

¿ El beso compulsivo constituye abuso sexual?

por Rubén E. Figari

Sumario: 1- Introducción. 2- El hecho materia de análisis. 3- El bien jurídico protegido en la rúbrica “Delitos contra la integridad sexual”. 4- El bien jurídico protegido en el Art. 119 1º párr. del C. P.. 5- La conducta típica en el abuso sexual. 6- Contenido de la acción típica. 7- Respuesta a la pregunta.

1- Introducción

Es mi intención comentar el pronunciamiento interlocutorio de la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ⁽¹⁾ “Galeano, Lorenzo Vidilfo -sobreseimiento abuso sexual”, con independencia de su provisoriedad y a los fines de poder evaluar si el encuadre legal que se le adjudica a Galeano se ajusta a la normativa fondal en orden al delito de abuso sexual simple (Art. 119 párr. 1º C.P.).-

2- El hecho materia de análisis

De acuerdo al pronunciamiento del tribunal, la causa llega hasta esa instancia, en virtud de una impugnación recursiva deducida por el fiscal en contra de la resolución del juez de primera instancia que ordenó el sobreseimiento de Galeano para quien consideró que había una adolencia de elementos probatorios como para tener por acreditado el hecho y por otra parte, en caso contrario, consideraba que la conducta desplegada por el agente era atípica.-

La circunstancia fáctica se desarrolla en un ascensor ubicado en un edificio sito en la avenida del Libertador 6255 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando el sujeto activo interceptó a C.V.E., quien se encontraba dentro del mismo en la planta baja y en forma violenta y sorpresiva se abalanzó sobre la presunta víctima y cubriéndole el cuerpo con sus brazos, la intentó besar en la boca tomándola de ambas mejillas fuertemente y comenzó a darle besos en la zona del cuello mientras que la damnificada se resistía moviéndose para tratar de eludir la situación incómoda en que se encontraba y corría la cabeza para evitar que la besara en la boca. C.V.E increpó al atacante diciéndole sorprendida “¿Qué haces?”, y luego del incidente comenzó a sonar la alarma del ascensor, activada por aquélla, al ejercer fuerza con sus brazos logra zafar del atacante y comienza a llorar. Ante tal situación, el agresor permitió que cerrara la puerta del ascensor pudiendo la damnificada descender en el piso tercero, en el cual habita una amiga, quien escuchó la alarma del ascensor y luego observó el ingreso de

¹ Fallo en www.LexisNexis.com.ar acceso 23/08/07 y www.eldial.com.ar acceso 27/08/07.

C.V.E. presa de un ataque de llanto. Cabe señalar que el imputado se desempeñaba como encargado de seguridad del edificio.-

El tribunal hace una evaluación de la prueba incorporada en el legajo hasta ese momento en base a los testimonios y demás elementos probatorios y arriba a la conclusión de que existen elementos suficientes para sostener *prima facie* la responsabilidad penal del imputado, “sin perjuicio de la necesidad de avanzar con la investigación para dotarla de mayores elementos” como así también sostienen que “estos testimonios – en alusión a los de la damnificada, amiga y dueña de la casa –, de los cuales no hay razones para dudar, que hacen una concreta alusión a la imputación y se refieren a un marco temporal que carece de solución de continuidad, impiden, sin lugar a dudas, arribar al grado de certeza negativo que exige el sobreseimiento para su viabilidad”.-

