener capacidad para hacerlo de modo jurídicamente relevante. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros<sup>10</sup>.

R. Núñez también incluye los tocamientos que la víctima se ve constreñida a realizar en su propio cuerpo<sup>11</sup>. No todos los autores comparten esta opinión. Ello así, para algunos sería un atentado a la libertad personal configurativo del delito de coacción<sup>12</sup>; mientras que para otros constituirá el delito de corrupción<sup>13</sup>.

8 L. Luengo, Delitos sexuales, Buenos Aires 2004, 19.

9 Cfr. V. F. Reinaldi, Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, Córdoba 1999, 38: este autor incluye, dentro de esta figura delictiva, que el tocamiento sea también mediante un instrumento.

10 Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 19.

11 Cfr. R. Núñez, Tratado de Derecho penal argentino, t. IV, Buenos Aires 1964, 310; en el mismo sentido: Cfr. E. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 20.

12 Cfr. F. Muñoz Conde, Derecho penal. Parte especial, Valencia 1997, 182.

13 Cfr. S. Soler, Derecho penal argentino, t. III, Buenos Aires 1956, 387.

Los autores son coincidentes en señalar que no se tipifica este delito por las palabras que pronuncie el autor o la víctima; ni tampoco cuando se trate de una contemplación del autor a la víctima<sup>14</sup>. Tampoco se deben incluir los actos obscenos, por parte del sujeto activo, sobre su propio cuerpo (p. ej., masturbarse o tocarse delante de otros), lo que podrá configurar otro delito distinto, que es el de exhibiciones obscenas (art. 129 del CP)<sup>15</sup>.

### 2.3. *Culpabilidad: criterio objetivo y subjetivo*

#### 2.3.1. *Teoría subjetiva*

El denominado criterio subjetivista, sostiene que «únicamente habrá abuso sexual cuando el actor persiga un fin tal cual es el de excitar a desahogar sus propios impulsos sexuales, por lo que todo otro fin excluye el delito»<sup>16</sup>. Esta postura, conduce a la impunidad en los supuestos en los que tuvo otro ánimo y no éste, aunque haya obrado con clara conciencia de la significación del acto ejecutado<sup>17</sup>.

#### 2.3.2. *Teoría objetiva*

Esta teoría considera que, si el acto es objetivamente impúdico, no es necesario acreditar la finalidad perseguida por el agente. Cualquiera que fuera ésta, el abuso deshonesto quedará consumado. Así, los actos libidinosos son siempre abusivos si se cometen contra la voluntad de la víctima, pues tienen un significado impúdico subjetivo, que es el dolo de su autor, aunque éste no logre su satisfacción sexual<sup>18</sup>, o se realicen con otro fin, como podría ser burlarse de la víctima.

Por tanto, en esta postura, «lo que interesa es que el acto sea objetivamente abusivo, con prescindencia del elemento subjetivo»<sup>19</sup>.

14 Ibid.

15 Cfr. E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, oc., 20.

16 J. L. Clemente, *Abusos sexuales*, Córdoba 2000, 49.

17 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 40.

18 Cfr. F. Carrara, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Bogotá 1972, 1544 y 1548.

19 E. A. Dona, *Delitos contra la integridad*, oc., 23; Cfr. J. L. Clemente, *Abusos sexuales*, cit.,

#### 2.4. *Postura del Derecho Penal Argentino*

La doctrina argentina se ha inclinado, mayoritariamente, por una concepción que podríamos denominar objetiva-subjetiva, pues entiende que, una acción, integra el tipo penal de abuso deshonesto, si tiene lugar alguno de los siguientes requisitos:

1. Si el acto es objetivamente obsceno, el abuso deshonesto ha de quedar consumado.
2. Si objetivamente no lo es, igualmente podrá constituir delito, en aquellos casos en los cuales el agente le atribuye al acto un contenido sexual desde su obrar subjetivo<sup>20</sup>.

Consecuentemente con lo expuesto, para los tribunales argentinos, el delito de abuso deshonesto se materializa con tocamientos sobre las zonas púdicas, sin requerir que el autor le haya dado al acto contenido sexual alguno, o bien mediante contactos corporales en partes no pudendas, si el autor le otorga contenido lúbrico<sup>21</sup>.

#### 2.5. *Sujeto activo y sujeto pasivo*

Todos coinciden en que, tanto el sujeto activo como pasivo, pueden ser el hombre o la mujer.

#### 2.6. *Edad de la víctima*

La edad de la víctima, en el supuesto del tipo penal de abuso sexual, es de trece años<sup>22</sup>. Cabe destacar que, hasta la reforma de 1999 introduci-

20 En relación al beso, se considera que no puede llegarse a una conclusión definitiva, sobre si constituye o no una modalidad de comisión del abuso deshonesto. Éste, como cualquier otro acto corporal, puede tener diversos significados en cada caso en particular, según las circunstancias que le dan sentido y traducen la realidad de su contenido intencional. En sí mismo, el beso no es conceptualmente impúdico, pero puede llegar a convertirse en tal cuando responde al móvil de la apetencia sexual. «El acto de tomar por la cintura y besar en la mejilla a una persona no corresponde a ningún acto impúdico o de apetencia sexual. El contacto físico, para ser típico debe tener significación sexual»: CNCrimCorr, Sala 4ª, Elbert, Barbarosch (en disidencia), González Palazzo. (Sec.: López. C. 19.069, Eencina, Francisco. Rta: 19/07/2002, in: elDial-A1155D).

21 CNCrimCorr, Sala 2ª, 3/9/91, LL, 1992-A-393, citada por A. M. TENCA, oc., 24.

22 En las legislaciones brasileña (CP, art. 224), paraguaya (CP, art. 135, incs. 1º y 8º), italiana (CP, art. 539), alemana (§176), portuguesa (CP, art. 172, inc. 2º) y colombiana (CP, art. 303), la edad es de catorce años; la española la fija en trece años (CP, art. 180 §1, 3º); la mexicana mantiene los doce años (CP, art. 266, I). A partir de la medianoche del día del cumpleaños ya será mayor de trece años (arts. 24 y cc., CC argentino).

da por la Ley 25.087, la edad referida era de doce años. Este cambio recibió grandes críticas, más aún estando en ese momento en discusión el subir la edad de las personas para reputarlas imputables, argumentándose que, si se consideraba una edad más temprana para comprender la criminalidad de los actos y dirigir sus acciones, también debía admitirse que estaban en condiciones de comprender cuando deben o no tener contactos sexuales<sup>23</sup>.

Para V. Reinaldi, la disposición de elevar la edad, responde al espíritu de la convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que Argentina, en 1994, elevó a rango constitucional (art. 75, inc. 22), en cuyo Preámbulo se repiten los términos de la Declaración de los Derechos del Niño, según los cuales «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal...» y en su articulado, se establece que «los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo» (art. 19.1) y brindarán «protección al niño contra todas las formas de explotación o abusos sexuales» (art. 34).

De todos modos, no consta que la ley haya tenido en cuenta dicha convención, en vista de lo cual creemos que el límite de edad, obedece a considerar la madurez necesaria para comprender la conducta sexual<sup>24</sup>.

La ley presume *juris et de jure* la falta de consentimiento por la edad de la víctima y por ende, la imposibilidad de prestarlo 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<sup>25</sup>. En consecuencia, esta presunción, no admite prueba en contrario por lo que carece de todo significado el consentimiento que de hecho pueda haber prestado el menor.

23 Discurso ante la Cámara de Senadores, in: O. A. Pandolfi, oc., 165-166: El Senador Genoud, en la sesión del 14 de abril de 1999, única en la que se debatió el proyecto convertido en ella en ley, expresó: «Con respecto al aumento de la edad de la víctima de doce a trece años, debemos puntualizar que se trata de un tema muy discutible, porque, si por un lado los jóvenes tienen mayor capacidad para comprender la criminalidad del acto -y, por lo tanto, hay quienes dicen que debe disminuir la edad de la punibilidad-, también es lógico que los jóvenes de hoy día tengan una mayor comprensión para saber si se debe tener acceso carnal o no».

24 Cfr. O. A. Pandolfi, oc., 53.

3. USO DE VIOLENCIA, ABUSO COACTIVO O INTIMIDATORIO DE UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA, DE AUTORIDAD O DE PODER

Ahora analizaremos los distintos modos típicos ahora contemplados en la ley:

a) *Violencia*: Consiste en el uso de una fuerza física ejercida por el autor sobre la persona de la víctima o en su contra<sup>26</sup>. Además quedan comprendidos dentro del concepto de violencia, por disposición del art. 78 del Código Penal, todos los casos en que se han utilizado medios hipnóticos o narcóticos<sup>27</sup>.

La relación, entre violencia y resistencia, ha suscitado también cuestiones controvertidas, pues la violencia ejercida debe ser idónea para impedir que la víctima exprese su voluntad contraria al acto o para vencerla pero, por otra parte, la ausencia de resistencia podría no ser demostrativa de su asentimiento al acto, sino más bien producto de la sorpresa o miedo que el mismo le causó<sup>28</sup>, lo cual puede incluso llegar a paralizar a la víctima.

La línea jurisprudencial en Argentina, y también en España, desarrollada en los últimos años, afirma que la resistencia de la víctima no es elemento del tipo, sino que lo es la violencia del autor; así de una «resistencia importante» se pasó a una «resistencia razonable» y ahora, sólo se exige la voluntad contraria de la víctima, circunstancia que en ocasiones se acredita exclusivamente con el testimonio del supuesto damnificado<sup>29</sup>.

Sin embargo, tampoco se puede dejar de considerar que hay denuncias falsas; el juzgador debe llegar a la verdad, a fin de no dejar impune el ataque que verdaderamente existió, pero también debe saber descubrir las falsas. No es menos grave que alguien, por una falsa denuncia, sufra injustamente la pérdida de su libertad<sup>30</sup>.

b) *Amenaza*: Es el anuncio de un mal a sufrir por la víctima, en su persona, bienes o secretos, o por terceros con los que tiene vínculos de

25 Cfr. C. Carmona Salgado, Delitos contra el honor, in: M. Cobo del Rosal (dir.), Curso de Derecho penal español, Madrid 1996, 260.

26 E. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 30: «También se deberá considerar como una fuerza intimidatorio a las amenazas, siempre que infundan un temor razonable y tengan fundamento, ya que eso es requisito básico de la amenaza».

27 Art. 78: «Queda comprendido en el concepto de violencia, el uso de medios hipnóticos o narcóticos».

28 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 50-51.

29 Cfr. A. M. Tenca, oc., 39.

30 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 53.

afecto, cuya realización depende de la voluntad de la persona que la formula. Al igual que la violencia, la amenaza debe ser idónea para infundir miedo al sujeto pasivo. Habrá que ver las circunstancias personales, ya que la amenaza que, para una persona, pueda no significar mucho, para otra, más débil o ingenua, puede resultar realmente intimidante.

*c) Abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder:* Aquí se engloban relaciones de autoridad y jerarquía en las que el autor se encuentra con la víctima en relación de preeminencia, la cual puede forzar su libre consentimiento.

La relación de dependencia puede darse en materia laboral, educativa, institucional, religiosa, o análoga, siempre que no caiga en la agravante prevista en el cuarto párrafo del mismo artículo<sup>31</sup>. Comprende también aquellos casos de dependencia económica, social, sanitaria o de otra índole<sup>32</sup>.

Resume muy bien estas figuras V. Reinaldi, al decir: relación de dependencia, existe cuando la víctima está subordinada al actor; de autoridad, cuando es la propia ley la que establece la subordinación del uno al otro; y de poder, cuando en una relación de hecho una persona controla y regula la vida del otro<sup>33</sup>. La utilización de estos tres conceptos responde a la intención de abarcar toda situación de superioridad en la que, el autor se halle en relación a la víctima y de la que el autor abusa, de un modo coactivo o intimidatorio, para que la víctima le brinde favores de naturaleza sexual o soporte actos de ese tipo<sup>34</sup>.

### 3.1. *Imposibilidad de consentir libremente la acción del sujeto activo motivada por cualquier causa.*

La imposibilidad puede deberse a distintas circunstancias, entre las que cabe destacar: la víctima privada de razón o de sentido, el error, ya sea sobre la naturaleza del acto o sobre la persona y la sorpresa.

31 Cfr. E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, oc., 31.

32 Cfr. J. L. Villada, *Delitos sexuales*, Buenos Aires 1999, 35.

33 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 57.

34 *Ibid* 59.

#### 4. SOMETIMIENTO GRAVEMENTE ULTRAJANTE

##### 4.1. Norma legal

El §2 del art. 119 prescribe: «*la pena será de cuatro a diez años de reclusión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*».

El abuso sexual gravemente ultrajante es una categoría nueva, que vino a crear la Ley 25.087. Es una figura intermedia entre el abuso simple (antes abuso deshonesto) y el abuso con acceso carnal (antes violación); con el fin de dar soluciones a casos que, en el ordenamiento derogado, respondían a la misma calificación legal, pero respecto de los cuales la diferencia cualitativa del daño provocado, por unos y por otros, tornaba injusta la aplicación de la misma escala penal.

Sin embargo, la acción típica no difiere de la ya analizada figura básica (abuso sexual simple); la fórmula castiga con mayor severidad las conductas que, en comparación con ésta, resultan más dañosas para la víctima, sin llegar a la penetración, por la forma en que fue realizada<sup>35</sup>.

##### 4.2. Requisitos para el abuso gravemente ultrajante

Los requisitos, para que se configure el delito aludido en el art. 119 §2, son los siguientes:

a) Reiteración o repetición: para poder hablar de un abuso gravemente ultrajante se debe dar la reiteración o repetición de actos impúdicos, objetivamente similares, en los que coinciden víctima y victimario.

b) Que el acto se prolongue por un tiempo mayor al necesario para consumir el acto impúdico.

Algunos autores incluyen aquí la *fellatio*<sup>36</sup>. Siendo ésta una cuestión sumamente controvertida en nuestro Derecho la trataremos con detenimiento más adelante.

Ahora bien, es claro que hay sometimiento cuando se pone a otra persona, generalmente por la fuerza o la violencia, bajo la autoridad o el

<sup>35</sup> Cfr. E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, oc., 47.

<sup>36</sup> Entre otros, Cfr. O. A. Pandolfi, oc., 31; Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 67; Cfr. J. L. Clemente, *Abusos sexuales*, cit., 83; Cfr. J. Buompadre, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Buenos Aires 2003, 389.

dominio de otra. Sin embargo, la cualidad de «gravemente ultrajante» de ese sometimiento, requerido por el tipo penal, ha traído dudas en la doctrina y numerosos problemas en la jurisprudencia.

Nadie duda que el abuso en sí ya es un hecho humillante y ultrajante, por tanto, al insistir el legislador y hacerse expresa referencia a «particularmente», puede entenderse que se trata de supuestos muy calificados. No obstante, no deja de ser una realidad que, teniendo en cuenta las características de los hechos, no es fácil establecer criterios claros y preestablecidos para determinar cuándo se está ante la figura de un abuso «gravemente ultrajante».

Será preciso, entonces, que se contemplen las circunstancias en que ocurre el ilícito, las cuales pueden referirse al acto en sí mismo (objetivamente entendido) o bien a lo que rodea el acto.

Resumiendo, podríamos decir con A.Tenca, que, el concepto inmerso en la frase «sometimiento sexual gravemente ultrajante», conlleva un plus de humillación y de degradación de la víctima, tanto en el plano físico, como en el psíquico y moral<sup>37</sup>.

#### 4.3. *Sujeto activo y sujeto pasivo*

Pueden ser sujetos activos y pasivos tanto el hombre como la mujer.

#### 4.4. *Tipo subjetivo*

El delito es de naturaleza dolosa, pues consiste en el conocimiento de que se realiza un acto de carácter sexual sin consentimiento de la víctima y sin que se arribe al coito. A esto se debe adunar un elemento subjetivo, cual es el *animus* del autor de someter al sujeto pasivo<sup>38</sup>, degradándolo conforme alguna de las modalidades que habitualmente cita la doctrina y la jurisprudencia, como pueden ser actos de bestialidad, sadismo, etc.

37 Cfr. A. M. Tenca, oc., 59.

38 Cfr. R. E. Figari, Delitos de índole sexual, Mendoza 2003, 120.

## 5. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL

### 5.1. Norma legal

El párrafo tercero contenido en el artículo 119, según la Ley 25.087, ha quedado acuñado de la siguiente manera: «La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando la circunstancia del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía».

### 5.2. El concepto legal de «acceso carnal»

La agravante tiene lugar cuando hay acceso carnal por cualquier vía, si media, por parte del autor, alguna de las circunstancias del primer párrafo, a saber: aprovechamiento de la edad del menor o de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción, o si ha quebrantado su voluntad valiéndose de violencia o amenaza o abuso coactivo o intimidatorio de una relación de preeminencia.

El núcleo típico de la figura lo constituye la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona, por vía normal o anormal, buscando hacer posible el coito, o acto equivalente, sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir, que se produzca la eyaculación ni que la penetración sea completa<sup>39</sup>.

Tanto desde el punto de vista biológico, como del jurídico, hay consenso en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a que el acceso carnal puede ser por vía normal o anormal, lo que incluye el coito rectal o anal<sup>40</sup>. Además la violación tiene como sujetos pasivos posibles, tanto a la mujer como al hombre (art. 119), en vista de lo cual hay que concluir que la penetración es típica, tanto cuando se realiza vía vaginal como cuando se realiza vía anal.

### 5.3. *Fellatio in ore*

La ubicación penal de la *fellatio in ore* es una cuestión que ya se discutía antes de la reforma que trajo la Ley 25.087. Algunos consideraban que la *fellatio* era un abuso deshonesto (hoy abuso sexual simple), otros que constituía una modalidad de violación.

39 Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 59.

40 Cfr. R. E. Figari, oc., 130; R. Núñez, Manual de Derecho penal, Córdoba 1999, 106-107.

Si bien uno de los motivos de la nueva legislación era precisamente zanjar definitivamente esta cuestión, reclamada, además, por el colectivo general y en orden a considerarla violación, pues el tema estaba presente en los distintos medios de comunicación debido a que algunas sentencias se habían pronunciado en no considerar a la *fellatio* como violación (acceso carnal en la nueva legislación), la nueva ley no logró su objetivo y la disputa continúa hasta el momento.

Dichas interpretaciones surgen a partir de la expresión, por cierto no del todo clara, «por cualquier vía», que trae el art. 119, 3º. La redacción del Código Penal Español (art. 182 §2) tiene una expresión que no ha suscitado estos inconvenientes, la misma dice: «*Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal u bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años...*».

Aunque se acepta que la intención del legislador ha sido equiparar la *fellatio* al tipo de abuso sexual agravado por acceso carnal, previsto en el art. 119 §3, tampoco deja de ser cierto que el legislador no introdujo el coito oral pudiendo hacerlo, lo cual permite interpretar que, de este modo, ha dejado la figura fuera del delito tipificado en el art. 119 §3. Hubiese sido más acertado introducir la figura expresamente; una cosa es lo que el legislador quiso decir y otra lo que dijo. De modo tal que pareciera que la única solución posible es que, el propio tipo penal, señale expresamente que la penetración por vía bucal es acceso carnal, y que configure el delito de violación o la agravante de acceso carnal.

Hay toda una serie de argumentos a favor y en contra de considerar la *fellatio in ore* como violación<sup>41</sup>. No es necesario detenernos en ellos, la realidad concreta es que después de la Ley 25.097, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia encontramos las dos posturas, es decir, considerar a la *fellatio*, tanto como un abuso gravemente ultrajante o bien, como un abuso agravado con acceso carnal. No obstante, la posición dominante es ésta última.