Por consiguiente, estima el tribunal que resta determinar si la conducta de Galeano podría constituir delito. En este trance, aluden a un caso similar resuelto por la misma sala y señalan que las conductas abarcadas por el primer párrafo del Art. 119 C.P., debido a su ambigüedad, conllevan a que, en casos como el presente deban ser ponderados teniendo en cuenta las concretas situaciones que los rodean. Textualmente explicitan “Básicamente, lo que debe intentar determinarse en sí a partir de tales conductas puede advertirse un contenido de corte sexual o impúdico (en cuyo caso el hecho sería típico) o no. En otras palabras: el simple beso, aún no consentido, aplicado en la mejilla, puede no resultar típico si se halla rodeado de ciertos elementos que demuestran la falta del apuntado contenido de índole subjetivo – esto es, ligado a lo sexual –. En nuestro caso, no parece haber mayores inconvenientes para, sobre dicha base y en principio, sostener el carácter delictivo del hecho investigado. En esa línea, cabe tener presente que la libertad sexual de E., bien puede considerarse afectada por el accionar de quien aplicando violencia, procuró besarla en la boca contra su voluntad y, efectivamente lo hizo en otras zonas (cuello), tanto tradicional como socialmente vinculadas a lo erógeno. A diferencia de otros casos, en el presente sí puede advertirse que el beso – que, como se dijo, puede tener múltiples significados por fuerza de lo sexual o impúdico – se puede subsumir en la figura prevista en el inciso 119 del Código Penal: ha significado un indudable avance sobre la libertad sexual de la víctima y posee un claro contenido impúdico desde lo subjetivo”, por lo que concluyen en que la conducta que se le endilga a Galeano encuadra en la figura del Art. 119, párr. 1º del C.P..-

3- El bien jurídico protegido en la rúbrica “Delitos contra la integridad sexual”.

A partir de la ley 25.087 (14/04/1999 B. O. 14/05/1999 - ADLA 1999 - B, 1484 - DT 1999 - A, 1154) como bien se sabe, se reformula el antiguo Título III “Delitos contra la honestidad” por la nueva denominación de “Delitos contra la integridad sexual”, y consecuentemente se hace lo propio con todas las figuras contenidas en el mismo.-

Ya se advertía con anterioridad a la reforma, que el punto aglutinante de todas las figuras que abarcaba el Título III está centrado en lo sexual, es decir, que se trata en definitiva de delitos de índole sexual, no advirtiéndose un bien jurídico exclusivo inmanente a todas las figuras. Al adoptarse la denominación de “Delitos contra la integridad sexual” el legislador trató de llevar a cabo una especie de reinención del bien jurídicamente protegido pues adopta un criterio de integridad y no un concepto un tanto indefinido como es el de “honestidad” (²). DONNA efectúa una crítica a esta nueva rúbrica en similares términos que se le hacía a la anterior, pues dice que: “No es aceptable un Derecho Penal que no tutele bienes sino normas éticas o morales, o, lo que es lo mismo, que no garantice bienes jurídicos sino que indique la manera en que habrán de usarse esos bienes aún cuando de su uso diferente no derive afectación alguna de bienes jurídicos ajenos” (³).-

Ya con anterioridad el Proyecto Peco de 1941 ubicó a los delitos de que se trata bajo la denominación “Delitos contra las buenas costumbres”. El Proyecto de 1951 los tituló “Delitos contra la libertad sexual” y en 1960 el Proyecto Soler receptaba la idea “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual”.-

En al ámbito de la legislación comparada se advierte que por ejemplo el Código Penal Alemán lo trata como “Delitos contra la autodeterminación sexual”; el Código

² En el debate en la Cámara de Senadores el Senador Yoma entre otros conceptos expresaba: “... Esencialmente, las figuras que contempla son importantes. El Proyecto que viene de la Cámara de Diputados plantea básicamente algunas modificaciones. En primer lugar, en el título, al plantear los actuales delitos contra la honestidad como delitos contra la integridad sexual. Esto responde a lo que es la tendencia moderna en este tema. El término “Delitos contra la honestidad” es anacrónico. El Código Penal Portugués y el Alemán han ido haciendo modificaciones en ese sentido. En el Código Alemán, por ejemplo se hacía alusión a los “Delitos contra la moralidad”, que fue sustituido por “Delitos contra la autodeterminación sexual”. El Código Portugués, a su vez, planteó a estos delitos como “Delitos sexuales” y el Código Español, que tenía la misma caracterización que el nuestro – “Delitos contra la honestidad” -, utiliza términos que creemos que son correcto y que se ajustan a la realidad, es decir, “Delitos contra la libertad sexual”, o lo que sería contra la “Autodeterminación sexual” en el caso de Alemania. La Cámara de Diputados utilizó el término “Delitos contra la integridad sexual”, que no nos gusta porque se vincula también con el tema de la virginidad y con conceptos que son obviamente anacrónicos frente a la nueva realidad social. Pero no es un tema central, con lo cual la modificación que pensábamos proponer no la llevaremos adelante ...” Antecedentes Parlamentarios, p. 1622.