#### 5.4. *El sujeto activo*

La segunda cuestión, que ha traído controversias, es sobre el sujeto activo.

<sup>41</sup> Para un estudio pormenorizado del tema puede consultarse: G. A. Arocena, H. G. Bouvier, *Sobre la fellatio in ore*, Córdoba 2000.

Antes de la reforma introducida por la Ley 25.087, la mayoría de los autores entendía que, según el art. 119, en referencia a la violación, sólo podía serlo el hombre<sup>42</sup>, ya que el término especificado en la ley, al requerir que el autor «tenga acceso carnal», impedía que se pudiera considerar sujeto activo a la mujer o al pederasta pasivo que se hace penetrar por un varón.

En la actual redacción del art. 119, 3º se dice: «hubiere acceso carnal», con lo cual la cuestión sigue estando poco clara, sin embargo el texto permitiría considerar que se comete este delito cuando el varón o la mujer, aprovechándose de la edad del varón u obligándolo, se hacen penetrar sexualmente<sup>43</sup>.

### 5.5. *Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo puede ser tanto el hombre como la mujer.

### 5.6. *Agravantes*

Las agravantes penales, de acuerdo a la Ley 25.087, han sido introducidas en el mismo artículo 119 del CP, en el cual se establece:

*«...En los supuestos de los dos párrafos anteriores (abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante) la pena será de ocho a veinte años de reclusión si:*

*a) Repercutiere en un grave daño en 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;*

42 Entre ellos destacamos a S. Soler, quien afirmaba categóricamente: «El sujeto activo del delito de violación es solamente el hombre», in: S. Soler, oc., 344.

43 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 78; Cfr. C. Fontán Balestra, oc., 86: este autor ya admitía con la antigua legislación, la posibilidad, de que la mujer y el homosexual de hecho puedan ser sujetos activos de la violación ya que la ley —a su entender— no los excluía. Asimismo, sostenía que no resultaba fácil imaginar el hecho ejecutado mediante violencia física, pero sí cuando se tratase de un varón menor de doce años y aún en los supuestos de intimidación.

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

*En el supuesto del primer párrafo (abuso sexual simple), la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión, si concurren las circunstancias de los incisos a), b) d), e) o f).»*

De éstas agravantes vamos a estudiar las dos que tienen para nosotros un interés particular: a) ministro de un culto reconocido o no, y b) encargado de la educación o de la guarda.

### 5.7. *Ministro de un culto reconocido o no*

La Ley 25.087 sustituyó la palabra «sacerdote» por la expresión «ministro de algún culto reconocido o no». La intención del cambio obedeció a ampliar más la figura, aunque, en general, la palabra sacerdote no era entendida como sinónimo de sacerdote católico.

Algunos consideraban que precisamente por decir sacerdote, quedaban excluidas las mujeres que pudieran ejercer estas funciones, en cambio, ahora, también se podría incluir a las mismas, que en otras religiones, distintas de la católica, ejercen funciones como «pastoras» o «guías espirituales», o cualquier otra denominación que tengan<sup>44</sup>.

Con anterioridad a la reforma, ya había dos posiciones diferentes respecto de la razón específica de esta agravante. Por un lado, S. Soler que daba como fundamento de la norma el hecho que el delito aparece cometido por persona particularmente obligada a tutelar a la víctima, de manera que hay -decía- dos derechos vulnerados, el de la honestidad y el deber moral de protección asumido, aceptado o simplemente debido<sup>45</sup>. Pero entendía que el caso del sacerdote no agravaba la conducta por la calidad personal de aquél, sino en la relación de confianza y respeto que de tal calidad derive. Así decía que, «un sacerdote autor de violación de una mujer que no lo sabe sacerdote, no comete violación agravada»<sup>46</sup>. Por su parte, C. Fontán Balestra mantenía la posición de Soler, pero agregaba al ejemplo de dicho autor que, aunque la víctima supiese de ese carácter sacerdotal, si éste no ha sido utilizado para cometer el delito y, por tanto, el sacerdote hubiese actuado como un particular cualquiera, no caería en la agravante<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. J. Buompadre, oc., 381: El término abarca al sacerdote del culto católico, al rabino, al pastor protestante, al guía espiritual de un grupo religioso, al gurú de una secta, etc.

<sup>45</sup> Cfr. S. Soler, oc., 351.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Cfr. C. Fontán Balesta, oc., 96-97, en igual sentido: Cfr. C. Creus, Derecho penal. Parte especial, t. I, Buenos Aires 1992, 201; Cfr. R. E. Figari, oc., 218.

Actualmente la doctrina no es unánime en la interpretación de esta agravante, aunque la posición mayoritaria sostiene que no basta la condición requerida en el sujeto activo, sino que es necesario que exista una relación de confianza y respeto. Lo importante es determinar si la persona se hallaba en esa situación de respeto, es decir, de influencia moral.

Así es que para algunos, solamente la calidad de ministros de culto, sitúa al autor en la agravante, aunque esa calidad no sea reconocida por la víctima; mientras que, para otros, por el contrario, es necesario que, por lo menos, exista alguna relación entre el autor y la víctima derivada de aquél, aunque no sea más que el simple sentimiento de respeto que inspira a la víctima el conocimiento de dicha calidad sacerdotal del autor que, por razones de oportunidad, respeto y confianza, pueden haber visto favorecida la comisión del hecho<sup>48</sup>. Consecuentemente con esta posición, no se requiere que el ministro abuse de su función como tal para cometer el hecho.

Una posición particular es la de R. Núñez, quien sostiene que, la mayor criminalidad del hecho no reside en el aprovechamiento o abuso de la vinculación sacerdotal entre el autor y la víctima, sino en la violación del deber de moralidad y honestidad, que impone al mismo, en sus relaciones con cualquier persona, su calidad de sacerdote: «Se trata, en realidad, de una circunstancia agravante que funciona como pura calidad del autor, y no como modo de realización del delito. La agravante concurre incluso si la víctima ignoraba la calidad del sacerdote o del autor, o si pertenecía a una religión distinta a la de éste»<sup>49</sup>.

En igual sentido opina V. Reinaldi, para quien también es irrelevante que la víctima conozca o no la calidad ministerial religiosa del autor; además, sostiene que nada autoriza a afirmar que la ley requiera, para la configuración de la agravante, que el autor abuse de la relación existente, por su calidad de ministro. En tal sentido afirma: «la razón de la calificante se halla en la inobservancia al deber impuesto legalmente a quienes poseen esa calidad ministerial, de abstenerse de cometer cualquier abuso sexual en perjuicio de otras personas»<sup>50</sup>.

O. Pandolfi, se inclina por la postura de S. Soler y C. Fontán Balestra, sosteniendo que, al tomar tan decidida preeminencia la libertad, como valor casi excluyente en la definición del bien jurídico protegido, la honestidad, como sinónimo de moralidad sexual, ya no integra aquél<sup>51</sup>.

48 Cfr. J. Laje Anaya, El vínculo y otras agravantes en los delitos contra la integridad sexual. Ley 25.087, in: Estudios de Derecho penal, t. I, Córdoba 2001, 363.

49 R. Núñez, Tratado de Derecho, oc., 272. En igual sentido: Cfr. J. L. Villada, oc., 74.

50 V. F. Reinaldi, oc., 97.

51 Cfr. O. A. Pandolfi, oc., 63-64.

Finalmente, O. Breglia Aria y O. Gauna, hacen una crítica a la redacción del texto, señalando que, así como en la redacción anterior, entre el sustantivo «sacerdote» y el «encargado de la educación o guarda» de la víctima, existía la partícula disyuntiva «o», en el texto actual, entre «ministro de algún culto reconocido o no» y «encargado de la educación o guarda», hay una coma, luego podría llegar a interpretarse que, ahora, el ministro de algún culto reconocido o no, tendrá que ser encargado de la educación o guarda, y el encargado de la educación o guarda tendrá que ser además ministro de algún culto reconocido o no, para que se dé la agravante, lo cual «seguramente será aprovechado por algún defensor para requerir en las agravantes ambas condiciones y no una sola»<sup>52</sup>.

Valorando las distintas opiniones, y teniendo en cuenta el texto, el contexto y la intención del legislador, creemos que no es suficiente solamente la condición de sacerdote para que se incurra en la agravante. Será necesario que, al menos de algún modo, haga uso de la misma, o que ésta le otorgue ciertas facilidades para cometer el delito. Pues la razón de la agravante está dada en que esa condición le facilita la acción delictiva al sujeto activo, por la confianza, el respeto o simplemente la cercanía que ello importa<sup>53</sup>. Si la ley pretendiera tener en cuenta, como motivo de la agravante, la condición misma de la persona, entendiendo que ella exige un determinado comportamiento, no sólo hubiese incluido a los ministros de culto sino también a otras profesiones de las que igualmente sería de esperar una determinada conducta. Pero esto no es así, el bien que se intenta proteger, a partir de la reforma de la Ley 25.087, es la integridad sexual de las personas y no determinadas conductas morales; nótese que, en sí mismo, una relación de incesto consentida con mayor de trece años, si hay madurez sexual, no es delito.

De todos modos, si nos detenemos en los casos concretos de abusos cometidos por clérigos y ministros de otras confesiones, se advertirá que sus víctimas, casi siempre, son personas de su entorno, las cuales en general, han confiado en ellos, ya sea los menores mismos o sus padres, y precisamente por su condición. En Argentina, al menos en los casos de público conocimiento, todos han sido con víctimas relacionadas, de distintos modos, con su condición sacerdotal; en este sentido, creemos que la interpretación se entiende de un modo amplio; por ejemplo, un sacerdote que abusa de menores, hijos de una familia amiga, aunque el hecho no ocurra ni en el ámbito de la parroquia ni los menores asistan a cateque-

52 O. Breglia Arias, O. Gauna, Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, t. I, Buenos Aires 2001, 916.

53 Cfr. A. M. Tenca, *oc.*, 109.

sis, si dicha amistad surgió en torno a su ministerio, y teniendo en cuenta que seguramente los menores le conocían como clérigo, la agravante se aplicará.

De igual modo, compartimos la opinión de los autores que sostienen que, si el ministro no tuviese ninguna vinculación con la víctima por su ministerio, no debería aplicarse dicha agravante.

En una sentencia de la Provincia de Buenos Aires, contra el sacerdote H.P., el Tribunal consideró ésta agravante en los siguientes términos: «Así también constituye un desprecio que exteriorizaba el imputado hacia los niños al tratarlos de «cargas sociales», «muertos de hambre» o «sobras de la sociedad», lo que demuestra el superficial compromiso que tenía en la tarea que decía desarrollar, índice demostrativo de la mayor peligrosidad de alguien que, *amparándose en el ejercicio de un ministerio religioso y en la imagen con la que se presentaba ante los fieles y la sociedad en general*, cometía abusos contra personas absolutamente desamparadas»<sup>54</sup>.

Respecto de la agravante «encargado de la educación o la guarda», primeramente es necesario hacer algunas aclaraciones: *encargado de la guarda* es aquel que se ocupa del cuidado del menor, por delegación del titular o por cualquier situación de hecho, sin que sea necesario que ella sea excluyente de la patria potestad, tutela, curatela o, incluso del «guardador» en el sentido del art. 72 del CP<sup>55</sup>. Para la ley no es lo mismo ser *guardador*<sup>56</sup>, que ser *encargado de la guarda*. Resulta útil para una clara diferenciación entre las nociones de «guardador» y «encargado de la guarda» traer a colación la reseña jurisprudencial del TSJ de Córdoba en relación con el art. 122 del derogado CP: «Está encargado de la guarda el que debe cuidar del menor, sea por convención, oficio o el que lo debe hacer en razón de una situación de hecho, pero carece del gobierno y dirección plenos, característicos del guardador. Es cierto que la condición de encargado de la guarda no debe asimilarse a la del que recibe un encargo momentáneo de vigilancia de un menor o incapaz. Sin embargo, la situa-

54 Sentencia del Tribunal en lo criminal n° 3 Departamental de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, causa n°. 1187, del 17 de marzo de 2003. Causa facilitada por gentileza de los Jueces Dra. Lydia Luengo y Dr. Armando Topalián.

55 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 92; Cfr. G. A. Arocena, Delitos contra la integridad sexual, Córdoba 2001, 86.

56 CNCRIM. Sala 4ª (Def.) —Campos (en disidencia), Valdovinos, Escobar— (Sent. «F», sec. 12) c. 39.849, Gerván, Luis A. Rta: 29/10/91: Cabe aplicar el agravamiento de «bajo la guarda» si los niños víctimas del delito de *corrupción*, hacían campamentos bajo el control y responsabilidad del acusado, ya que la calificante no requiere de una específica, prolongada e ininterrumpida permanencia, ni especial relación parental jurídica o fáctica no prevista expresamente por la ley, in: elDial-A1598

ción del encargado de la guarda no requiere la convivencia de las personas, sino que es compatible con situaciones de continuidad y con relaciones de más cortas duración»<sup>57</sup>.

Por otra parte *encargado de la educación*, es aquel que por cualquier título legal o situación de hecho, se ocupa de instruir o educar al menor. «Lo hace tanto el que suministra conocimientos intelectuales o formación moral, como el maestro de un oficio o arte. Lo importante no es la calidad de la materia que enseña sino que no se trate de vinculaciones puramente ocasionales»<sup>58</sup>.

Estas agravantes pueden estar junto a la de ministro de culto. Por ejemplo, un clérigo que sea director de un hogar de niños, es un *guardador*; un representante legal de un colegio puede considerarse *encargado de la guarda* mientras los alumnos están en el colegio, y un clérigo que imparte clases a niños o adolescentes es un *encargado de la educación*<sup>59</sup>.

57 TSJ de Córdoba, Sala Penal, autos «Arreguiz, Pedro Timoteo, violación reiterada-Recurso de casación», Sent. n° 30, 26-06-96, citada por: G. A. Arocena, oc., 86, nota 235; en el mismo sentido CNCrimCorr Sala 6ª, Escobar, Gerome, c. 21.054, Ledesma Vallejos, Arzob. Ramiro-Rta: 28/02/2003, in: elDial-AI1886.

58 V. F. Reinaldi, oc., 92; Sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, in: Jurisprudencia Argentina, 1987-III-380: «el encargado de la educación o guarda de la víctima, no es solamente aquel que tiene la calidad jurídica del tutor, curador o guardador; también lo es la persona que enseña, corrige o cuida a la víctima menor o incapaz, conservando el padre, tutor, curador o guardador el gobierno de su educación o persona».

59 La jurisprudencia ha considerado con amplitud ser encargado de la educación, por ejemplo, se incluyo bajo esta agravante a un maestro de catecismo: CNCRIM, Sala 1ª, (Def) —Rivarola, Donna, Tozzini— (Sent. «C», sec. 6) c. 43.391, García, Omar. R. Rta: 28/03/94, in: elDial-A18A7; Suprema Corte de Justicia, Circunscripción 1ª, Sala: 2ª, Mendoza-1968/12/20, «Fiscal c/Puentes, Miguel Ángel s/Corrupción-casación»-Fallo: 68199342: «Está encargado de la educación de la víctima, abstracción hecha del supuesto abusivo, tanto el profesor universitario como el secundario o de escuela primaria», in: elDial-MZ1214; CNCP, Sala 3ª, 16/04/2003, Causa 4271-«O., N. José s/recurso de casación»: «Tanto está encargado de la educación el profesor universitario o secundario o el maestro de escuela primaria, como el preceptor particular, la institutriz o el maestro de un arte u oficio», in: elDial-AA1893; La misma sentencia consideró que un profesor de enseñanza de las artes marciales investía el carácter de «encargado de la educación del menor». El argumento fue el siguiente: «Tanto la víctima como sus responsables legales decidieron que el niño se introdujera en una disciplina deportiva de las llamadas marciales, para lo cual, y aquí utilizo las palabras de la propia defensa, tomaba «clases» de sipalki-do que le impartía el «profesor» imputado. Dócilmente surge entonces que con regularidad suficiente (dos veces por semana, una hora y media) y por un lapso prolongado (un año y medio aproximadamente) el imputado estuvo a cargo de la educación del menor, en lo relativo a esta práctica deportiva como segmento de integridad de su formación física y espiritual. El enjuiciado entonces profesor de sipalki-do asumió la obligación de cuidar y educar a sus alumnos, generándose así una relación de confianza y respeto de ellos hacia su maestro. Pero a la inversa de lo deseado, bastardeando su condición de formador y deportista y aprovechando su influencia y autoridad, al abusar sexualmente del menor violó gravemente el deber que le obligaba a cuidar o velar moralmente por él y a favorecer la formación de su personalidad, quebrantando así la confianza y respeto que la víctima le merece a su profesor»: CNCP, Sala 3ª, 16/04/2003, Causa 4271- O. N. José s/recurso de casación», in: elDial-AA1893.

En otras legislaciones también se contempla la agravante ministro de culto, en los mismo términos que en el CPA o con palabras semejantes, en el siguiente cuadro se podrá ver claramente. Además, se podrá apreciar cuando ser encargado o tener la guarda del menor es una agravante.

<b>AGRAVANTES</b>		
<b>PAÍS</b>	<b>TÉRMINO</b>	<b>ARTÍCULO</b>
España	«Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalecido de una relación de superioridad...»	178, 4º.
Guatemala	«Cuando el autor fuere... encargado de su educación, guarda o custodia»	173, 3º.
El Salvador	«Por autoridad pública o cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima» «Con abuso de confianza... si la víctima fuere menor de dieciséis años» «Por persona encargada de la guarda de la víctima o de la educación de un menor de dieciséis años»	162, 2º, 3º y 4º.
Nicaragua	«Cuando el autor fuere...tutor o encargado de su guarda...» «Cuando existiere entre el autor del delito y la víctima relación de autoridad, dependencia o confianza». «Cuando el autor sea familiar de la víctima, encargado de la educación, <i>orientador espiritual</i> , guarda, o custodia de la víctima» <sup>60</sup> .	195, 2º y 4º; 201 bis 2.
Colombia	«El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar su confianza».	221, 2º.

<sup>60</sup> Estas agravantes se establecen para los delitos cometidos contra el Art. 201 bis 2. «Delitos de Explotación Sexual agravados». 1. Actos sexuales con adolescentes mediante pago. 2. Pornografía con niñas, niños y adolescentes.

Ecuador	<p>«Si son los que tienen autoridad sobre ella; Si son institutores...; Si el atentado ha sido cometido...por <i>ministros de culto</i>, que han abusado de su posición para cometerlo.»</p> <p>«Cuando el homosexualismo ha sido cometido por ministros de culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado...»</p>	515 y 516.
Panamá	<p>«Si los hechos fueren perpetrados por... tutor o curador:»</p> <p>«Que se cometa con abuso de autoridad o confianza...»</p> <p><i>«ministro de culto que la víctima profese»</i></p>	218, 219 «acceso carnal con doncella mayor de catorce y menor de dieciocho».
Costa Rica	<p>Violación agravada: <i>«ministros religiosos»</i></p> <p>«Cuando el autor sea: tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.» «Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.»</p>	158. 161, 3º y 4º.
México <sup>61</sup>	<p>«Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando...»</p> <p>V. <i>Los ministros de culto religioso</i> o quien se ostente como tal y abuse sexualmente de un menor o que no tenga facultad de comprender el significado del hecho, no pueda resistir el hecho o sea obligada a ejecutarlo»</p>	Art. 266-bis.

61 Esta agravante fue incluida, en marzo de 2006, en el Código Penal de México, puede verse la noticia en la versión electrónica del 16 de marzo de 2006 del diario El Universal de México.

Observando este cuadro se puede constatar que, algunas legislaciones tienen especificado como agravante el ser ministro de culto, o bien contemplan como agravante el abuso de confianza o de cualquier autoridad para cometer el delito, por lo que el sacerdote podría ser incluido dentro de esas figuras.

Tal vez, sería más acorde, con la línea del bien jurídico protegido por el CPA, una expresión que pudiera abarcar cualquier abuso de autoridad o confianza, que se utilizase para cometer el delito y de este modo, no poner el acento en la «función» de la persona, sino más en la relación de responsabilidad, preeminencia, autoridad o confianza con el menor. Que un clérigo o un docente, tengan conductas impropias con un menor, es moralmente reprochable siempre, pero, si no han hecho prevalecer de ningún modo su condición para cometer el crimen, no corresponde al Estado juzgarle por esas conductas, considerando la función que tienen.

Por otra parte, el término «ministro de un culto reconocido o no», nos plantea la duda, en cuanto a si esta agravante sería aplicable a los miembros no clérigos de los Institutos de Vida Consagrada.

Claramente el término hace referencia a distintos cultos, de ahí que deba usar una denominación general, que abarque a todas las confesiones. Precisamente por ello, la Ley 25.087 cambió la palabra «sacerdote» por la denominación actual, aunque, como dijimos, la jurisprudencia ya lo entendía en un sentido amplio.

Para la Iglesia Católica son ministros de culto quienes han sido consagrados por medio del sacramento del Orden<sup>62</sup>. Es decir los obispos, presbíteros y diáconos<sup>63</sup>.

El Estado argentino ha regulado el régimen jurídico de los religiosos mediante la Ley 24.483<sup>64</sup>, donde se define a los Institutos de Vida Consagrada del siguiente modo: «Es una agrupación de fieles católicos que asumen los consejos evangélicos mediante votos u otro vínculo semejante según normas propias aprobadas por la Santa Sede o el Obispo diocesano competente. En la presente reglamentación este concepto incluye a las llamadas órdenes y congregaciones religiosas, y a los institutos seculares»<sup>65</sup>.

62 Cfr. CIC 83 c. 1008.

63 Cfr. CIC 83 c. 1009 §1.

64 Ley 24.483: Promulgada el 14 de abril de 1999 y publicada en el Boletín Oficial 14/5/1999. También se encuentra publicada in: J. C. Navarro Floria, C. Heredia, Régimen jurídico de los Religiosos y de los Institutos de Vida Consagrada, Buenos Aires 1997, 137-139.

65 Secretaria de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Decreto 491/95, Reglamentario del funcionamiento del Registro de Institutos de Vida Consagrada creado por Ley 24.483, in: Boletín Oficial, 2 de octubre de 1995, 2. Utilizamos la versión que se encuentra in: J. C. Navarro Floria, C. Heredia, oc., 140-148.

La ley ha tomado dichos conceptos del Derecho Canónico, cc. 573 y 731, respectivamente. Es lógico que así sea, pues es al Derecho Canónico a quien corresponde dar estas definiciones. No obstante, el decreto 491/95, atendiendo «al estado actual de evolución del Derecho Canónico, cuya terminología en la materia ha variado desde la época en que se dictaron las anteriores normas de derecho eclesiástico argentino», consideró «pertinente aclarar el significado de los términos utilizados en la ley y en esta reglamentación»<sup>66</sup>.

Por tanto, al asumir la ley las definiciones del Derecho Canónico, creemos que, desde esta perspectiva, los miembros de Institutos de Vida Consagrada no son sujetos de esta agravante.

Pero, por otra parte, si consideramos el objetivo de la norma, o sea, agravar la pena a quien se vale de la confianza y respeto que le da «un ministerio» dentro de un determinado culto, para cometer el delito, algunos podrían llegar a considerar a los miembros de IVC, sujetos de esta agravante.

Es común que los religiosos desempeñen algunas tareas que también realizan los clérigos, tales como dirigir la catequesis, acompañamiento de jóvenes y niños en colegios y parroquias; además, incluso, algunos visten hábito religioso o usan clerical, como los clérigos.

También se podría argumentar que, para la víctima, el religioso merecerá la misma confianza y respeto que un clérigo, incluso es probable que ni siquiera comprenda bien la diferencia entre ambos estados, pero si entenderá, seguramente, que —tanto el religioso como el sacerdote— están consagrados a Dios y representan una vocación peculiar, distinta de la del común de las personas y también sabrá que ambos deben guardar castidad. Habrá situaciones en las que, a los efectos de juzgar el actuar, ante un abuso, «el trabajo» de un religioso y un clérigo no serán muy distintos, al menos aparentemente.

De esta manera, un delito de índole sexual cometido con un menor por un religioso, que abusó de la confianza que le daba su mismo estado, y cuya relación con el menor es fruto de las actividades que realiza en función de ser religioso, no se diferencia, aparentemente, de la que cometiese un clérigo en estas mismas circunstancias.

En nuestra opinión, no deberían considerarse como tales a efectos de la agravante, primeramente, porque, como ya hemos dicho, no son ministros de culto según el Derecho Canónico. Segundo, si se atiende a la seme-

<sup>66</sup> Secretaría de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Decreto 491/95, oc., 140.

janza en algunas de las actividades que éstos realizan, también hay laicos que las practican y sin embargo a nadie se le ocurrirá pensar que ellos son ministros de culto porque dictan catequesis o coordinan grupos de niños o jóvenes en una parroquia.

Lo más apropiado hubiese sido una expresión que contemplase cualquier situación de confianza utilizada para cometer el delito, independientemente de que esa relación sea por el ejercicio de un ministerio religioso. Es tan grave que abuse de una relación de confianza, un ministro de culto, un juez o un médico.

Aunque sea realmente grave que un sacerdote cometa actos de «abuso sexual», el Estado solamente debería considerar si, habiendo una relación de confianza, ésta se ha utilizado para cometer el crimen, y no la condición sacerdotal en sí misma.

Este razonamiento no puede ser interpretado como una pretensión de privilegio, pues de este modo quedarían incluidos no sólo los clérigos y religiosos, sino también los seminaristas, o cualquiera que abuse de una relación de confianza, ya sea por el lugar que ocupa en una confesión religiosa o bien por cualquier otro motivo que genere la misma, y que no esté encuadrada dentro del concepto de educación, preeminencia o autoridad.

## 6. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL DERECHO CANÓNICO

### 6.1. *Bien jurídico protegido*

Tanto en el DPA, como en el Derecho Canónico, se protege a los menores de edad de los posibles delitos sexuales que se puedan cometer con ellos.

No obstante que la normativa canónica universal no tiene tipificado como delito los abusos sexuales cometidos por laicos, es por todos conocida la concepción cristiana de la sexualidad, en la que cualquier abuso sexual es una grave ofensa contra las personas y contra Dios. Por otra parte, son cada vez más numerosas las Iglesias Particulares que por medio de distintos «Códigos de conductas» o «Estatutos», están estableciendo pautas de comportamiento para todo el personal de la Iglesia, en orden a proteger a los menores de cualquier abuso sexual.

La Iglesia ha considerado siempre particularmente grave que los clérigos rompan sus promesas o voto con menores de edad. En los últimos años, debido a los acontecimientos ocurridos en varias Iglesias Particula-

res, y habiendo tomado conciencia de algunos errores cometidos, se puede constatar el interés preferencial de la Iglesia en la protección de los menores ante aquellos clérigos que por diversos motivos, tienden a involucrarse sexualmente con ellos.

En un primer momento, desacertadamente, pero seguramente buscando lo mejor, se centró la atención en evitar los escándalos; hoy, la normativa de la Iglesia en estos aspectos, es claro que tiene como prioridad la protección de los menores, tal como lo demuestran las acciones emprendidas en los últimos años.

En este sentido es oportuno recordar las palabras del Cardenal Darío Castrillón Hoyos, en una conferencia de prensa celebrada en el Vaticano, donde afirmó que «la Iglesia no ha dejado nunca de lado el problema de los abusos sexuales, sobre todo por parte de los ministros sagrados, no sólo para con los fieles en general, sino especialmente para con los menores, con quienes es prioritaria la tarea de educar en la fe y en el proyecto moral cristiano»<sup>67</sup>.

Tampoco puede dejar de señalarse que la Santa Sede, el 20 de abril de 1990, ya se había adherido a la convención de los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

En este aspecto es claro que la Iglesia busca fundamentalmente proteger a los niños y jóvenes, a través de sus leyes. Más allá que la sanción de estos delitos tiene también como objetivo resguardar la promesa o voto de celibato de los clérigos, no es ésta la herramienta fundamental que la Iglesia tiene para ello. Todo pareciera indicar que la normativa penal se está orientando, en estos aspectos, a proteger a los menores como su principal cometido, mientras una correcta selección y formación de los candidatos al Orden Sagrado, sería el medio más eficaz para lograr que los clérigos cumplan el compromiso asumido.

## 6.2. *Edad y consentimiento*

La edad de los menores, en relación a estos delitos es muy diferente en el Derecho Penal Canónico respecto del DPA. Como hemos visto, al estudiar el art. 119 del CPA, los menores hasta la edad de trece años, no pueden consentir ningún tipo de acto sexual, ni aún el más ínfimo.

67 Conferencia publicada por AICA (Agencia Informativa Católica Argentina) el 21 de marzo de 2003, in: [http://aica.org/aica/noticias/not\\_2002/not\\_sumarios\\_2002/not\\_sumario\\_020321.htm](http://aica.org/aica/noticias/not_2002/not_sumarios_2002/not_sumario_020321.htm)

El c. 1395 §2, tipificaba como delito las conductas de los clérigo contra el sexto mandamiento con menores de 16 años, pero, en el art. 4º del m. pr. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, esta edad ha sido elevada a dieciocho años<sup>68</sup>.

Como puede apreciarse, la diferencia es sumamente notable respecto del CP argentino. Mientras que, la normativa del art. 119, considera sin capacidad de consentir al menor de trece años, la normativa canónica establece como delito cualquier conducta de tipo sexual con un menor de dieciocho años, sin tener en cuenta si el menor consintió o no dicha relación.

Por tanto, podemos decir que, en este aspecto, la normativa eclesiástica tiene un concepto más amplio de delito.

Además, en el DPA, el menor de entre los trece y quince años, puede tener contactos sexuales e incluso relaciones sexuales propiamente dichas, sin que ello constituya un delito, siempre que los menores sean maduros (art. 120).

Estas distinciones no tienen paralelo en el Derecho de la Iglesia. Es evidente que esta postura, de considerar menor en este delito a todos aquellos que tienen menos de dieciocho años, también obedece a querer dar una especial protección a los menores, contra los eventuales abusos de clérigos.

Consecuentemente, se pueden producir situaciones que impliquen un delito para la Iglesia y no en la legislación penal argentina, por ejemplo, si un clérigo, mantuviese relaciones sexuales con menores entre trece y quince años (si estos fuesen maduros) o con menores mayores de dieciséis años (sin que sea necesaria la condición de madurez porque la ley la da por supuesta), si hubiese libre consentimiento por parte de los menores, según la ley argentina, no habría delito en dichas relaciones<sup>69</sup>.

68 Juan Pablo II, *Sacramentorum sanctitatis tutela*, Carta apostólica en forma de «Motu Proprio» con la que se promulgan normas sobre los delitos más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe, 30 de abril de 2001, in: AAS 93, 2001, 737-39; La versión en español, in: *Ecclesia* 3088, 2002, 242. Juan Pablo II, *Sacramentorum sanctitatis tutela*, *normae substantiales et normae procesuales*, 30 abril de 2001. Estas normas no fueron publicadas en AAS, utilizamos las versiones latina y española publicadas, in: F. R. Aznar Gil, *Delitos más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe*. Texto del m. pr. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» y comentario, in: REDC 61, 2004, 438-45 (latina) y 446-51 (española). En adelante: Juan Pablo II, SST, Normas sustanciales y procesales.

69 Resulta ilustrativo un fallo de la Sala 1ª de Casación de la Provincia de Buenos Aires, que revocó la condena de tres años y medio de prisión, que se le había dado a un hombre de veintiún años por mantener relaciones sexuales con una joven de trece años; el Tribunal argumentó que, la joven, además de estar de acuerdo en mantener una relación íntima con el joven, tenía experiencia sexual. El sólo hecho de tener trece años —dijeron los jueces de la Sala— no implica automáticamente que se hayan aprovechado de ella, ni que era incapaz de tomar la decisión de tener relaciones sexuales. Los jueces también tomaron en consideración que, la menor, ya había tenido relaciones sexuales antes de tenerlas con el acusado y que, incluso, tenía conocimientos de métodos anticonceptivos, in: *Diario Clarín*, Buenos Aires, miércoles 11 de febrero de 2004, 36.

Estas observaciones sobre la edad de los menores en el DPA, pueden encontrarse en la mayoría de las legislaciones modernas, aunque no todos tienen el mismo criterio, suelen ser muy semejantes, por ejemplo, la legislación española también determina que los menores de 13 años no pueden consentir ningún tipo de relación sexual<sup>70</sup>.

La edad también tiene importantes consecuencias en lo que respecta a la imposición de las sanciones, de modo que, por ejemplo, la corrupción de menores de dieciocho años tiene como pena la prisión de entre tres a diez años, pero si el menor tiene menos de trece años la pena será de entre seis y quince años<sup>71</sup>.

**CUADRO DE CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO<sup>72</sup>**

EDAD/CONDUCTAS	MENORES DE 13	MENORES ENTRE 13 Y 15 AÑOS	MENORES ENTRE 16 Y 17 AÑOS
ABUSO SEXUAL SIMPLE	No pueden consentir	Pueden consentir	Pueden consentir
Abuso gravemente ultrajante o con CORRUPCIÓN	No pueden consentir	Pueden consentir	Pueden consentir
	No pueden consentir	No pueden consentir	No pueden consentir

### 6.3. *Sujeto activo y pasivo en el Derecho Canónico*

El sujeto activo es siempre el varón, ya que el delito contemplado es el cometido por clérigos, que en la Iglesia son sólo varones.

El sujeto pasivo puede ser tanto el varón como la mujer, menores de 18 años.

### 6.4. *Otras consideraciones*

La tipificación tan amplia, que hace el Derecho Canónico del abuso de menores, trae como consecuencia que, cualquier contacto sexual con un menor de dieciocho años, sea un delito grave. El consentimiento de la víctima, su madurez, o incluso una actitud de seducción, o bien las moti-

70 Art. 181 §2: «...se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecutaren sobre menores de trece años...».

71 CPA, Art. 125.

72 L. Luengo, oc., 21.

vaciones del clérigo, no constituyen elementos que eviten que el delito se cometa.

Recordemos la discusión a que aludíamos sobre el abuso sexual simple en el DPA, respecto de si alguien tocara partes pudendas con un objetivo no sexual, como molestar a la víctima o ponerla en ridículo delante de otros, etc., creemos que, en dicha situación, desde el punto de vista canónico, se cometería el delito tipificado en el art. 4º del m. pr. SST, aunque el juez pueda, a la hora de aplicar la pena, considerar las distintas circunstancias que pueden aumentar o disminuir la gravedad del hecho.

No hay distintas figuras penales respecto de los delitos sexuales con menores en el Derecho Canónico, por tanto, comete el delito, tanto quien realiza un manoseo a un menor, como quien tiene una relación sexual propiamente dicha. Por el contrario, en el DPA, así como en la mayoría de los ordenamientos estatales, los delitos sexuales con menores están delimitados, a través de distintas figuras penales, con sanciones diferentes de acuerdo a la gravedad de los hechos.

En resumen, podemos afirmar que si bien al Derecho Penal Canónico, no puede calificárselo como «benévolo» en lo que a la tipificación del delito de abuso de menores se refiere, a nuestro juicio, la figura es demasiado amplia e imprecisa. Pareciera que el mp. SST, al mantenerse la misma formulación del c. 1395 §2: «delitos contra el sexto mandamiento del Decálogo», y aumentar la edad de dieciséis a dieciocho<sup>73</sup>, ha primado la defensa del menor, encuadrando bajo este delito cualquier acción sexual impropia con un menor que pudiese cometer un clérigo, cuya obligación es de perfecta continencia<sup>74</sup>, y por tanto, no ha querido considerar elementos como diferentes escalas en la edad, el consentimiento o la madurez, que, tanto en el DPA, como en las demás legislaciones modernas, son tenidos en cuenta.

Todo ello muestra también que la Iglesia no debe ni puede, dejar los juicios por abusos a niños a los tribunales seculares. Algunas conductas que para el Derecho secular no tienen trascendencia y no constituyen delito no pueden pasar desapercibidas para el Derecho Canónico. Es evidente que si se aceptara que estos delitos solamente fuesen juzgados según los criterios de los tribunales seculares se crearían situaciones no admisibles para la Iglesia; que el estado considere que alguien de 15 años en determinadas circunstancias puede tener relaciones sexuales con un adulto, parece admitido como normal en las legislaciones modernas, más allá de

73 Cfr. Juan Pablo II, SST, Normas sustanciales y procesales, art. 4º.

74 Cfr. CIC 83 c. 277 §1.

que podrían plantearse algunas objeciones, pero ciertamente no sería admisible que la Iglesia no considerase que tal relación cometida por uno de sus clérigos no sea un delito. Una canonización de la ley civil en estos delitos llevaría a que determinadas conductas fuesen un delito canónico en algunos países y en otros no, es más incluso ello podría ocurrir en un mismo país cuando los estados poseen diferentes leyes. Pensemos además en la aplicación de las sanciones, un clérigo podría ser expulsado del estado clerical porque ha cometido un abuso sexual en una determinada diócesis mientras que en otra, la misma conducta, podría no ser abuso, porque según el criterio del estado donde se encuentra esa diócesis no la considera como delito.

Finalmente, hay que afirmar que como es lógico, el Derecho Canónico no considera la condición del clérigo una agravante porque la norma ya tiene en cuenta este hecho al tipificar el delito que sólo puede ser cometido por clérigos, sin embargo, en el c. 1326 §2 se contempla como agravante «a quien está constituido en alguna dignidad, o abusó de su autoridad u oficio para cometer el delito».

## 7. ABUSO SEXUAL CON APROVECHAMIENTO DE LA INMADUREZ DE LA VÍCTIMA

### 7.1. Norma legal

Art. 120, CP: «Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare alguna de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito, más severamente penado»<sup>75</sup>.

### 7.2. Bien jurídico protegido

Algunos autores se inclinan por considerar que el bien protegido es la libertad sexual del menor víctima del hecho<sup>76</sup>, tal vez, forzando un poco lo que dice el texto, haciéndolo coincidir con el espíritu de la reforma que básicamente es la libertad y también valorando que se eliminó la con-

<sup>75</sup> El art. reemplaza al antiguo art. 120 que regulaba el estupro.

<sup>76</sup> Entre otros: V. F. Reinaldi, oc., 118.

dición de honestidad, requerida en la mujer para que se diese el estupro. Nos parece más acertada la interpretación de G. Arocena, quien sostiene que, «no se trata aquí de la libertad de determinación de la víctima en materia sexual, puesto que, precisamente, si algo caracteriza a estas personas es una inmadurez sexual que los hace carentes de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual»<sup>77</sup>; por lo cual, como afirma F. Muñoz Conde, lo que se está protegiendo es el ejercicio de la sexualidad «en la medida que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro»<sup>78</sup>.

Antes de la reforma, este delito era denominado estupro y consistía en tener acceso carnal con mujer honesta de entre doce y quince años. Actualmente, atendiendo a la remisión que hace a los párrafos 2º y 3º del art. 119, las acciones prohibidas son dos: a) practicar un abuso sexual gravemente ultrajante (párr. 2º) y b) tener acceso carnal (párr. 3º).