³ DONNA, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 10 citando a DIEZ RIPOLLES.

Portugués habla de “Delitos sexuales”; el Francés “De las agresiones sexuales”; el Mexicano los titula “Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”; el Paraguayo, “Hechos punibles contra la autonomía sexual”; el Peruano, “Violación a la libertad sexual”; el Español, “Delitos contra la libertad sexual”; el de El Salvador los llama “Delitos contra el pudor y la libertad sexual”; Ecuador, “De los delitos sexuales contra el pudor, etc.”; Venezuela, “Delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias”, Brasil, “De los crímenes contra las costumbres”; Uruguay, “De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias” y Chile, “Crímenes y simples delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública”.-

VILLADA señala que la variedad de denominaciones obliga a precisar el objeto de protección legal - penal, ya que no se pueden analizar los distintos tipos de un microsistema punitivo que la ley implementa en una determinada materia, sino a partir del bien jurídicamente preponderante que la ley ha escogido para su protección ⁽⁴⁾.-

De ello se desprende que es necesario indagar un poco sobre la acepción lingüística del término “*integridad*”. Ello significa: “entero, completo, que no faltan partes, probo, desinteresado”. Esto llevó a decir a CARRERAS que la expresión “Delitos contra la integridad sexual” es un despropósito pues el vocablo en su segunda acepción expresa: “Cualidad de una persona íntegra, recta, honesta”. “Por lo tanto la nueva rúbrica no aclara nada sobre cuál es el bien jurídico: en otras palabras se agregó “sexual” al término honestidad (disfrazado con el vocablo “integridad”)” ⁽⁵⁾.-

En un recorrido sobre las opiniones que vierten los distintos autores que han abordado el tema se puede advertir que, por ejemplo, PARMA sostiene que la variante introducida resguarda la libertad en su proyección hacia la sexualidad y la integridad física, psíquica y espiritual de la persona, valores supremos, de proyección constitucional ⁽⁶⁾.-

VILLADA los enfoca como una protección hacia la dignidad sexual de la persona, en tanto forma parte de un concepto integral del ser humano ⁽⁷⁾.-

Por su parte EDWARDS cree que el nombre más correcto que debía llevar este título es el de los delitos contra la “libertad sexual” pues lo que se intenta proteger es la libertad de determinación en materia sexual, la que puede ser atacada cuando se atenta

⁴VILLADA “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 9.

⁵ CARRERAS “*Los delitos contra la honestidad y su modificación por la ley 25.087*” L.L. 2000 – C - 1059.

⁶ PARMA “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 20.

⁷ VILLADA (ob. cit. p. 12).

contra esa libertad, como sucede con la violación, el abuso deshonesto o el estupro, o se vulnera el sano desarrollo de la sexualidad, como en el delito de corrupción, o cuando se menoscaba el derecho que tiene la sociedad a no soportar manifestaciones torpes de lo sexual, como en el caso de la pornografía o las exhibiciones obscenas y se deben atener a determinados conceptos culturales sobre lo que es o no normal adoptándose una pauta de interpretación común “al hombre término medio” a fin de no pecar ni por exceso ni por defecto ⁽⁸⁾.-

GAVIER se inclina por que la nueva sistematización protege la reserva sexual, entendida ésta como el derecho que tienen las personas a un consciente y voluntario trato sexual, lo que comprende el derecho de mantenerlo con quien les plazca, en la forma que quieran y en las circunstancias que lo deseen ⁽⁹⁾.-