El legislador amplió el marco punitivo en este sentido, ya que ahora no sólo se castiga el acceso carnal consentido, sino también otras prácticas consentidas, o sea las que constituyan un abuso sexual gravemente ultrajante. Si de por sí, el término «gravemente ultrajante» ya es de difícil definición, más aún lo será respecto de aquellos casos en que la conducta es consentida por la supuesta víctima<sup>79</sup>.

### 7.3. *Inmadurez sexual*

Es necesario saber qué se entiende por inmadurez sexual porque no es una cuestión accesoría, sino vital para que haya delito, no hay que olvidar que la víctima ha prestado su consentimiento y lo que lo vicia es precisamente la falta de madurez sexual<sup>80</sup>, siempre, claro está, que sea mayor de doce años.

77 G. A. oc., 96; Sentencia Nº 261 —Iturbe Orlando Aurelio s/Abuso Sexual Agravado— Corte Suprema de Justicia-Sala Civil y Penal-23/04/2003: «Se ha señalado que en el delito de estupro se castiga también un acceso carnal ilícito, pero la ilicitud no proviene ya de la ausencia de un consentimiento válido de la víctima sino precisamente de la existencia de un consentimiento insuficiente para borrar esa ilicitud, por haber sido prestado por una víctima que la ley reputa desconocedora de las consecuencias del acto. Se castiga un acceso carnal cuya ilicitud se fundamenta en la temprana edad y la inexperiencia de la víctima», in: eDial-BB5700.

78 F. Muñoz Conde, oc., 177.

79 A. M. Tenca, oc., 131: «si la jurisprudencia continúa considerando que el sexo oral no integra el nuevo párrafo 3º del art. 119 (acceso carnal), y tipifica la fellatio in ore en el párrafo 2º, su agregado en el nuevo art. 120 adquirirá algún sentido. Así, no se ha de penar sólo el acceso carnal consentido, sino también la fellatio consentida, si se dan los demás requisitos legales».

80 L. Luengo, oc., 28: «La inmadurez sexual es la base sobre la cual han de analizarse las características e intención del autor. Es por esto que, establecida la madurez sexual de la posible víctima, desparecerá cualquier intento de tipificación».

V. Reinaldi sostiene que la ley supone que el menor que tiene trece años cumplidos y es menor de dieciséis, no ha alcanzado una plena madurez sexual<sup>81</sup>. Nosotros creemos, junto a la mayoría de los autores, que dicha interpretación es incorrecta porque la ley no afirma eso. Si el legislador lo hubiese querido así, lo hubiera expresado como lo hizo en el art. 119, donde sí se presume *jure et de iure* la incapacidad absoluta de consentir cualquier acto de naturaleza sexual a un menor de trece años. La ley supone, con buen criterio que, entre los trece y quince años, es probable que haya personas inmaduras sexualmente y precisamente a esas personas, es a las que protege de un aprovechamiento, «en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente»<sup>82</sup>.

Al respecto, sostiene E. Donna que, «la inmadurez es un elemento del tipo penal y por tanto no se presume, de tal modo que deberá ser probada por la acusación, y de acuerdo a la sana crítica»<sup>83</sup>.

El uso de una expresión tan amplia como «inmadurez sexual», requerirá un cuidadoso análisis particular de cada caso; por otra parte, es un elemento normativo de tipo penal, es decir, un elemento «para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica»<sup>84</sup>.

L. Luengo, aporta un concepto de madurez, a partir del cual, es posible comprender más fácilmente quiénes son los menores de dieciséis y mayores de trece años, que deben considerarse sexualmente inmaduros. Afirma dicha autora: «La madurez sexual entraña la disponibilidad física y psíquica para realizar el acto sexual, la capacidad de elegir libre y genuinamente al momento de prestar consentimiento, el conocimiento de los aspectos biológicos y psicológicos, y su incidencia en las relaciones interpersonales, así como también, sus posibles consecuencias». Agrega a continuación: «Los riesgos de una relación sexual y las responsabilidades que en consecuencia se asumen al realizarla: embarazo, prohibición legal del aborto, enfermedades de transmisión sexual, quedan incluidos en la madurez sexual como presupuestos de consentimiento válido»<sup>85</sup>.

Es importante, no confundir la madurez sexual con conocimientos en materia sexual, que pueden provenir de la educación dada por su familia o por la escuela, lo cual no implica que el menor sea por ello, necesariamente, sexualmente maduro.

81 Cfr. V. F. Reinaldi, *oc.*, 119.

82 Art. 120 del CPA.

83 E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, *oc.*, 116.

84 E. Zaffaroni, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires 1998, 399.

85 L. Luengo, *oc.*, 28.

La inmadurez sexual es falta de experiencia en lo sexual, pero en el sentido de aquella persona que no comprende la significación última del acto, aunque puede conocerla intelectualmente<sup>86</sup>.

Por su parte, que los menores no tengan una conducta inocente en materia sexual, tales como salidas nocturnas, trato poco decoroso con varios hombres, abandono de la casa paterna, frecuentación o permanencia en la casa del amigo o en lugares de dudosa moralidad, no implica, como ocurría en el pasado<sup>87</sup>, que se pueda negar la «inmadurez sexual» con el sentido y alcance que requiere el nuevo tipo legal, «porque esos actos irresponsables son, precisamente, demostrativos de la falta o insuficiencia de madurez»<sup>88</sup>.

#### 7.4. *Conclusión en torno a la «inmadurez sexual»*

De lo recientemente expuesto, se puede advertir que no hay parámetros unánimes en torno a la consideración de qué es «inmadurez sexual», no obstante no ser esta una cuestión menor, ya que si hay madurez no hay delito.

En definitiva, se puede afirmar que, el término «inmadurez sexual», no es comprendido de un modo unánime y dependerá de cómo los jueces lo interpreten, lo cual no deja de ser una imprecisión jurídica. En la práctica, quien decida tener relaciones sexuales con un menor entre los trece y los quince años, aunque éstos hayan consentido, pueden ser encontrados culpables de: a) abuso con acceso carnal (art. 119, párr. 3º), y b) practicar un abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, párr. 2º). Incluso podrían llegar a incurrir en art. 125, inc. 2º del CP, es decir, corrupción de menores. Así, por ejemplo, una sentencia encontró culpable de corrupción de menores a un hombre que accedió carnalmente por vía anal a una mujer virgen de diecisiete años de edad que había consentido, porque era sexualmente inmadura<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Cfr. E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, oc., 116.

<sup>87</sup> Cámara Segunda de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Causa: «Castillo, Tomás Alberto» s/estupro-Fallo n° 662/95, fundamento del Dr. C. Ontiveros) Suscrito por los Dres. C. Ontiveros; H. Almenara; A. Sandoval. 17/02/95-S: «La honestidad es el propósito dirigido a la conservación de la pureza sexual y la conducta que a ese propósito corresponde. No todo acceso carnal con una menor de doce a quince años es Estupro, si la mujer no tiene comportamiento adecuado a aquella virtud; tal como sucede, entre otros casos, con frecuentes salidas nocturnas, abandono de la casa paterna, frecuente presencia en la casa del amigo, etc.; lo que en definitiva no coincide con la inexperiencia sexual que la ley trata de proteger», in: *elDial-AUF79*.

<sup>88</sup> V. F. Reinaldi, oc., 123.

<sup>89</sup> CNCRIM, Sala 4ª, (Def) Valdovinos, Campos, Escobar, c. 40.465, Hidalgo, Daniel J. Rta: 30/03/92, in: *elDial-AI606*.

### 7.5. *Sujeto pasivo*

Son tanto el varón como la mujer comprendidos entre los trece y los quince años, que sean sexualmente inmaduros.

### 7.6. *Sujeto activo*

Puede ser tanto el varón como la mujer. Con respecto a la edad, no hay consenso en cuanto a la interpretación de la ley, por una parte, entre otros, V. Reinaldi sostiene que la ley abarca tanto a los que son mayores (a partir de la medianoche del día que cumplieron veintiún años), como a cuantos aún no posean esa edad, pero tengan relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente. Estos autores sostienen que «las circunstancias señaladas por la ley como reveladoras del aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (mayoría de edad del autor o la relación de preeminencia de éste u otra equivalente), son alternativas. No son forzosamente acumulativas. En consecuencia la falta de una de ellas, como la mayoría de edad, no impide aceptar que hubo aprovechamiento si se da alguna de las otras circunstancias que, para la ley, lo pone de manifiesto»<sup>90</sup>.

La otra postura considera que sujetos de cometer el delito, son sólo los mayores de veintiún años, que aprovechan la inmadurez de la víctima, en base a su relación de preeminencia, para poder abusar sexualmente de ella<sup>91</sup>.

La jurisprudencia, ha interpretado que la edad es mayor de veintiún años, sin embargo, de este modo, quedaría fuera de la figura legal el caso de un joven, por ejemplo, de veinte años, que aprovechando su preeminencia, por otra circunstancia distinta de la edad, tuviese relaciones sexuales con un menor de edad inmaduro, que consintiera la relación sexual.

### 7.7. *Dolo y error*

El tipo de delito que analizamos es de contenido doloso. El autor debe tener conocimiento de realizar acciones configurativas de un someti-

<sup>90</sup> V. F. Reinaldi, oc., 118; en el mismo sentido: Cfr. G. A. Arrocena, oc., 97; R. Figari, oc., 252-53.

<sup>91</sup> Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 114-115; A. M. Tenca, oc., 134: «Por mayor de edad debemos entender mayor de veintiún años», pues cuando la nueva ley quiso referirse a mayores o menores de dieciocho años lo hizo en forma expresa (arts. 125, 125 bis, 127 bis, 127, 3°, 128 y 129).

miento sexual gravemente ultrajante para la víctima o un acceso carnal con un menor de dieciséis años y mayor de trece, cuyo consentimiento ha obtenido aprovechándose de la inmadurez sexual, y debe hacerlo para lograr la anuencia expresa o tácita de la víctima<sup>92</sup>. De modo que no será suficiente, para la configuración del delito, el conocimiento de las situaciones de superioridad ante la ley, sino que deberá el autor valerse de éstas para lograr aprovecharse de la inmadurez sexual del sujeto pasivo.

En cuanto al error, puede ocurrir que el autor crea que la víctima es mayor de dieciséis años o que es sexualmente madura, cuando no lo es. En estos casos, el autor estará obrando con un error sobre alguno de los elementos de tipo objetivo, situación que aunque sea vencible, excluirá el dolo al no existir la figura culposa<sup>93</sup>.

No será fuera de lo común encontrarse con situaciones de error, sobre todo atendiendo a la mencionada dificultad de la expresión «sexualmente inmadura», nos preguntamos cómo podrá un joven mayor de edad apreciar si esa condición se da o no en la menor, si los jueces, no sin dificultad, llegan a esa conclusión después de considerar informes psicológicos y psiquiátricos, de oír a testigos y otros elementos, con los que evidentemente él no contará.

No obstante, hay que tener en cuenta que la sola situación de «inmadurez sexual» de la menor no es suficiente para cometer el delito, como así tampoco que el sujeto activo sea mayor de edad o tenga alguna otra circunstancia de preeminencia sobre la menor, ya que cada una de estas circunstancias debe tenerse por verificada.

De todos modos, resulta reprochable la poca precisión jurídica de este artículo, que se presta a interpretaciones subjetivas en un tema en el que la persona puede resultar castigada con prisión de tres a seis años, o de seis a diez años, si interviniese alguna de las agravantes previstas.

Estas deficiencias del art. 120, son fruto de haber intentado conciliar la protección de la inmadurez de los jóvenes, entre los trece y los dieciséis años, y a su vez mantener el objetivo de la reforma de priorizar la «libertad» del individuo, no penalizando así las relaciones sexuales entre menores de edad y entre menores que libremente, consientan tener relaciones con adultos<sup>94</sup>.

92 Cfr. G. A. Arocena, oc., 105; Cfr. J. L. Clemente, oc., 139-140.

93 Cfr. G. A. Arrocena, oc., 107: la duda acerca de los elementos del tipo no equivale a error; en el mismo sentido: Cfr. C. Creus, oc., 210.

94 «Libremente» lo decimos en el sentido que le da la ley, o sea, que al ser sexualmente maduros dicho consentimiento no está viciado y por tanto es legal.

Por ello algunos autores piensan que se debe determinar la edad de poder consentir hacia los doce o trece años y que a partir de allí, el Estado, no debe intervenir legislando con quién puede o no consentir el menor, fundamentando su argumentación en que debido a la masificación de los medios de comunicación y el alcance que de ellos tienen los menores, se puede deducir que en los tiempos que vivimos el desarrollo sexual se alcanza a una edad más temprana. Otros, simplemente se basan en «la realidad sexual que existe en el país»<sup>95</sup>.

Aunque el concepto de «inmadurez sexual», ha dejado una ley imprecisa, a nuestro juicio, no resulta erróneo proteger a los menores entre trece y quince años de edad, de quien pudiera abusar de ellos, obteniendo un consentimiento que pueden no estar capacitados para otorgar.

Es cierto que la realidad ha cambiado y los menores están más informados. Pero ello, no significa que sean más maduros y aptos para consentir relaciones sexuales con personas adultas.

Por otra parte, si prestamos atención a ciertas reacciones de la sociedad ante las relaciones con menores, parecería, más bien, que ésta sigue de acuerdo en proteger a los menores, de relaciones sexuales con mayores, aunque sean consentidas y, en general, no se percibe que hoy se admitan con normalidad las mismas.

De hecho, cuando la Sala 1<sup>a</sup> de Casación penal Bonaerense, absolvió a un joven de veintiún años acusado de cometer el delito penado en el art. 120 del CP, porque la chica de trece años había consentido, generó gran polémica en el país, creando un gran debate en la sociedad, visible en los medios de comunicación<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Discurso ante la Cámara de Senadores, in: O. A. Pandolfi, oc., 173: «Pero el proyecto que estamos tratando también es retrógrado en este aspecto. Quiere decir que mientras en la legislación vigente solo se puede cometer estupro con el consentimiento de la persona, y cuando tuviere menos de quince años, ahora resulta que a partir de esta iniciativa se lo cometerá cuando esa persona tenga menos de dieciséis años. ¿Qué parámetro se ha tenido en cuenta para subir un año la edad? Evidentemente, estamos actuando en contra de la realidad sexual que existe en nuestro país. Por otra parte, es sabido y de público conocimiento que en el campo las mujeres entran en situaciones de concubinato a los doce o trece años, pasando a tener hijos y familia. Por eso, en la práctica, el delito de estupro, como estaba legislado —y se refería a las mujeres de quince años— no tenía razón de existir. Es decir que hoy, menos razón tiene aún».

<sup>96</sup> Diario Clarín, miércoles 11 de febrero de 2004, Buenos Aires, 36; Algo similar ocurrió en España cuando el Tribunal Supremo absolvió a un profesor de 31 años, que había tenido relaciones sexuales con una alumna de catorce, argumentando que «en el presente caso no se trata de una actividad sexual que pueda calificarse de perversa o extravagante», «sólo podríamos considerar una iniciación temprana en las relaciones sexuales que, por otra parte, tampoco pueden calificarse de excepcional en los tiempos actuales (no podemos olvidar que el Código Civil permite el matrimonio a partir de los catorce años), dicen los magistrados», in: [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es) (versión electrónica), 4 de mayo de 2005.

Otro caso, de gran conmoción en el país, fue el «romance» entre una maestra y su alumno de doce años, la docente fue acusada de «corrupción de menores»<sup>97</sup>, resultando absuelta por la Sala 1ª de apelaciones de Bahía Blanca, porque no se dio por probado el delito. Sin embargo, la Dirección de Educación de la provincia de Buenos Aires, la inhabilitó de por vida para ejercer la docencia, «por promover una relación inadecuada con el alumno, no resguardar la integridad moral del menor, mantener una conducta impropia de su cargo y provocar una situación escandalosa que excedió el ámbito escolar»<sup>98</sup>.

Nosotros creemos que tal como lo demuestran las sentencias mencionadas, las relaciones sexuales de menores con mayores no están dentro del contexto cultural común de nuestro país y por tanto no son admitidas por la sociedad con total normalidad.

Por otra parte, no es fuera de lo común que los jóvenes hasta los dieciséis años sean sexualmente inmaduros, aun cuando se inicien en este aspecto a una edad más temprana; además la Convención de los Derechos del Niño, con carácter de ley en nuestro país, los considera como tales, hasta los dieciocho años.

### 7.8. *Agravantes*

El art. 120 prevé, en su última parte, las formas agravadas. Así, el párrafo final establece que «la pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incs. a, b, c, e o f del cuarto párrafo del art. 119».

De este modo, repite, en forma casi automática, las agravantes del art. 119, a excepción del inciso d<sup>99</sup>, que está excluido.

Consecuentemente, al igual que al tratar el art. 119, nos interesa solamente tener en cuenta dos de las situaciones agravantes mencionadas en el inciso b: ministro de culto reconocido o no y encargado de la educación o guarda, «que representan la relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente a la que se refiere el art. 120»<sup>100</sup>. Por tanto, la

97 En un primer momento fue acusada de abuso deshonesto pero luego la carátula fue cambiada a «corrupción de menores», la Justicia dio por acreditado que existió una relación sexual entre la maestra Patricia Chávez y uno de sus alumnos, pero entendió que el contacto «le causó satisfacción al menor y no perturbación a su psiquis», versión en Internet, in: [www.eldial.com](http://www.eldial.com) (27 de diciembre de 2001).

98 Diario Clarín, Buenos Aires, 13-9-2003. in: <http://www.clarin.com/diario/2003/09/13/s-04401.htm>

99 Art. 119, 4º d: «El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas».

100 A. M. Tenca, oc., 139.

preeminencia está ya ampliamente contemplada ese artículo, y no era necesario remitir al art. 119, incisos b, y e, ambos referidos claramente a situaciones de preeminencia.

V. Reinaldi afirma que la expresión «u otra circunstancia equivalente», revela que la ley no ha hecho una enumeración taxativa, sino meramente ejemplificativa, por lo que autoriza la inclusión de situaciones análogas que de otro modo, estaría prohibida, como por ejemplo un afecto especial o un temor reverencial que el menor sienta hacia una persona a la que no está subordinada jerárquicamente en el campo laboral, escolar u otro, pero que le otorga ventajas a ésta, para obtener de aquél su consentimiento para realizar actos sexuales<sup>101</sup>.

### 7.9. El «estupro» cometido por clérigos

Si relacionamos a los clérigos con el delito estipulado en el art. 120 del CP argentino y con los delitos contra el sexto precepto del Decálogo, cometidos por un clérigo con un menor de dieciocho años, podemos hacer las siguientes anotaciones:

a) Es posible observar aquí conductas que constituirían un delito canónico pero no serían un delito según el CPA. Es decir, si un clérigo mantiene relaciones de tipo sexual con un menor, entre trece y quince años, que ha consentido dicha relación y además es sexualmente maduro, no hay delito, según la legislación argentina. De igual modo, si el clérigo, tiene algunas conductas de connotación sexual que no sean una relación sexual propiamente dicha, ni sean gravemente ultrajantes, como, por ejemplo, besarse con un menor<sup>102</sup>, si éste las ha consentido, no es necesaria la condición de madurez, y tampoco hay delito, puesto que el art. 120 sólo contempla estos dos tipos de actos. Sin embargo, ambas situaciones constituyen un delito canónico, ya que encuadran perfectamente en el *delito contra el sexto precepto del Decálogo con un menor de dieciocho años cometido por un clérigo*<sup>103</sup>. Esto nos permite descubrir, cómo en el Derecho Canónico, una misma figura penal, engloba situaciones de una grave-

101 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 127.

102 Abuso sexual. Beso en la boca a un menor por la fuerza. Concepto. CNCRIM y Correc. Sala 6ª, González Escobar, c 19.401, Teves, Gerardo. Rta: 13/09/2002: «El abuso sexual, como cualquier acto corporal, puede tener diversos significados en cada caso en particular, según las circunstancias que le dan sentido y traducen la realidad de su contenido intencional. En sí mismo el beso no es conceptualmente impúdico, pero puede llegar a convertirse en tal cuando responde al móvil de la apetencia sexual... Claro está que para analizar la posibilidad del delito, el beso debe ser no consentido», in: elDial-A/155C.

103 Cfr. Juan Pablo II, SST, Normas sustanciales y procesales, art. 4º.

dad tan diferentes como pueden ser, por ejemplo, un abuso ultrajante por un lado y un beso por otro.

Es oportuno indicar aquí que en relación a determinar la inmadurez, se tendrá en cuenta el tipo de acto, no es la misma madurez la que se exigirá para mantener relaciones heterosexuales que homosexuales o *contra natura*.

b) Si bien, para que pueda imputarse al clérigo su preeminencia o la agravante en razón de su condición de ministro, éste debe haberse aprovechado de la misma de algún modo, estimamos que teniendo en cuenta la formación que tiene un clérigo, que siempre tendrá más de 21 años y que en la sociedad argentina, independientemente de la función que desempeñe, es considerado una «autoridad», más aún entre menores de edad; —salvo que el menor desconozca absolutamente su condición de sacerdote— no será muy difícil acreditar su preeminencia. Si además tenemos en consideración que la expresión inmadurez sexual es realmente vaga y susceptible de originar dudas, a un clérigo que se involucre con un menor mayor de trece años y menor de dieciséis años, aunque éste haya consentido la relación, fácilmente se le puede encontrar culpable de abusar de un menor, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de su preeminencia sobre la víctima.

De todos modos, estamos más bien en el plano de la hipótesis, ya que en realidad es poco común que se origine una relación consentida con un clérigo, sin que la víctima conozca su condición. De hecho, en los pocos casos conocidos de abuso sexual que se han dado en Argentina, el sacerdote y la víctima no sólo se conocían, sino que el abuso tiene lugar con ocasión del ministerio o actividad del sacerdote. No hemos encontrado casos de acusaciones a clérigos sobre las acciones tipificadas como delito en el art. 120, la mayoría son en relación al art. 119, 1 (abuso sexual simple); art. 119, 2 (abuso gravemente ultrajante) y al 125 (corrupción de menores).

## 8. CORRUPCIÓN DE MENORES

### 8.1. *Norma legal*

*Art. 125. El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.*

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

El art. 125 se refiere a la promoción o facilitación de la corrupción de menores, dejándose de lado, tras la reforma de 1999, el elemento subjetivo que contenía el texto reemplazado (ánimo de lucro o satisfacción de deseos propios o ajenos) y agravándose progresivamente la figura básica, en el segundo párrafo del artículo, cuando la víctima fuere menor de trece años de edad, y, en el tercero, siempre tratándose de menores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, amenaza, o cualquier medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuere ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

Es de destacar que la ausencia del concepto de corrupción, deja un tipo penal abierto, que hace difícil saber qué es la corrupción sexual de la persona<sup>104</sup>.

## 8.2. Bien jurídico protegido

La promoción y la facilitación de la corrupción atentan contra el derecho de las personas que en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos<sup>105</sup>, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones<sup>106</sup>. En otras palabras, es el derecho que los menores de dieciocho años tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente, en el aspecto sexual<sup>107</sup>.

Al respecto, E. Gravier asevera que el bien jurídico protegido que se tutela, es el derecho de estas personas a mantener un trato sexual normal, libre de desviaciones y acorde con las leyes de la naturaleza, tanto desde el punto de vista de los modos de la realización, como de los motivos

104 Cfr. E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, oc., 127.

105 Cfr. R. Núñez, *Tratado de Derecho oc.*, 338.

106 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 137; Cfr. G. A. Arocena, oc., 115.

107 L. Luengo, oc., 33-34: «La corrupción fincaría no tanto en lo que se hace, pues los abusos sexuales cubren un amplio espectro de conductas, sino en el cuándo, cómo, dónde, por qué y siempre a la luz de sus posibles efectos condicionantes».

generadores de la relación sexual y, con ello, también la sociedad se preserva de la depravación física y moral de sus integrantes<sup>108</sup>.

Por una parte, la base de la protección está en el hecho de que no han alcanzado plena madurez y que por ello, carecen de la necesaria facultad valorativa para prestarla, siendo así que el consentimiento no tiene importancia, la ley presupone falta de capacidad para otorgar el mismo a una actividad corruptora de tipo sexual.

Pero, por otro lado, es evidente que determinar qué es «normalidad», es de vital importancia, y aquí radica precisamente una de las grandes dificultades. E. Donna afirma que el concepto de normalidad sexual, debe establecerse «dentro de los cánones sociales medios aceptados por todos en una sociedad construida dentro de los valores democráticos y liberales»<sup>109</sup>. Continúa afirmando el mismo autor: «A nuestro juicio, con la reforma actual se tiende a dar una mayor protección al derecho de toda persona humana a elegir qué conducta sexual tendrá en su vida, sin que el Estado pueda dar una indicación sobre cuál es la normalidad sexual, ya que de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional que tutela la autonomía del hombre, la decisión sobre este punto queda en manos de cada individuo»<sup>110</sup>.

Detengámonos en algunas consideraciones en relación a estas opiniones. A nuestro juicio, no debe olvidarse, que el art. 125 se refiere a menores de edad, a los que hay que considerar inmaduros para elegir una determinada conducta sexual. Por tanto, la pauta dada por E. Donna, recientemente mencionada, respecto del concepto de normalidad no puede aplicarse a las relaciones sexuales de menores con mayores, pues iría, según entendemos, en contra de lo que el mismo autor defiende basándose en la Constitución y en la libertad de elegir qué conducta sexual tendrá en su vida. Así, por ejemplo, la homosexualidad, es un ejercicio de la sexualidad que la sociedad medianamente acepta entre adultos que, libremente y en una edad que ya supone la madurez, deciden ejercer de ese modo. Pero esa aceptación, no lleva implícita que se acepte ese modo de ejercer la sexualidad como «normal», de modo tal que, un adulto tenga relaciones de este tipo con un menor. Lo mismo podría decirse de otras conductas, con igual razonamiento.

En consecuencia, insistimos, en lo que se refiere a menores, será inevitable establecer pautas sobre qué se entiende por normalidad, para poder establecer qué es, o no, corrupción.

108 Cfr. E. Gavier, *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba 1999, 66.

109 E. A. Donna, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Santa Fe 1999, 448.

110 E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, oc., 131.

Pero más que lo que acepte o no el común de la sociedad, debe ser el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad, el parámetro para poder determinar si la acción es corruptora, junto, claro está, a los demás elementos que la figura legal pide.

De todos modos, a medida que avancemos en el estudio de este artículo se podrá tener mayor claridad sobre este particular.

### 8.3. *Corrupción: promoción y facilitación*

Como hemos afirmado, no resulta sencillo establecer con precisión una definición sobre qué es corrupción, sobre todo desde una visión jurídica y más específicamente aplicada al plano de la sexualidad.

R. Figari señala que «es un acto de contenido sexual con aptitud suficiente para introducir alguna modificación o alteración en la sexualidad natural o normal de una persona buscando con ello la depravación de la misma desde el perfil, naturalmente sexual»<sup>111</sup>. Muy semejante es la definición de C. Creus, quien describe a la corrupción 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»<sup>112</sup>. Como puede apreciarse tiene en consideración el tema de la edad que es muy valorado en la jurisprudencia.

S. Soler, por su parte, sostenía: «corromper tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora la acción que deja huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural y sano de la sexualidad. (...) De este modo, la acción, para ser calificada de corruptora, debe tender a la alteración anti-natural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma acusadamente prematura sobre una sexualidad no desarrollada»<sup>113</sup>.

Es particularmente interesante la opinión de O. Estrella y R. Godoy Lemos, que están en desacuerdo con que los actos corruptores se refieren solamente a los actos materiales de naturaleza sexual ejecutados por el menor o sobre el menor, y opinan que la ley sólo requiere acciones ten-

<sup>111</sup> R. E. Figari, oc., 273.

<sup>112</sup> Cfr. C. Creus, oc., 215.

<sup>113</sup> S. Soler, oc., 362.

dientes y aptas para corromper, sin importar si éstas son de carácter material o intelectual. Una corrupción física o corpórea, por actos no sexuales sino intelectuales (enseñanzas consejos, etc.), no será la más frecuente, pero es perfectamente posible lograrla por estos medios<sup>114</sup>.

Por su parte, G. Arocena, también admite que la depravación puramente moral, de los sentimientos y de las ideas sexuales, es corrupción, pero a su juicio no entran en el ámbito de los arts. 125 y 125 bis<sup>115</sup>.

A nosotros nos parece claro que se puede lograr la corrupción de menores, a través de enseñanzas, consejos, etc., dándose así una corrupción moral o de los sentimientos, pero, por otra parte pensamos que, aunque en teoría sería aplicable el art. 125 a quien corrompiese de este modo a menores, sin embargo, en la práctica resultará muy difícil probarlo.

El art. 125 menciona dos actitudes distintas respecto de la corrupción: promover y facilitar, veamos mas detenidamente cada uno de estos términos:

a) *Promover*: Desde el punto de vista gramatical significa iniciar, impulsar o adelantar una cosa. Para que se perfeccione el núcleo referido a quien promoviere la corrupción, se requiere que el autor inicie la corrupción del sujeto pasivo<sup>116</sup>.

Atendiendo a que el art. 125 no dice «a quien corrompiere» sino a quien «promoviere o facilitare» la corrupción, el tipo legal, no requeriría, entonces, que se produzca la concreta corrupción<sup>117</sup>.

El verbo 'promover' indica la existencia de una actividad destinada a lograr la efectiva corrupción, aunque la misma no se concrete<sup>118</sup>. Sin embargo, no bastaría la pura actividad de ejecutar actos idóneos para corromper, porque «promover» significa «iniciar», «comenzar», «dar principio

114 Cfr. O. Estrella R. Godoy Lemos, Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular, t. I, Buenos Aires 1995, 372; en igual sentido: Cfr. J. Moras Mon, Los delitos de violación y estupro, Buenos Aires 1971, 115-116; Cfr. R. Núñez, Tratado de Derecho oc., 342; Cfr. C. Creus, oc., 195.

115 G. A. Arocena, oc., 118.

116 R. González Garrido, Los delitos contra la honestidad en la jurisprudencia de la Capital Federal, in: Jurisprudencia Argentina, 1998-III-1213: «En autos sala 7ª, c. 17.013 "Pérez, Luis O.", rta, el 30/4/1992 (JA 1992 IV, síntesis) se dijo que la promoción de la corrupción se consuma en el acto idóneo para depravar, sin que sea requerido que la víctima se corrompa, bastando con el peligro de que ello ocurra o pueda generarlo. El resultado corruptor debe estar contenido en la intención del agente, siendo imprescindible el dolo directo, esto es, que el agente no sólo busca satisfacer sus propios deseos sino que además piensa obtener satisfacción de la posterior actividad corrompida de la víctima, El verbo «promover» indica la existencia de una actividad destinada a lograr la efectiva corrupción aunque la misma no se concrete».

117 E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 135: «Tampoco es necesario que se logre la corrupción de la víctima, sino que es bastante que la dirección del acto que efectúa el sujeto activo sea para ingresar a la víctima en el mundo de la corrupción»; en el mismo sentido se pronuncia V. F. Reinaldi, oc., 142.

118 Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 138.

a una cosa», etc., de modo que sería necesario que el autor inicie la corrupción del sujeto pasivo<sup>119</sup>.

Resumiendo, podríamos decir que es un delito de actividad (o formal), no de resultados<sup>120</sup>; postura no compartida por O. Pandolfi<sup>121</sup>.

No obstante lo expuesto, un fallo de la Cámara de Casación ha contravenido la doctrina y la jurisprudencia al respecto, al señalar que el dolo específico del art. 125 del CP no es el de corromper a la víctima, sino simplemente el de realizar actos libidinosos, tenga o no en vista la corrupción misma. Es decir, basta con que el acto cumplido tenga capacidad e idoneidad suficiente para torcer prematuramente el instinto sexual<sup>122</sup>.

La acción de promover incluye tanto la iniciativa, el hacer mantener en ese estado o bien el aumentarlo<sup>123</sup>, claro está que, en estos casos, la acción debe partir del sujeto activo.

b) *Facilitar*: Facilita la corrupción el que hace más fácil o posible la auto corrupción del menor, sea como iniciación en ese estado, como mantenimiento o como empeoramiento del mismo<sup>124</sup>.

119 Cfr. R. E. Figari, oc., 281.

120 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 142; Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 137; contrario a esta postura considerando que no se trata de un delito de «pura actividad» o «formal», sino material: Cfr. O. A. Pandolfi, oc., 90; Sala 1ª en lo Penal, Concepción del Uruguay, Sentencia n° 161, 25/08/2000 —Pacheco Luis Osvaldo/Corrupción de Menores—, in: elDial-BB45BO: «Prestigiosa jurisprudencia ha dicho que el tipo delictivo de corrupción de menores no exige el resultado material directo de la mujer corrupta, sino que es esencial que los actos denoten una cierta tendencia a corromper el normal comportamiento sexual»; Sala Penal de la Cámara de Concepción del Uruguay, 07/07/1999, N.N s/Corrupción de menores en grado de tentativa y otros 07-07-1999, y, in: elDial-AT241B: «No tratándose de un delito de resultado material, sino meramente formal cuya conformación no exige la efectiva corrupción del menor sino que la conducta del acusado sea idónea para promoverla o facilitarla...».

121 O. A. Pandolfi, oc., 97.

122 CNCP, Sala 2ª, 3/6/94, JA, 1995-II-299, fallo citado por: A. M. Tenca, oc., 154, nota 39.

123 CNCRIM, Sala 6ª, (Def) —Argibay, Elbert, Camiña— (Sent. «M», sec 14). C. 21.881, Abelairas, R. Rta: 24/9/91, in: elDial-AI511: «El conocimiento de parte de un mayor de casi cuarenta años, que la prostitución era el medio habitual de vida de una niña de trece años y conviene con ella que el precio para la realización del acto sexual al que finalmente accedió sería un sándwich, demuestran un aprovechamiento de las necesidades de la menor, a la que así mantenía en el estado de corrupción previsto en el art. 125, inc. 2º, del CP»; CNCP, Sala 4ª, 04/09/1995, García, Carlos H. s/recurso de casación. Cerraz de Vidal, Hornos, in: elDial-AD263: «La corrupción se promueve en dos supuestos: cuando se incita a quien no está corrompido a que se corrompa, o sea cuando se lo impulsa a que adopte una conducta sexual depravada o prematura; así como cuando se lo incita a quien ya puede considerarse corrompido a mantenerse en ese estado o aumentar la intensidad de la corrupción»; CNCP, Sala 4ª, 04/09/1995, García, Carlos H. s/recurso de casación. Cerraz de Vidal, Hornos., in: elDial-AD269: «La calidad de sujeto pasivo de este delito de un menor no desaparece por más corrupto o experimentado que se lo haya podido apreciar, pues por tratarse de un delito formal siempre es posible agravar este estado de corrupción mediante actos aberrantes o al menos mantenerlo, dificultando o imposibilitando el abandono del desvío sexual.»

124 Cfr. R. Núñez, oc, 348.

La diferencia fundamental que existe, entre la acción de promover la corrupción y la de facilitarla, es que, en la primera, la creación del estado de corrupción proviene del sujeto activo y, en la segunda, del propio menor víctima<sup>125</sup>.

#### 8.4. *Actos con capacidad de corromper*

Una vez aclarado el concepto de corrupción, se hace necesario que veamos qué actos pueden ser considerados capaces de corromper a los menores.

Únicamente serían típicas de corrupción las acciones que tengan significación sexual y aptitud para producir una alteración en la personalidad sexual de la víctima, «pero no basta con que tengan esa aptitud, sino que deben tender, también, a corromper»<sup>126</sup>.

La Ley 17.567, caracterizaba las acciones corruptoras como actos sexuales, prematuros, perversos o excesivos<sup>127</sup>. Aunque la Ley 25.087 no menciona esas características, nada impide seguir aceptando como corruptores, como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia a todos los actos que reúnan esas notas<sup>128</sup>. De todos modos, al no traer ya la ley ninguna indicación, sólo se puede dar alguna pauta, pues la resolución se deberá hacer sobre cada caso concreto.

Debe tenerse presente que, los actos corruptores no son sólo aquellos que se realizan de un modo «directo», sino que también pueden ser realizados a través de fotografías, dibujos, videos, etc.<sup>129</sup>.

125 Cfr. E. A. Donna, Derecho penal, oc., 457; Cfr. R. Spinka, Delitos contra la honestidad, in: D. Carrera(dir.), Estudios de las figuras delictivas, Córdoba 1994, 279.

126 R. Núñez, Tratado de Derecho oc., 342.

127 V. F. Reinaldi, oc., 141: «Perverso es el acto en sí mismo depravado. Prematuro es el acto que se cumple antes de su debido tiempo, de modo que, para determinar si lo es o no, ha de atenderse a las condiciones de la víctima. Excesivos, son los actos que importan una exagerada lujuria. Mientras los actos sexuales son perversos por su calidad y los prematuros por su extemporaneidad, los excesivos lo son por su cantidad».

128 CNCRIM, Sala 1ª (Def.) —Tozzini, Donna, Rivarola— c. 42.263, Molina, Guillermo. Rta: 22/2/93, in: eDial-AI7A6: «Los actos efectuados sobre el cuerpo de una menor de once años, tales como refregarle el pene por la región anal, pasarle las manos por el órgano sexual, como así también, los que se le obliguen a realizar, como hacerle succionar el pene y presenciar que el autor se masturbe, constituyen que por ser prematuras y reiteradas, denotan no sólo la posibilidad de corromper a la menor y desviar el curso de su futuro instinto sexual, sino también la voluntad del acusado de promover un verdadero estado de corrupción».

129 CNCRIM, Sala 1ª (Def.) —Rivarola, Donna, Tozzini— c. 43.391, García, Omar. Rta: 28/3/94, in: eDial-AI8A7: «Cometió delito de corrupción agravada de menor de doce años, el procesado —maestro de catecismo de las dos víctimas— que exhibió revistas pornográficas a las menores...».

En consecuencia, se entiende que, un solo acto puede, o no, constituir una acción corruptora<sup>130</sup>, como así también que, por el hecho de ser reiterado, no constituye de por sí el delito de corrupción; «no obstante ello, la reiteración puede funcionar como una circunstancia de la cual, de hecho, dependa la significación corruptora»<sup>131</sup>.

Al ser frecuente la promoción o la facilitación de la corrupción por medio de actos que implican un abuso deshonesto y sólo las circunstancias pueden generar que se de la doble calificación, puede prestarse a confundir que, cualquier acto de abuso deshonesto o incluso de acceso carnal, constituya corrupción<sup>132</sup>. En vista de lo cual, se deben tener en cuenta las distintas figuras penales que se tipifican en los arts. 119, 120 y 125, 128 y 129.