CREUS - BUOMPADRE considera que la novedad legislativa importa un empleo irregular de la expresión “integridad sexual”, tanto o más que la de “honestidad”. En realidad lo que se estaría protegiendo es la integridad de la persona, uno de cuyos aspectos es el normal despliegue de lo sexual, con lo que la integridad sexual se fracciona en la suma de aspectos parciales que antes cubrían los títulos penales reunidos bajo el rubro honestidad. Entonces, más bien lo que ha cambiado son particularidades de algunos modos de ataque de bien jurídico. El término integridad empleado en la ley traería una referencia al normal ejercicio de la sexualidad, básicamente sustentado sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad de mismo, que depende tanto de circunstancias individuales como del entorno social ⁽¹⁰⁾.-

CLEMENTE expresa que el objeto protegido por los delitos bajo examen abarcan una faz específica de la libertad individual (la libertad sexual) sea tomada desde un punto de vista positivo o negativo (reserva sexual): “el autor abusa o aprovecha la circunstancias o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o con violencia elimina el mismo, reemplazando así la voluntad de la víctima (efectiva o presumida por la ley), por la suya” ⁽¹¹⁾.-

DONNA desde su óptica, estima que el bien jurídico “integridad sexual” no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de dieciocho años, y el libre

⁸ EDWARDS “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1999, p. 7.

⁹ GAVIER “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 18.

¹⁰ CREUS - BUOMPADRE “*Derecho penal. Parte especial*”, 7ª Edición actualizada y ampliada, t. I Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 180.

¹¹ CLEMENTE. “*Abusos sexuales*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 26.

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 ⁽¹²⁾.-

REINALDI sostiene que el bien de las personas “integridad sexual” al que la ley 25.087 brinda tutela, puede caracterizarse ahora como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad; y a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de trece años de edad o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento. O de quienes, o aunque hayan cumplido los trece años pero no han superado los dieciséis, no han alcanzado aquella plena capacidad y pueden, por ello, ser víctimas de aprovechamiento. O de los que hayan cumplido los dieciséis pero no los dieciochos y pueden sufrir una deformación del sentido naturalmente sano de la sexualidad en virtud de actos de promoción y facilitación de la corrupción o prostitución de menores de 18 años y respecto a esta última y otras conductas vinculadas a ella, como lo rufianería o la trata de personas, aun cuando fuesen mayores de esa edad ⁽¹³⁾.-

PANDOLFI critica el nombre elegido como rúbrica del título al cual considera no muy feliz y por su parte, sugería como apropiado, la nómina de “Delitos sexuales” o “Delitos contra la autodeterminación sexual” ⁽¹⁴⁾.-

A su entender AROCENA contempla que el bien jurídico “integridad sexual” puede caracterizarse como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consiente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad, y el derecho a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces no pueden manifestar válidamente su consentimiento ⁽¹⁵⁾.-

Finalmente, BUOMPADRE al abordar el tema, explica que la integridad sexual como bien jurídicamente protegido en el título III, importa un segmento de un bien jurídico más general: la libertad personal entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. También entiende que la denominación “libertad sexual” es la más adecuada para denominar al bien jurídico pues abarca tanto la sexualidad de los adultos como la de los menores incapaces. La integridad sexual no

¹² DONNA (ob. cit. p. 12).

¹³ REINALDI. “*Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087*”, 2º Edición actualizada con doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, ps. 36/37.

¹⁴ PANDOLFI “*Delitos contra la integridad sexual. (Ley 25.087)*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 21.

¹⁵ AROCENA “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 28.

es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, pues todo atentado contra ella conlleva una ingerencia intolerable a la dignidad del ser humano y afecta el derecho de toda persona a su autorealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad (¹⁶).