Aunque toda vivencia de victimización sexual impacta de algún modo en el desarrollo futuro de la sexualidad y de la personalidad en general, no se puede afirmar por ello que toda victimización constituya el delito de corrupción de menores, sino que los actos deberán tender y tener la entidad suficiente a dejar una huella profunda en el psiquismo de la víctima, a torcer el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad, lo cual dependerá de factores múltiples en relación a la propia víctima, al entorno emocional-familiar, a la práctica de un tratamiento adecuado, etc.<sup>133</sup>

130 CNCP, Sala 3ª, 30/06/1999, Gandarillas Jaldin, Raúl s/recurso de casación, Riggi, Tragant, Casanovas, in: elDial-AD7C9: «Aún cuando mediando la concurrencia de un solo acto que el tribunal 'a quo' interpretó de naturaleza corruptora, es la inteligencia correcta de la norma contenida en el artículo 125, primer párrafo e 'in fine' del Código Penal, habida cuenta que la reiteración de los actos no es un elemento necesario impuesto por la figura en cuestión, de modo que no es indispensable la pluralidad de ellos si con base en un hecho se hizo mérito convincente en el fallo de la depravación de su autor»; CNCRIM, Sala 1ª (Def) —Rivarola (en disidencia parcial), Dona, Tozzini— c. 35.775, Bruno, L. A. Rta: 17/11/89, in: elDial-AIED: «La conducta del procesado que en una sola ocasión y para satisfacer sus propios deseos, se hizo succionar el miembro viril por una niña de cinco años de edad, configura el delito de abuso deshonesto y no el de corrupción...».

131 A. M. Tenca, o. c., 150.

132 Cámara Penal, Sala 2ª, Paraná, in: elDial-ATE2B: «Se ha señalado que de corrupción no se puede hablar pues, cuando el acto es normal, aunque tenga un vicio que lo vuelva delictivo, cae dentro de la normativa del delito de violación, aunque el hecho sea brutal; por lo común no asume ni importa per se el carácter de depravación característica de la perversidad. Compárese el contenido con la corrupción y se advertirá por qué esta —la corrupción— requiere cierto «plus» (Laje Anaya, Comentarios al Código Penal, vol. II, 388). No existe prueba alguna que entre el imputado y la menor se desarrollaran algunas otras prácticas sexuales y, si bien el propio acusado admite que accedió carnalmente a aquélla varias veces, tampoco se cuenta con suficientes elementos para poder afirmar que dichas relaciones fueron excesivas, prematuras o perversas. En conclusión el imputado debe responder como autor responsable del delito de violación en forma reiterada - artículos 119, inciso 1 y 55 del Código Penal.».

133 CNCrimCorr Sala de Feria B. Bonorino Perú, Biombo, González. (Prosec. Cám.: Maiulini). C. 170, Santamaría, Eduardo y otro. Rta: 28/01/2004, in: elDial-AI19AF.

El acto de corrupción también ha sido analizado por la doctrina y la jurisprudencia en relación a la edad del menor, ambas coinciden mayoritariamente, aunque también hay quienes disienten, en que el sujeto pasivo tiene que estar en condiciones de comprender la naturaleza del acto corruptor<sup>134</sup>. C. Creus, afirma que esto no es una exigencia que surja de la ley, ni que esté impuesta por la realidad, pues la depravación puede ser alcanzada por acostumbamiento y, aunque la comprensión del acto no sea actualmente posible para la víctima, aquél no deja de influir posteriormente en la normalidad de su desarrollo sexual<sup>135</sup>. Esta argumentación entra en el plano de la suposición y trae como consecuencia inseguridad jurídica.

R. Núñez, se inclinaba por sostener que un niño de corta edad no es susceptible de padecer una influencia corruptora<sup>136</sup>.

De todos modos, la jurisprudencia ha considerado que, algunos actos pueden ser corruptores en menores de determinada edad, pero no en otros, no habiendo un criterio del todo claro en este aspecto.

La Sala 4ª de la Cámara del Crimen, consideró que había corrupción de menores en la conducta del reo que hizo un frotamiento contra los glúteos de una niña de cuatro años de edad<sup>137</sup>. La misma sala, consideró corrupción de menores la conducta de quien accedió carnalmente por vía anal a una joven de diecisiete años aunque hubiera mediado consentimiento<sup>138</sup>. A su vez, otra sentencia consideró que no había corrupción, sino abuso deshonesto, en la conducta del procesado que, en una sola ocasión y para satisfacer sus propios deseos, se hizo succionar el miembro viril por una niña de cuatro años de edad<sup>139</sup>.

134 Sala 1ª en lo Penal, 25/08/2000, Concepción del Uruguay, Sentencia n° 161 —Pacheco Luis Osvaldo s/ Corrupción de menores— Penal, in: elDial-BB45BO: «La ley castiga al que vuelve corrupto a una persona capaz de comprender la naturaleza del acto corruptor»; C. Fontán Balestra, oc., 133: «si bien es cierto que para que el delito se configure no se requiere que la víctima haya experimentado realmente una alteración psíquica o moral, también lo es que debe existir la posibilidad de que tal resultado se produzca, tanto por la idoneidad del acto como por la capacidad de la víctima».

135 Cfr. C. Creus, oc., 223.

136 Cfr. R. Núñez, Manual de Derecho, oc., 115, nota 112.

137 CNCRIM, Sala 4ª (Def) Campos, Valdovinos, Escobar (Sent. «M», sec. 14), c. 41.916, Abate Quino, Casimiro. Rta: 28/9/92, in: elDial-AI703.

138 CNCRIM, Sala 4ª (Def) Valdovinos (en disidencia), Campos, Escobar (Sent. «U», sec. 28) c. 40.465, Hidalgo, Daniel. Rta: 30/3/92, in: elDial-AI606.

139 CNCRIM, Sala 1ª (Def.) -Rivarola (en disidencia parcial), Donna, Trozzini (Sent. «R», sec. 20). c. 35.775, Bruno, L. A. Rta: 17/11/89, in: elDial-AIED. Transcribimos el voto disidente del Dr. Rivarola: «...no tratándose de un delito de resultado material, sino meramente formal cuya conformación no exige la efectiva corrupción del menor sino que la conducta del acusado sea idónea para promoverla o facilitarla, tengo para mí, que el proceder del encausado se ajusta a dichos

Nuevamente, hay que afirmar que no es posible establecer pautas generales de valor absoluto y que la cuestión exigirá un cuidadoso análisis en cada caso.

### 8.5. *Actos homosexuales*

Continúa siendo controvertido establecer hasta qué punto los actos de homosexualismo cometidos con menores deben ser tenidos por corrupción, ya S. Soler constataba esta dificultad que sigue aún presente en la doctrina y la jurisprudencia<sup>140</sup>.

Lo cierto es que la clave está en ver si el acto reúne las características del tipo legal, es decir, si es un acto con entidad suficiente para poner en peligro el normal desarrollo de la sexualidad<sup>141</sup>. Considerar todo acto de relación homosexual o incluso de relación no natural como corrupción sería desconocer las figuras del art. 119 y 120. Un ejemplo nos dejará en claro las incongruencias en las que se podría caer: un hombre que tuviese acceso carnal con menor de trece años, podría recibir una pena de seis a quince años, la misma que quien realiza un tocamiento de un menor del mismo sexo, claro está, en el caso que todo acto homosexual fuese corrupción. Por otra parte el sujeto pasivo de los delitos de los arts. 119 y 120 pueden ser tanto el varón como la mujer, por tanto el legislador ya ha tenido en cuenta allí que podría darse una relación entre personas del mismo sexo, y no ha considerado que todas fuesen corrupción, de lo contrario lo hubiese establecido en la ley.

Hasta ahora, el criterio que ha prevalecido, era considerar la homosexualidad, tanto masculina como femenina, como «una desviación del instinto sexual». Sin embargo no todos admiten este criterio, basándose en que «de las actuales aseveraciones de la ciencia médica no surgen criterios

---

principios, pues las prácticas lujuriosas ejecutadas por B. sobre el menor, consistentes en la forma oral de la cópula sexual —un acto no por cierto fugaz sino temporalmente extenso—, resulta objetivamente idónea para iniciar prematuramente y pervertir la vida sexual de la víctima con prácticas eróticas depravadas cuyo efecto posible es torcer el sano instinto sexual del sujeto pasivo, alterando psíquica y moralmente y desviando los cauces naturales del instinto mediante esa práctica viciosa y aberrante. No obsta a lo anterior, la circunstancia referida a la unicidad del hecho, ni el que la víctima contara con cinco años de edad, pues la reiteración o continuidad no es exigencia del tipo legal y el segundo aspecto no conlleva a dar por cierta una supuesta inmadurez que impidiera comprender la naturaleza del acto corruptor...».

140 Cfr. S. Soler, oc., 370.

141 C. Creus, oc., 216: «El acto es perverso cuando en si mismo es depravado, porque implica un ejercicio anormal de la sexualidad (homosexualismo, coitos anormales, con manifestaciones de sadismo o masoquismo...).».

que permitan sustentar la opinión sobre el carácter de desviación (como patología) de la condición homosexual<sup>142</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia ha considerado, si bien no unánimemente<sup>143</sup>, que las prácticas homosexuales o lésbicas constituyen el delito de corrupción de menores, regulado en el art. 125 del Código Penal. Veamos algunos ejemplos:

1. «Los actos de pederastia pasiva o activa realizados con menores de edad, para satisfacer deseos propios por parte del agente, configuran delito en los términos del art. 125 del Código Penal»<sup>144</sup>.
2. «La figura del art. 125, inc. 1º del CP es de incuestionable aplicación si se encuentra acreditado el elemento subjetivo «satisfacer deseos propios» que emanan de la anómala personalidad del procesado, al igual que el dolo del tipo que se intuye del propio núcleo verbal, en este caso el alternativo «corromper», que lleva implícito connotaciones de conciencia actual y correcta de que los tocamientos propios y de los menores, caricias y roces protagonizados por el procesado, tienen entidad suficiente, *máxime tratándose de personas del mismo sexo*, para crearles un impacto emocional grave en su sexualidad y por ende en su incipiente personalidad en formación (menores de doce años)»<sup>145</sup>.
3. «Concorre idealmente el delito de violación previsto por el art. 119, inc. 3º del CP y el de corrupción de menores previsto en el art. 125, inc. 2º del mismo código, pues si bien parte de la doctrina y jurisprudencia opinan que la figura más grave por consunción absorbe a la de menor gravedad, ello no ocurre necesariamente, dado que aunque pueda haber violación o tentativa de ella sin corrupción (como en el caso de acceso carnal de mujer de dieciocho años por vía vaginal, mediante violencia) ello no ocurre cuan-

142 Corte Suprema de Justicia de la Nación, «Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución de la Inspección General de Justicia», in: La Ley 1991-E, 679.

143 La Sala Unipersonal de la Cámara 1ª en lo Criminal de Córdoba, con fecha 15/2/99, absolvió a un hombre que pagó a un menor de quince años de edad de diez pesos para que se dejara succionar el pene y manosearlo en sus partes pudendas, lo cual fue consentido por el menor. El tribunal en razón de no reconocer eficacia o capacidad a tales acciones para pervertir la futura conducta sexual del sujeto pasivo; entendió que la acción del sujeto «no gravitó para pervertir la futura conducta sexual del menor». Cám. 5ª del Crim. de Córdoba, sent. del 26/8/1993, in: Semanario Jurídico n° 976, 13/3/1994, 291.

144 Suprema Corte de Justicia, Circunscripción 1ª, Mendoza, 1963/02/04, «Fiscal c/Oberti Dalmiro Elso s/corrupción-casación», Fallo: 63199181, in: elDial-MZC5A. Sentencia pronunciada en igual sentido: Suprema Corte de Justicia, Circunscripción 1ª, Sala 2ª, Mendoza, 1987/04/20, «Fiscal c/Ruarte José Clemente s/corrupción-casación» —Fallo: 87199139—, in: elDial-MZ24A1.

145 CNCRIM, Sala 4ª (Def.) —Campos (en disidencia), Valdovinos, Escobar— (Sent. -F-, sec. 12) c. 39.849, Gervan, Luis A, Rta: 29/10/91, in: elDial-AI598.

do se tiene acceso carnal violento por vía anal con un menor de trece años y de sexo masculino, pues tal acto tiene idoneidad corruptora, correspondiendo el doble encuadre concursal<sup>146</sup>.

4. El Tribunal Supremo de Córdoba, encuadró en el art. 125, la acción de quien, durante un largo lapso, satisfizo sus apetitos sexuales dentro de un círculo de varones menores de edad<sup>147</sup>.

En definitiva para que un acto de naturaleza homosexual con un menor sea considerado como corrupción se debería acreditar que el mismo ha tenido sobre la víctima entidad suficiente como para poner en peligro el normal desarrollo de la personalidad. No obstante, aunque nos cuesta imaginar actos de esta naturaleza que no lo sean en tal sentido, la ley no supone que todo acto homosexual con un menor tiene capacidad de corrupción. De todos modos la interpretación respecto sobre qué actos en concreto son corruptores, quedará a criterio del juzgador porque no hay un lineamiento claro, lo cual no deja de ser una falencia de la ley que no ha sido precisa en su conceptualización.

### 8.6. *Corrupción del menor corrupto*

No tiene importancia detallar aquí la discusión doctrinaria respecto de si es posible la corrupción de un menor ya corrupto. Nos parece correcta la postura de R. Núñez, que es por otra parte la seguida mayoritariamente por la jurisprudencia<sup>148</sup>, aunque haya alguna excepción<sup>149</sup>.

El mencionado autor afirma: «...también promueve la corrupción el que opera sobre el menor ya corrompido, porque obra en contra de un objetivo legal que, como lo demuestra el castigo del facilitador de la corrupción ajena, no atiende sólo a refrenar toda conducta que coadyuve con la obra del menor ya depravado o que aumente su envilecimiento. Por lo demás, la significación gramatical de la palabra «promoviere», usada por la ley, no alude sólo a la iniciación de algo, sino también a la idea

146 CNCRIM, Sala 4ª (Def.) —Campos, Escobar, Valdovinos— (Sent. «M», sec. 14) c. 40.474, Acosta, Enrique, Rta: 19/12/91, in: *elDial-AI598*.

147 T.S.J. de Córdoba, sent. Del 5/6/1956, BJC, vol. 2, 115.

148 CNCP, Sala 4ª, 04/09/1995, García, Carlos H. s/recurso de casación. Berraz de Vidal, Hornos: «La corrupción se promueve (...) en dos supuestos: cuando se incita a quien ya puede considerarse corrompido a mantenerse en ese estado o aumentar la intensidad propia de la corrupción», in: *elDial-AD263*; Cfr. V. F. Reinaldi, *oc.*, 145.

149 CNCRIM, Sala 6ª, 10-4-1984, causa 10.078. «Antar, E.», in: *Boletín de Jurisprudencia*, año 1984, nº 2, abril-mayo-junio, 113.

de adelantar una cosa —el alentamiento corruptor— para procurar su logro: el mantenimiento o el aumento de la perversión sexual<sup>150</sup>.

Teniendo en cuenta, la protección que hoy se intenta dar a los niños, el compromiso asumido de protección de nuestro país al suscribir la Convención de los Derechos del niño proclamados por la ONU y con carácter de ley en Argentina, y el espíritu de la Ley 25.087, resulta claro que se quiere tutelar, también a los niños ya corruptos, para que no sean aún mas corrompidos y, de ser posible, se les recupere.

### 8.7. *Sujeto pasivo y sujeto activo*

Sujeto activo, podrá serlo cualquier persona, ya sea hombre o mujer, mayor o menor imputable.

Puede ser sujeto pasivo tanto el varón como la mujer, con la única limitación de que debe tratarse de un menor de dieciocho años.

### 8.8. *Tipo subjetivo*

El delito de corrupción de menores es doloso, ya sea en la promoción o en la facilitación<sup>151</sup>, no admitiéndose la culpa y, el dolo debe ser directo, lo cual significa saber que, la acción que uno lleva a cabo, tiende a promover la corrupción de un menor o tiene la finalidad de allanar los obstáculos para que se cumpla ese objetivo.

### 8.9. *Agravantes de la corrupción*

Ante de hablar de las agravantes propiamente dichas, digamos que, el segundo párrafo del artículo 125 bis, incrementó el monto de la pena cuando el menor no hubiere cumplido los trece años de edad, aumentándola de seis a quince años de reclusión o prisión, siguiendo el criterio del artículo derogado que castigaba de cuatro a quince años cuando la víctima fuere menor de doce años.

150 R. Núñez, Tratado de Derecho, oc., 345. En este sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de Mendoza 1979/06/22, Fallo -Cerdea Santiago del Valle y otro s/Robo-Casación-Fallo: 79199187, in: elDial-MZ1E46.

151 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 146; Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 142; Cfr. A. M. Tenca, oc., 155.

El tercer párrafo prevé un aumento de pena, de diez a quince años, fundado en que, además de torcer el normal desarrollo sexual, existe por parte del autor la utilización de medios especiales, que van en contra de la libertad de la persona. Dicho párrafo se expresa así: «Cualquiera que fuese la edad de la víctima<sup>152</sup>, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de su educación o guarda».

Los medios sólo funcionan respecto de la promoción de la corrupción, habida cuenta de que en el caso de la facilitación se trata de otra cuestión, ya que es una ayuda a la iniciativa de la víctima, de modo que si existen estas formas especiales de comisión, dejarán de ser facilitación para convertirse en promoción<sup>153</sup>.

Veamos cada una de las agravantes mencionadas en el art. 125 bis del CP:

a) *Engaño*: Se induce a la víctima al error a través de simulaciones del objetivo del autor, que lleva a la víctima intervenir en ellos. La clave consiste en que la misma pueda ser engañada, ya que de lo contrario no será posible aplicar la agravante y se volvería al tipo básico; y segundo, que el consentimiento de la víctima haya sido debido a su error.

b) *Violencia*: Es la fuerza física que el agente despliega sobre el sujeto pasivo para que éste soporte el acto corruptor.

En cuanto a la inclusión de medios hipnóticos o narcóticos dentro de la violencia, conforme a lo prescripto en el art. 78 del CP, algún autor se muestra contrario a ello<sup>154</sup>.

c) *Amenaza*: Es el anuncio de un mal, infundiendo temor a la víctima, temiendo sufrir un daño futuro en su persona, en sus bienes, o en la persona y bienes de un tercero, lo cual coarta su libertad de decisión y le impide oponerse a un acto que, por propia voluntad, no ha aceptado.

Tienen que darse todos los requisitos exigidos por la figura de amenaza, prescripta en el art. 149 bis del CP, a saber: seriedad, idoneidad, gravedad e injusticia del mal futuro.

d) *Abuso de autoridad*: La ley requiere la existencia de una facultad de mando por parte del autor sobre la víctima, de la cual abusa al emple-

152 Siempre que sea menor de dieciocho años (art. 125 bis, 1).

153 Cfr. E. A. Donna, Derecho penal, oc., 469-471, citado por: E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 144.

154 Cfr. J. Laje Anaya, oc., 387.

arla para someterla sexualmente. No interesa el origen o razón de esa autoridad, ni si es privada o pública<sup>155</sup>, ya que, al no mencionar la relación de poder, como sí hace en el art. 119 §1º, no obliga a distinguirla de ella.

No debe confundirse con la simple ascendencia moral que pueda tener el autor sobre la persona menor de dieciocho años<sup>156</sup>.

E. Donna, cita, como ejemplos claros, los casos de cuidadores en los institutos de menores que usan de su poder para someter a los internos<sup>157</sup>.

e) *Cualquier otro medio de intimidación o coerción*: Aquí se hace referencia a medios, que al igual que los violentos, tienden a coartar la libertad de decisión de la víctima para someterla a la acción depravadora<sup>158</sup>. Si esos medios no logran el sometimiento, el delito quedará en grado de tentativa.

f) *El vínculo*: Es suficiente, para la agravante, que se de alguna de las vinculaciones contempladas por la ley, no requiriéndose el abuso de esa relación.

Los vínculos que constituyen agravantes son: a) ascendiente de la víctima por consanguinidad, matrimonial o extramatrimonial (art. 350, CC), sin limitación de grado (padre, madre, abuelo o abuela, bisabuelo o bisabuela, etc.); b) hermano o hermana de la víctima; c) el cónyuge; d) tutor del menor (art. 377, CC) o la persona encargada de la educación o guarda; e) persona conviviente: es quien vive juntamente con el menor bajo el mismo techo.

#### 8.10. *El delito de corrupción de menores y los clérigos*

En el art. 125 bis no encontramos ninguna particularidad a tener en cuenta con respecto a los clérigos.

Sin embargo, sí nos surge alguna inquietud a resolver respecto de la agravante «abuso de autoridad».

Nos parece claro que el sólo hecho de ser sacerdote, no puede ser interpretado como una autoridad en el sentido de este art. 125 bis, ya que la ley no lo dice; si el legislador lo hubiese querido establecer lo podría

155 Cfr. G. A. Arocena, oc., 125.

156 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 154; Cfr. R. E. Figari, oc., 300.

157 Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 145.

158 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 155.

haber hecho, como si lo hizo en los arts. 119 y 120, al decir «cualquier ministro de culto reconocido o no».

Por otra parte, no se está hablando aquí de una ascendencia moral que pueda tener el autor sobre la persona menor de dieciocho años<sup>159</sup>, ni tampoco de un temor reverencial<sup>160</sup>, sino de «autoridad», es decir, «debe existir una cierta facultad de mando por parte del autor sobre el sujeto pasivo, de lo cual se prevalece para lograr el acto corruptor»<sup>161</sup>.

No obstante, cabe destacar que no interesa el origen o razón de esa autoridad, ni si es pública o privada.

Por otro lado, están contempladas expresamente, como agravantes, el ser encargado de la educación o guarda y el vivir bajo el mismo techo con el menor. De este modo, el sacerdote encargado de un hogar de niños o con cargos en un Colegio, si cometiese este delito incurriría en la agravante como cualquier otra persona, como de hecho así ha ocurrido en algunos casos en Argentina.

Ahora bien, la cuestión controvertida se podría plantear con ciertos oficios eclesiásticos, por ejemplo, los párrocos o capellanes, ¿son considerados una «autoridad»? y, por tanto, si cometiesen este delito ¿entrarían dentro de esta agravante?

Comencemos con los párrocos: aunque las parroquias en Argentina tienen personalidad jurídica pública<sup>162</sup>, y ellos son la autoridad, ésta no implica ningún poder de mando sobre los feligreses, no reuniendo los requisitos del art. 125 del CP porque la ley establece la subordinación del uno al otro<sup>163</sup>, lo cual no ocurre en la relación de un párroco con los menores de su parroquia. Esto no significa que en otros negocios jurídicos no tenga plena autoridad, como por ejemplo, en temas de administración, empleados, etc.

159 Cfr. V. F. Reinaldi, *oc.*, 155.

160 Cfr. R. E. Figari, *oc.*, 300.

161 *Ibid.*

162 J. C. Navarro Floria, *La Iglesia como sujeto del Orden jurídico*, in: Conferencia Episcopal Argentina, Consejo de Asuntos Económicos, Buenos Aires 2002, 13: «Todos los autores en derecho civil afirman, unánimemente, que las parroquias son personas jurídicas, y también la jurisprudencia, desde siempre, concuerda con esa solución (...) Doctrina y jurisprudencia interpretan de ese modo el art. 33 del Código Civil (en cuanto dispone que «la Iglesia Católica» es una persona jurídica pública); el art. 2345 del mismo Código («Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden a las respectivas iglesias o parroquias, y están sujetas a las disposiciones de los artículos 33 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia católica respecto de ellos, y a las leyes que rigen el patronato nacional»); y el citado art. 41 a la luz de la larga y fundada nota al mismo de Vélez Sarsfield».

163 Cfr. V. F. Reinaldi, *oc.*, 57.

En definitiva, no sería acorde con la ley, interpretar como una relación de autoridad, la relación del párroco con sus monaguillos o demás niños y jóvenes que por distintos motivos, participen de la vida parroquial.

Si consideramos a los capellanes<sup>164</sup>, estimamos que tampoco están bajo el concepto de «autoridad» requerido por el art. 125 del CP. Si bien es un oficio eclesiástico<sup>165</sup>, con nombramiento del obispo<sup>166</sup>, los mismos ejercen un ministerio estrictamente pastoral que no implica autoridad sobre los jóvenes o niños que se encuentren a su cargo. Una atención particular merecen los capellanes de colegios, debido a que la jurisprudencia es muy amplia en la consideración de «encargado de la educación o su guarda»<sup>167</sup>, en este caso, la agravante podría ser considerada porque el sacerdote es parte de la educación del menor, pero no en cuanto a su autoridad.

Finalmente, nos planteamos si los actos de corrupción de menores por medio de «enseñanzas» o «consejos», cuya inclusión en este art. 125 del CPA es discutida, y en todo caso parece ser esencial que las mismas estén dirigidas a alterar el sano sentido de su sexualidad, buscando con ello la depravación de la misma desde el perfil, naturalmente, sexual, para que pueda hablarse de delito, constituyen un delito canónico. Primeramente hay que destacar que estos términos son muy amplios y en consecuencia antes de poder afirmar si hay un delito canónico o no, habría que analizar cuáles han sido las «enseñanzas» o «consejos» que el clérigo ha dado al menor. Sin duda que si con tales acciones se pretende corromper al menor, o se busca de este modo que el menor acceda a otras acciones de índole sexual con el clérigo, estamos en presencia de un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo. Pero también podría ocurrir que una determinada «enseñanza» o «consejo» sean imprudentes, inadecuados e incluso indignos de un clérigo, pero que no constituyan tal delito. En definitiva cada situación concreta deberá ser analizada para poder establecer con certeza cuándo se ha cometido el delito reservado a la Congregación para la Doctrina de la Fe<sup>168</sup>.

164 CIC 83 c. 564: «El capellán es un sacerdote a quien se le encomienda establemente, al menos en parte, la atención pastoral de alguna comunidad o grupo de fieles, para que ejerza de acuerdo al derecho universal y particular».

165 Cfr. CIC 83 c. 145 §1.

166 Cfr. CIC 83 c. 565.

167 Recordemos que el ser maestro de catecismo fue considerado como agravante: CNCRIM, Sala 1ª (Def.) —Rivarola, Donna, Tozzini— (Sent. «C», sec. 6). C. 43.391, García. Omar. Rta. 28/3/94, in: elDial-AI8A7; y que el ser portero de un colegio fue considerado una agravante, considerando al mismo como auxiliar docente, en el voto en disidencia del Dr. Navarro, in: CNCRIM, Sala 7ª Ouviaña, Biombo, Navarro (Sent. «Z», sec. 46). C. 12.148, Aguilar, G. Rta: 16/11/89, in: elDial-AIFB.

168 Cfr. Juan Pablo II, SST, Normas sustanciales y procesales, art. 4º.

Otras actitudes condenables, como palabras obscenas o un relato obsceno aislado, que no llegan a ser ni enseñanzas ni consejos, aunque sean reprochables, no creemos que pudiesen ser entendidas dentro del delito contra el sexto mandamiento del Decálogo, no obstante podrían ser sancionables<sup>169</sup>, pues los clérigos deben abstenerse de aquello que desdiga de su estado<sup>170</sup>, y los Ordinarios deben cuidar que estos cumplan debidamente sus obligaciones<sup>171</sup>.

## 9. PUBLICACIONES O ESPECTÁCULOS PORNOGRÁFICOS CON MENORES

### 9.1. Norma legal

Art. 128, 1°. *«Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores».*

Art. 128, 2°. *«En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas biciere manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen».*

### 9.2. Bien jurídico protegido

La ley protege, actualmente, el derecho de los menores de dieciocho años a no ser utilizados en esas producciones o espectáculos con peligro para el normal desarrollo de su personalidad. Lamentablemente los legisladores no incluyeron en esta protección a los incapaces mentales, como si no fuera necesario para ellos la misma protección que a los menores<sup>172</sup>.

España posee una ley semejante a la argentina<sup>173</sup>, pero, en algunos aspectos, más completa, a saber: a) no limita la protección a menores de dieciocho años, sino que la extiende a los incapaces; b) amplía considerablemente las acciones típicas, si bien siempre referidas a la utilización de menores de edad o incapaces, en la elaboración del material pornográfico-

169 Cfr. CIC 83 cc. 1315 §1; c. 1399.

170 Cfr. CIC 83 c. 285 §1.

171 Cfr. CIC 83 c. 384.

172 Cfr. E. A. Donna, *Delitos contra la integridad*, oc., 173.

173 Ley Orgánica n° 11/1999, sancionada el 30 de abril de ese año.

co, alcanzando el castigo a la financiación de esas actividades y a los casos en los que ese material haya tenido origen en el extranjero, o fuere desconocido, y a quienes simplemente lo tuvieran en su poder; c) agrava todos los hechos cuando su autor pertenezca a una organización o asociación de carácter permanente o transitorio.

### 9.3. Tipicidad

#### 9.3.1. El tipo objetivo

Las acciones típicas se refieren a imágenes. Son tales todas las manifestaciones del pensamiento perceptible visualmente, como los dibujos, pinturas, fotografías, películas cinematográficas, etc. Por tanto, quedarían fuera los escritos de carácter pornográfico, que en sus historias involucrarán a menores, y las grabaciones de voz, que sí son contempladas en otras legislaciones, como por ejemplo la española<sup>174</sup>.

Los autores coinciden en señalar tres tipos delictivos. El primero de ellos es producir o publicar imágenes pornográficas en que se exhiban menores de dieciocho años, u organizar espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que éstos participen. El segundo tipo penal es el de distribuir dichas imágenes. Y el tercero es el de facilitar el acceso a espectáculos pornográficos a menores de catorce años, o suministrarles material pornográfico.

Veamos cada figura con más detenimiento:

a) *Producir*, equivale a hacer, crear fabricar o editar esas imágenes, por medios mecánicos o electrónicos, ya sean fotográficas o de películas. Según Reinaldi, se incluye en la figura el utilizar fotografías inocuas de niños reales, alterarlas por medio de la tecnología, de modo tal que esos niños aparecen, por ejemplo, desnudos y en posiciones sexuales con mayores<sup>175</sup>. Postura esta con la que coincidimos, pues lo ficticio no le quita la nota de pornográfico, entendido como «toda manifestación de

174 CP. Art. 189, nº 7: «Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año de multa o de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare, por cualquier medio, material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada». Otro ejemplo es el Código Penal de Nicaragua, en su art. 201.bis.1.2: «Comete el delito de pornografía quien promueva, financie, posea, fabrique, reproduzca, publique, comercie, difunda, o distribuya por cualquier medio (...) la imagen o la voz de menores de dieciocho años en actividades sexuales, o eróticas, reales o simuladas...».

175 Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 208, citando a A. Vázquez, Un llamado de atención sobre las nuevas formas delictuales que involucran a niños, in: La Ley, 23/7/1997, 2.

carácter sexual lúbrica y grosera, hecha a través de graffías, medios visuales u otros semejantes, que tiende a la provocación sexual de terceros»<sup>176</sup>.

b) *Publicar*: por publicar se ha entendido tradicionalmente la idea de imprimir o reimprimir (las imágenes), para el alcance de otros. Creemos, que lo importante, es la difusión o divulgación de la imagen, sin que tenga trascendencia el medio por el cual se haga, pues abarca desde la prensa graficada hasta el enlace por vía de Internet<sup>177</sup>.

Sin embargo, creemos, hubiese sido más claro que el texto de la ley hubiese especificado, como lo hace el Derecho penal español, «por cualquier medio»<sup>178</sup>.

c) *Distribuir*: es entregar a los adquirentes o destinatarios, conociendo el contenido de lo que se distribuye<sup>179</sup>. No está penalizada la tenencia, como si ocurre en otros lugares del mundo, por ejemplo, en España<sup>180</sup>, sino sólo la distribución de aquellas imágenes «cuyas características externas hicieren manifiesto que en ellas se ha gravado o fotografiado la exhibición de un menor». Lo cual hace muy difícil probar el delito<sup>181</sup>.

176 V. F. Reinaldi, oc., 209.

177 Cfr. R. E. Figari, oc., 359.

178 Art. 189, 1, b: «El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión, o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido».

179 Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 175.

180 También en Italia, donde, la ley n° 269 del 3 de agosto de 1998, conocida como la Ley contra la pedofilia, introdujo en la parte dedicada a los delitos sexuales del Código Penal italiano, y entre otras modificaciones, un tipo penal que reprime la utilización de menores de dieciocho años con el fin de realizar exhibiciones pornográficas, producir material pornográfico y comercialo, previendo una pena de reclusión de hasta tres años o de multa a quien conscientemente adquiere o dispone de material pornográfico producido mediante la explotación sexual de menores de dieciocho años. Con la misma pena se castiga la cesión consciente a terceros de material pornográfico producido en las mismas condiciones. Asimismo reprime con una sanción de reclusión de uno a cinco años y multa la distribución, divulgación o publicación del mencionado material por cualquier medio, incluso vía telemática.

181 En la versión electrónica del Diario Clarín, Buenos Aires, del 13 de agosto del 2005, <http://www.clarin.com/diario/2005/08/13/policiales/g-07201.htm>, se señalaba, a raíz de una serie de allanamientos contra una red de pornografía infantil: «Debido al vacío legal que hay en el país, cada vez es más frecuente la presencia de argentinos en las redes de intercambio de este tipo de pornografía. El problema va en aumento: mientras que la misma división que hizo los operativos de ayer sólo había abierto dos investigaciones de este tipo en el 2000, en el comienzo de este año ya se dio un promedio de cinco casos por mes. «Como no cambien las leyes, el tema se va a disparar aún más», señalan en la Policía Federal.»

En la editorial de la versión electrónica del mismo periódico, del 2 de febrero de 2004: <http://www.clarin.com/diario/2004/02/02/o-02201.htm>, se lee un reclamo en este mismo sentido: «Esta falta de normativa, también impide colaborar en investigaciones originadas en otros países, que tratan de averiguar dónde se producen las imágenes sexuales con chicos, a fin de sancionar a sus responsables.»

Tampoco está penalizado el recibir esas imágenes, por tanto, si alguien las recibiese por correo ordinario o electrónico, no cometería ningún delito, aunque si quien la ha enviado.

Especialistas de la Policía Federal Argentina, en una nota periodística, han manifestado: «que las leyes argentinas son insuficientes para combatir el material pedófilo (...) un problema que tiene la ley es que si el soporte de las fotos, e-mail, un compact, no tiene un rótulo que hable de pornografía no se puede castigar al distribuidor. Además, hay jueces que consideran que enviar un mail no es distribuir»<sup>182</sup>. Por tanto, creemos que lo más adecuado sería que la ley sancionara también la tenencia de pornografía infantil.

Hay que señalar que han existido algunos intentos por mejorar estos vacíos legales, a los que nos hemos referido, pero aún no se han plasmado en modificaciones concretas de la ley, a pesar de que cada vez son más los países que van regulando mediante nuevas legislaciones este tema tan preocupante de la pornografía con menores en Internet<sup>183</sup>.

Refirámonos ahora, brevemente, a los espectáculos organizados con menores. Estos deben ser organizados por el autor, conducta que exige que él los prepare y presente<sup>184</sup>. El delito se refiere a hacer actuar menores en espectáculos que pueden ser vistos por terceros, con un contenido pornográfico.

### 9.3.2. *Tipo subjetivo*

El autor debe tener conocimiento, o aún la mera representación<sup>185</sup>, del carácter pornográfico de las imágenes a crear, imprimir, publicar o dis-

La ausencia de dispositivos de control y castigo alienta, en última instancia, la producción y circulación de material pornográfico infantil, con todo lo que ello implica en términos de mantenimiento y hasta crecimiento de los daños causados a los menores.

Además, Internet ha incrementado las posibilidades de que un abusador entre en contacto con menores, para luego consumir acciones que pueden causar daños, traumas y hasta la muerte de la víctima.

Para atender estas situaciones, los legisladores deben establecer un régimen legal que permita prevenir y sancionar el delito.

En la Argentina, la falta de normativa no permite desarrollar controles y sanciones contra la producción y circulación de pornografía infantil en Internet. Es una tarea pendiente de los legisladores.

182 Diario Clarín, Buenos Aires, 22-6-2005: <http://www.clarin.com/diario/2005/06/22/um/m-1000417.htm>

183 Entre otros, además de los ya citados, España e Italia, podemos agregar Colombia (Ley 679 de 2001) y Venezuela (Ley Especial contra los delitos informáticos n° 48, Cap. IV, art. 23 y 24, publicada el 30 de octubre de 2001).

184 Cfr. G. A. Arocena, *oc.*, 149.

185 *Ibid* 152.

tribuir, o de las escenas que se incluyen en el espectáculo en vivo a organizar, para así evitar punir, por ejemplo, a quien no conoce el material que está distribuyendo, de tal modo que si en la tapa de una revista se exhibe la imagen pornográfica de un menor de dieciocho años, se le imputará el delito de distribución al quiosquero que la vende. Pero si, por el contrario, por fuera se muestra inofensiva y en el interior aparecen las imágenes prohibidas, el vendedor no habrá cometido delito alguno, salvo que se acreditara que sabía del contenido.

#### 9.4. *Sujeto activo y sujeto pasivo*

Sujeto activo puede ser cualquier persona. Llama la atención que en esta figura delictiva no se contemple ninguna agravante en razón del autor<sup>186</sup>.

Sujetos pasivos son los menores de dieciocho años cuyas imágenes se ha utilizado o a los que se ha hecho participar en espectáculos pornográficos.

#### 9.5. *Espectáculos y material pornográfico*

##### 9.5.1. *Norma legal*

Art. 128 §3º. «Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien *facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años*»<sup>187</sup>.

##### 9.5.2. *Bien jurídico protegido*

La ley protege, como ya lo hemos dicho, el normal desarrollo de la personalidad de los niños, al que los espectáculos o los materiales de índole pornográfica pueden llegar a afectar en razón de que por su edad, se presume que no cuentan con la suficiente madurez para verlos sin correr ese riesgo<sup>188</sup>.

186 Si lo hace por ejemplo el Código Penal de Nicaragua, en su artículo 201.bis 2.2: «a) cuando el autor es familiar de la víctima, encargado de la educación, orientación espiritual, guarda o custodia de la víctima; b) cuando el autor o los autores sean parte de una Red Organizada; c) Si la víctima es una persona con discapacidad.»

187 V. F. Reinaldi, oc., 209: «Calificamos de 'pornografía' a toda manifestación de carácter sexual lúbrica y grosera, hecha a través de grafías, medios visuales u otros semejantes, que tiende a la provocación sexual de terceros.»

188 Ibid 214.

### 9.5.3. *Sujetos del delito*

Sujeto activo es cualquiera que facilite la entrada al lugar donde se presenta el espectáculo, o que facilite material pornográfico.

Sujeto pasivo, en ambos casos, sólo los menores de catorce años.

### 9.5.4. *Tipo objetivo*

Las acciones típicas son facilitar el acceso a espectáculos pornográficos y/o suministrar material de igual tenor.

*Facilitar*: se entiende que lo hace aquel que permite la entrada, sin importar si lo hace por dinero o gratuitamente. También facilita el acceso quien de otro modo colabora para que los menores accedan a dichos espectáculos y por tanto se le imputará el delito.