TENCA no está de acuerdo con los autores que le conferían diversa protección a los bienes jurídicos de los delitos considerados anteriormente contra la honestidad, pues luego de hacer un análisis de cada una de las tipologías concluye en que el factor dominante se sienta en la protección de la libertad. Así expresa que: “Resulta claro que todos los delitos contra la libertad afectan la integridad, privacidad e identidad, pero ello no empece a que el bien jurídico protegido sea la libertad, con independencia de las consecuencias que la violación de ese bien jurídico puede ocasionarle a la persona. Por todo lo expresado, consideramos que el título apropiado debió ser lisa y llanamente “Delitos contra la libertad sexual”, tal como lo designa el Código Penal español de 1995, en el que se inspiró gran parte de la reforma” (¹⁷).

En los Antecedentes Parlamentarios de la ley 25.087 el Diputado Cafferata Nores había expuesto que se había redefinido el bien jurídicamente protegido que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima como ocurría con la anterior denominación. Decía que: “Una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón. La vieja idea del honor, asociada a ciertos tipos penales, refleja no sólo una dimensión ideológica, ligada al temor por ese escándalo, sino que facilitan la imposición de valores culturales dominantes, propios del mundo masculino. En definitiva, las agresiones de referencia afectan, no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque también afectan a la vez a su libertad y a menudo equivalen a una privación de esa libertad, las personas afectadas viven esas situaciones sobre todo como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá que esos delitos afecten también a sus familiares, tutores, al Estado, etc., correspondiendo, por lo tanto,

¹⁶ BUOMPADRE “*Derecho Penal. Parte especial*” t. I, Ed. Mave, Buenos Aires, 2000, p. 335.

¹⁷ TENCA. “*Delitos sexuales*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, ps. 14 y sgtes.).

concebir a estos delitos como delitos contra las personas al igual que otros delitos concedidos como tales” (18).-

Conforme a lo antes dicho se puede colegir que tanto desde la intención legislativa que emerge de los Antecedentes Parlamentarios, como de la doctrina que se ha elaborado hasta el momento, el título abarca todos aquellos delitos de índole sexual y que cada uno, como también se vio, tienen un bien protegido un tanto disímil, - salvo la opinión de TENCA - pero que en su conjunto y con la nueva expresión “integridad sexual” se pretende aludir a la protección de las personas desde el punto de la intangibilidad e integridad física, psíquica y también correlativamente a la libertad de autodeterminación sexual que así puedan manifestar. Resumiendo, el título en cuestión hace a la lesión y dignidad de la sexualidad de las personas desde cualquier punto de vista que se lo mire, pues se trata de un concepto homogéneo. Para reafirmar estos conceptos viene al caso las reflexiones de LATORRE LATORRE quien al hablar sobre este tipo de delito considera que: “Una configuración de estos delitos bajo el toldo de la libertad sexual parece francamente insuficiente. La libertad sexual entendida como derecho a no ser tocado sexualmente por quien el sujeto no quiere, pone el acento en la voluntad del sujeto. Toda contrariedad a dicha voluntad en esta materia habrá de girar sobre una modalidad delictiva. Sin embargo, resulta difícil imaginar que, por ejemplo, la violación, únicamente se contraría la voluntad del sujeto, que baste la libertad para completar el total desvalor. Al violado desde luego se le ha lesionado su libertad, su libertad sexual, pero se ha lesionado algo más, algo que requiere un recurso a otro bien jurídico que ha de completar el total desvalor ...” (19). Por ello en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, del 30 de abril que modifica el título VIII, del libro II, del Código Penal Español se señala que los bienes jurídicos en juego “no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser

¹⁸ Antecedentes Parlamentarios, p. 1614 y CAFFERATA NORES “*El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual*” L.L. 2000 – C - 251

¹⁹ LATORRE LATORRE “*Agresión sexual o violación ¿Una cuestión meramente nominal?*”, en “*Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*”, año I, Nº 2 – 2001, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 31/32

considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos” (20).-

4- El bien jurídico protegido en el Art. 119 1º párr. del C. P..