*Suministrar*: es aquella acción de entregar ese material al menor, o bien dejarlo a su alcance, inclusive la acción de dejárselo mirar, aunque, el menor no lo compre ni se lo lleve.

Es importante tener en cuenta que esta conducta podría llegar a configurar el delito de promover la corrupción de menores. «En tal caso, por tratarse de un solo hecho con doble encuadramiento, corresponderá concursar idealmente a uno y otro delito y aplicarse la pena del delito mayor (CP, art. 54)»<sup>189</sup>.

Otro elemento a destacar es que aquí no se habla de «imágenes», sino de «material». En consecuencia, se deben incluir libros obscenos, imágenes fílmicas o fotografiadas, etc.

Nos llama la atención la edad, catorce años<sup>190</sup>, pues si tenemos en cuenta que la ley intenta proteger, en este aspecto, el normal desarrollo de la personalidad de los menores, la edad marcada es un poco baja, a nuestro juicio, para considerar que a partir de esa edad, determinados espectáculos o material pornográfico, no pueden alterar ese desarrollo.

189 Ibid 215.

190 El Código Penal de Costa Rica penaliza en su art. 174, a «Quien comercie difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad (menores de dieciocho) o incapaces...»; el Código Penal de Ecuador también penaliza estas acciones con menores de dieciocho años y agrava la pena si los menores tienen menos de doce años (Art. 528,7); el Código Penal Español también penaliza estos delitos, considerando menores a quienes tienen menos de dieciocho años: «El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses» (Art. 186).

Aunque, como sostiene O. Pandolfi, «es probable, que a los diecisiete años el menor, en los usos y costumbres actuales, haya experimentado su sexualidad»<sup>191</sup>, eso no significa —a nuestro juicio— que se encuentre maduro, para acceder o mirar material pornográfico que podría ser muy perjudicial para un menor de tan corta edad.

O. Pandolfi y J. Buompadre, han hecho notar que es incomprensible que por un lado se prohíba a un menor de 14 años observar una revista pornográfica o un espectáculo de dichas características y por otra parte se le permite tener relaciones hetero u homosexuales a partir de los trece años<sup>192</sup>.

Asimismo, resulta poco coherente con el objetivo de esta ley, es decir, preservar al menor de edad de verse involucrado en un contexto sexual de contenido pornográfico, que si se exhibe o suministra a un menor de dieciocho años, pero mayor de catorce, material pornográfico de alto contenido erótico, pero con escenas e imágenes de personas adultas, la conducta es atípica<sup>193</sup>.

De este modo, sólo quedan penalizado, el facilitamiento a espectáculos o el suministro de material pornográfico, a menores comprendidos entre los catorce y los diecisiete años, si se encuadran dentro del delito de corrupción de menores. Consecuentemente no se hallan protegidos los menores entre catorce y diecisiete años aunque, según la *Convención de los Derechos sobre el Niño*, deben protegerse los menores hasta la edad de dieciocho años. Tampoco están protegidos los incapaces.

#### 9.5.5. Tipo subjetivo

Claramente el tipo delictivo es doloso<sup>194</sup>. El autor debe saber que se trata de un espectáculo o material pornográfico y que la víctima es un menor de catorce años. Si éste creyera que el menor tiene más de catorce años, hace desaparecer la conducta delictiva; incluso si el error fuese culpable, también resultará impune al no estar contemplada en la ley la forma culposa.

191 O. A. Pandolfi, oc., 117.

192 Cfr. J. Buompadre, oc., 433; Cfr. O. Pandolfi, oc., 118.

193 Cfr. J. Buompadre, oc., 433-34; citado por R. E. Figari, oc., 367; Cfr. O. A. Pandolfi, oc., 118.

194 R. E. Figari, oc., 366: «Hay quienes se inclinan por el dolo directo y otros también admiten el eventual».

*9.5.7. Los clérigos en relación al art. 128, a, b y c.*

No hay agravantes respecto del sujeto activo, por lo cual, el sacerdote que cometiera alguno de estos delitos, estaría en la misma condición que cualquier otra persona. Tampoco se tiene en cuenta aquí la relación que se pueda tener con el menor, ni el haber usado una relación de autoridad o confianza.

El CPA no contempla la posesión de pornografía infantil como un delito, por lo cual es evidente que si un clérigo estuviese en posesión de ese material y no lo produjese, publicare, distribuyese o mostrase a menores, no cometería ningún delito.

Ahora bien, establecer si tal conducta es un delito canónico no resulta de fácil resolución, más aún si se tienen en cuenta los diversos modos que existen de obtener dicho material. A nuestro juicio la formulación de la ley, no permite establecer con precisión si esas conductas constituyen un delito contra el sexto mandamiento con un menor. Por una parte se podría afirmar que si ese material se compra se está favoreciendo la explotación sexual de los menores, pero como es conocido, en algunos casos, la depravación lleva a que haya quienes publiquen pornografía con menores en Internet sin interés comercial, de modo que se puede acceder con relativa facilidad y sin tener que pagar nada por ello. En definitiva, sin intención de zanjar esta cuestión aquí, lo más apropiado será analizar cada caso en concreto para poder establecer con exactitud si se ha cometido el delito.

No hay duda que si un clérigo, llegase al extremo de organizar espectáculos en vivo con escenas pornográficas con menores (art. 128, 1º), o distribuyese imágenes pornográficas de menores (art. 128, 2º) o bien, facilitase el acceso a espectáculos pornográficos o suministrase material de ese tipo a menores (art. 128, 3º, CP), desde el punto de vista canónico incurriría en el delito tipificado en el m. pr. SST, como «delitos contra el sexto mandamiento cometido por un clérigo con un menor»<sup>195</sup>.

Sin embargo, con respecto al art. 128, 3º, podríamos encontrarnos con que el clérigo no haya cometido un delito según la ley Argentina, ya que la misma se refiere, en estos casos, sólo a menores de catorce años, aunque sí incurriría en un delito canónico porque el m. pr. SST, ha establecido, derogando incluso en este aspecto al CIC 83, que en relación a los abusos sexuales cometidos por clérigos son menores quienes tienen menos de dieciocho años.

195 Juan Pablo II, SST, Normas sustanciales y procesales, art. 4º.

No hemos encontrado, en Argentina, acusaciones contra sacerdotes en relación a estos delitos, aunque en otros países hubo algunos casos<sup>196</sup>.

## 10. EXHIBICIONES OBSCENAS

### 10.1. Norma legal

Art. 129. «Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

*Si los afectados fueren menores de dieciocho años, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de menor de trece años».*

### 10.2. Bien jurídico protegido

Aunque con algunas excepciones<sup>197</sup>, los autores coinciden en señalar que lo que se protege es, por una parte, el derecho del sujeto adulto a no ser confrontado involuntariamente con la pornografía o con el acto sexual de otros y, por otra, el derecho del que no tiene suficiente madurez «para decidir con libertad, al que se convierte en un mero objeto pasivo del placer sexual ajeno»<sup>198</sup>. Por tanto, «el bien jurídico no es ya el pudor público, entendido como sentimiento medio de decencia sexual»<sup>199</sup>.

### 10.3. Sujeto del delito

Sujeto activo puede ser cualquier persona.

196 Cfr. John Jay College of Criminal Justice, Study of the Nature and Scope of Sexual Abuse by Catholic Priest and Deacons in the United States 1950-2002. Study of the Causes and Context of the Crisis of Sexual Abuse of Minors in the Catholic Church in the U.S., Washington, D.C. 2004, 73: Varones que dijeron que los clérigos les habían mostrado pornografía: 223; mujeres 9; varones que dijeron que los clérigos les habían mostrado videos pornográficos 142; mujeres 6, esto da un total de: 380 menores, entre ambos sexos. Estas estadísticas no implican que estos clérigos hayan tenido esta única conducta impropia, sino que por el contrario puede coincidir con otras.

197 Cfr. R. E. Figari, oc., 383; Cfr. C. Edwards, Delitos contra la integridad sexual, Buenos Aires 1999, 86.

198 F. Muñoz Conde, oc., 201, citado por: V. F. Reinaldi, oc., 218; Cfr. G. A. Arocena, oc., 155; Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 186.

199 V. F. Reinaldi, oc., 219.

Sujeto pasivo es cualquier persona obligada por el autor a ver un acto obsceno sin su consentimiento e, incluso, aún con éste, si se trata de un menor de trece años que no está capacitado para darlo válidamente.

#### 10.4. *Tipo objetivo*

La acción típica consiste en ejecutar o hacer ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas.

Por tanto «la mera exhibición del cuerpo desnudo o de partes de éste no constituyen obscenidad, en los términos del art. 129 del CP, si no han realizado actos o tenido actitudes que tiendan a revestir la desnudez de una finalidad obscena»<sup>200</sup>.

#### 10.5. *Tipo subjetivo*

La mayoría de los autores consideran que la exhibición obscena es un delito doloso en cualquiera de sus modalidades, sin que sea menester un especial ánimo lúbrico o de algún elemento subjetivo que lo contenga, es decir, que se admite el dolo eventual<sup>201</sup>.

Ni la ley, ni el concepto de exhibición de actos obscenos, admiten la forma culposa, quien es visto por un descuido, no está exhibiendo nada<sup>202</sup>.

#### 10.6. *Agravantes*

El delito se agrava si la víctima es:

- a) menor de dieciocho años
- b) menor de trece años

En las exhibiciones ante los menores de dieciocho, pero mayores de trece, el hecho sólo es delictivo si no hubo consentimiento. En cambio, cuando se trata de menores de trece años, el delito se consuma independientemente de la voluntad de esos menores.

<sup>200</sup> Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de la Capital Federal, 1998/10/27, P., S.A., L.L. 1999-C, 639, citada por: R. E. Figari, oc., 386, nota 11.

<sup>201</sup> Cfr. R. E. Figari, oc., 392; Cfr. V. F. Reinaldi, oc., 224; Cfr. A. M. Tenca, oc., 199; Cfr. G. A. Arocena, oc., 159.

<sup>202</sup> R. Núñez, Manual de Derecho, oc., 124: «El delito sólo es imputable a título de dolo. Este requiere intención pornográfica».

## 11. DELITOS DEL ART. 129 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO Y LOS CLÉRIGOS

Las únicas agravantes de este delito son en relación a la edad de la víctima, no se establece nada respecto de quién es el que comete el delito o su relación con la víctima. Por lo cual un clérigo que, se viese incurso en alguno de estos delitos, recibiría la misma pena que cualquier otra persona.

Desde una perspectiva canónica, un clérigo que ejecutara, o hiciese ejecutar por otros, actos de exhibiciones obscenas, si el sujeto pasivo es un menor de dieciocho años, cometería un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo; a diferencia del DPA que no considera que haya delito cuando los mayores de trece años participan voluntariamente de estos actos<sup>203</sup>.

No hemos encontrado acusaciones acerca de este tipo de delitos contra clérigos en Argentina.

## 12. DENUNCIA PENAL ANTE LAS AUTORIDADES

Art. 132 del CPA: *«En los delitos previstos en los artículos 119, 1º, 2º, 3º; 120, 1º y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda de las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es el modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo de interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quáter del código Penal».*

Art. 72 del CPA: *«son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los Arts. 119, 120, y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91 (...) En los casos de este*

203 R. E. Figari, oc., 395: «Se advierte (...) que en el caso de los menores de dieciocho pero mayores de trece, el hecho se considera típico si no hubo consentimiento por parte de ellos...».

*artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél».*

Es claro, según los artículos recientemente enunciados, que los delitos de abuso sexual, indicados por los arts. 119 y 120 del Código Penal, al ser de instancia privada, sólo pueden ser denunciados por la víctima, cualquiera sea su edad, o, en su defecto, quienes están a su cargo.

Cabe destacar que la víctima, por exigencia de la ley, debe estar asesorada o representada, por instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro<sup>204</sup>.

Además, la ley otorga a los mayores de dieciséis, la posibilidad de proponer un avenimiento con el imputado, salvo en los casos de corrupción, prostitución, rufianismo, trata de personas y los delitos atinentes a la pornografía y exhibiciones obscenas<sup>205</sup>. Esta novedad introducida por la ley 25.085, busca que se termine el conflicto de manera más equitativa para la víctima<sup>206</sup>, pero con la condición de que haya existido, con el imputado, una relación afectiva preexistente, terminología por cierto poco precisa. Por supuesto que hay que excluir los supuestos de agravantes, es decir, ascendientes, descendientes y afines en línea recta, hermano, tutor o curador, ministro de algún culto y encargado de la educación o de la guarda.

Para realizar la denuncia no se requiere formalidades especiales es suficiente con poner en conocimiento del supuesto delictivo a la autoridad pública judicial o policial<sup>207</sup>.

Finalmente, los autores son coincidentes en señalar, que en todo caso, el art. 72 debe prevalecer frente al art. 132, porque a las personas que allí se mencionan, la ley les ordena «velar por la integridad de los menores y, en principio, nadie mejor que los representantes legales saben qué es lo más beneficioso para aquéllos»<sup>208</sup>. De modo tal que, ante una denuncia formulada por el menor con el asesoramiento o representación de las ins-

204 Cfr. R. E. Figari, oc., 424; Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 201.

205 Cfr. E. A. Donna, Delitos contra la integridad, oc., 202.

206 Ibid 203.

207 Cfr. Código de Procedimientos Penal de la Nación, arts. 180-182.

208 A. M. Tenca, oc., 231; Cfr. R. E. Fiari, oc., 425.

tuciones mencionadas, «lo primero que debe hacer el juez es citar a las personas que enumera el art. 72 para ratificar la denuncia»<sup>209</sup>.

En relación a los delitos sexuales de los arts 119 y 120, si éstos son cometidos por clérigos, se puede concluir que, en principio, como puede deducirse de los arts. 72 y 132 del CP, los Obispos y Superiores mayores no pueden realizar una denuncia contra ellos, en todo caso, si lo creyeran conveniente, deberían aconsejar a algunos de los facultados por la ley que realicen la denuncia penal.

### 13. CONCLUSIÓN

A través del tratamiento de los delitos sexuales cometidos con menores de edad, en el DPA, podemos hacernos una idea clara de cómo las legislaciones seculares abordan estos delitos.

La Ley Nacional 25.087 de 1999, introdujo una modificación muy importante al cambiar el concepto de «delitos contra la honestidad sexual» por el de «delitos contra la integridad sexual»; no obstante, como hemos demostrado, este nuevo concepto sigue suscitando dudas y controversias, por ejemplo en el caso de las personas que carecen de sexualidad íntegra y por tanto podrían resultar expuestas a ser víctimas de este tipo de delitos; en consecuencia hubiese sido más apropiado, jurídicamente, defender la libertad e indemnidad sexual.

Asimismo, es posible observar que en algunos aspectos, tales como el concepto de madurez o corrupción, entre otros, la ley es imprecisa; más conflictiva resulta la ubicación de la *fellatio in ore*, que da lugar a diversas corrientes de interpretación por no haberse resuelto en forma clara su tipificación.

En relación a la pornografía infantil, se puede concluir que esta ley no otorga todas las herramientas necesarias para combatir este mal de un modo eficaz, por lo tanto se hace inevitable una reforma urgente en ese aspecto.

Además, la ley muestra algunas incoherencias en la protección del normal desarrollo de la sexualidad de los menores. Como se ha señalado en su momento, resulta incomprensible que la ley prohíba a un menor de 14 años observar una revista pornográfica pero que, en determinadas oca-

209 Cfr. A. M. Tenca, oc., 231-232.

siones, a partir de los trece años pueda mantener relaciones hetero u homosexuales con mayores.

No es necesario detenernos en más detalles sobre la ley, porque ha sido suficientemente analizada en el transcurso de este artículo, baste decir, entonces, que respecto de nuestro objeto principal de estudio, los menores, la reforma introducida por la ley 25.087, ha intentado brindar a los mismos una mejor protección contra las conductas sexuales delictivas. No obstante, todo parece indicar que, tarde o temprano deberán corregirse las imprecisiones de esta ley que en muchos aspectos no es clara, ocasionando de este modo, diversas interpretaciones, cuestión particularmente grave en el Derecho Penal, donde es de esperar una terminología muy precisa.

Asimismo, resulta urgente que se incorporen las herramientas adecuadas para combatir de manera eficaz los delitos sexuales con menores que se cometen utilizando los medios informáticos actuales.

De todas maneras, la ley debe ser respetada y aplicada de forma que ocasione el menor daño posible, lo cual no se opone a continuar con el estudio y análisis reflexivo de la misma, para que en el momento oportuno se pueda contribuir a conseguir una ley más efectiva en la defensa de los menores de edad contra los delitos sexuales. Las crecientes denuncias sobre estos delitos nos obliga a ello.

Finalmente, es posible observar las notables y comprensibles diferencias que existen entre el ordenamiento penal argentino y el canónico. De todos modos, queda en evidencia que la terminología utilizada tanto por el Derecho Canónico, en el c. 1395 §2, como por el *m. pr. Sacramento-sanctitatis tutela*, no parece ser la más apropiada desde la técnica penalística porque es demasiado genérica y ambigua, de modo tal que hace muy difícil configurar el delito, la misma abarca una amplia gama de figuras delictivas poco claras.

Parecería ser que la normativa canónica soslaya que estos delitos tienen manifestaciones de conductas muy diferentes unas de otras y son de una gravedad ciertamente distinta. Aún cuando los objetivos del ordenamiento canónico y del estatal sean diferentes, sigue siendo necesario, a nuestro entender, una mayor precisión en la configuración de este delito en el Derecho Canónico.

No obstante lo expuesto, puede afirmarse que el ámbito de protección, respecto de los delitos sexuales con menores, en la normativa canónica es mayor. En efecto, recordemos que ella entiende por menor de edad a quienes tienen menos de dieciocho años. En igual sentido, no hace

distinción respecto de los actos sexuales llevados a cabo con menores, ni si los mismos prestan o no su consentimiento.

De todos modos, más allá de estas cuestiones, hay que reconocer que tanto el *m. pr. Sacramentorum sanctitatis tutela*, como así también numerosas legislaciones y documentos, publicados en diversas Iglesias Particulares, reafirman el interés de la Iglesia por la protección de los niños y jóvenes, quedando atrás algunos errores cometidos en el pasado en un sincero intento de resolver la grave situación suscitada a causa de los abusos sexuales cometidos por algunos clérigos.

#### INDICE DE SIGLAS

AADC	Anuario Argentino de Derecho Canónico
AS	Acuerdos y Sentencias
B.O.	Boletín Oficial
BJC	Boletín de Jurisprudencia de Córdoba
c. / cc.	canon / cánones
CC	Código Civil
CCiv	Cámara Civil
CCrim	Cámara Criminal
CDF	Congregación para la Doctrina de la Fe
CIC	Código de Derecho Canónico
CNCP	Cámara Nacional de Casación Penal
CNCRIM	Cámara Nacional Criminal
CNGrimCorr	Cámara Nacional Criminal en lo Correccional
ED	Revista «El Derecho»
eIDial	Biblioteca Jurídica Online (Argentina)
IVC	Institutos de Vida Consagrada
JA	Revista «Jurisprudencia Argentina»
LL	Revista jurídica «La Ley»
LO	Ley Orgánica
m. pr.	Motu propio
REDC	Revista Española de Derecho Canónico.
Rta.	Respuesta
SC	Suprema Corte
SCBA	Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires
SST	Sacramentorum sanctitatis tutela, Motu propio
SVA	Sociedades de Vida Apostólica
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
USCCB	Conferencia Episcopal de EE. UU.
VC	Vida consagrada
vol.	Volumen

Dr. Ricardo Daniel Medina