Aquí se patentiza en el bien jurídico protegido la libertad sexual de las personas que se ve conculcada por un atentado violento o abusivo que en definitiva afecta un derecho individual referido específicamente a su perfil sexual (21). En tanto que cuando dicho abuso sexual tiene como sujeto pasivo un menor de trece años, allí se conculca la sexualidad del menor en lo que atañe a su desarrollo potencial (22).-

Pero en este aspecto hubo algunas variantes de concepto pues por ejemplo, algunos sostuvieron que el bien jurídico protegido lo imponía la reserva sexual, entendida ésta como el derecho a la incolumidad del consciente y voluntario comportamiento sexual y al desarrollo pleno de la propia personalidad que se alcanza cuando se puede ejercitar aquel derecho (23).-

Otros lo concibieron como una mixtura donde se conculcaba una faz específica de la libertad individual (libertad sexual), sea tomada desde un punto de vista positivo o negativo (reserva sexual): “el autor abusa o aprovecha las circunstancias o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento, o con violencia elimina al mismo, reemplazando así la voluntad de la víctima (efectiva o presumida por la ley), por la suya” (24).-

5- La conducta típica en el abuso sexual.

La norma contiene dos situaciones fácticas como son: un abuso (25) o agresión sexual contra un menor de trece años, considerándose irrelevante su consentimiento “*iure et de iure*”, y un abuso o agresión sexual contra una persona, cualquiera sea su edad pero contando que medie violencia, intimidación, abuso coactivo o intimidatorio

²⁰ FIGARI “*Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual.*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, ps. 45/46.

²¹ Idem (ob. cit. p. 53) y “*El abuso sexual según la ley 25.087*” en “*Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Porcesal Penal y Criminología*”, año II nº III – 2002 Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2002, p. 202; CASTRO “*¿Un beso y nada más?. A propósito del artículo 119 primer párrafo del Código Penal*” LL 2003 E – 59.

²² BUOMPADRE (ob. cit. p. 342); DONNA (ob. cit. p. 17); EDWARDS (ob. cit. p. 12); CREUS “*Delitos sexuales según la ley 25.087*” J.A. 1999- III - 807; PARMA (ob. cit. p. 19 aunque prefiere la denominación “*Delitos contra la autodeterminación sexual*” que corresponde al Código Penal Alemán).

²³ REINALDI (ob. cit. p. 41, citando a NUÑEZ); GAVIER (ob. cit. p. 18); VILLADA (ob. cit. p. 41); AROCENA (ob. cit. p. 37).

²⁴ CLEMENTE (ob. cit. p. 26).

²⁵ Abuso significa un exceso o demasía indebidos en la realización de un acto, en este caso de índole sexual.

de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente el acto.-

Ambos tienen un común denominador que es el de abusar sexualmente de otra persona, o sea, que se ejecutan actos de tal contenido, tales como tocamientos o contactos corporales, de un sujeto con otro o con un tercero, de aproximación de objetos a partes del cuerpo que tengan connotación sexual.-

Pero esto en la práctica no se presenta en una forma tan lineal y el problema, tal como lo advierte BUOMPADRE, se da en aquellas situaciones límites que son objetivamente indiferentes con relación al sexo o que pueden tener más de un significado, pone por ejemplo, el beso, el abrazo, las caricias, el examen médico ginecológico, etc. ⁽²⁶⁾.-

Para tales situaciones se dice que la doctrina prevé la exigencia de una intención o un ánimo especial del agente en la concreción del tipo. De modo que el ilícito se da si se cuenta con el elemento subjetivo en el autor que se identifica con un propósito impúdico, lúbrico, lujurioso, etc.. “De forma tal que si el sujeto activo experimentaba alguno de estos ánimos, estábamos en el marco del abuso sexual, cualquiera haya sido la parte del cuerpo de la víctima usada por el autor” ⁽²⁷⁾. Explica, que ese carácter lascivo o libidinoso del contacto corporal ha sido reclamado por la doctrina con el propósito de reducir el ámbito de aplicación del tipo a los comportamientos inequívocamente sexuales y, al mismo tiempo, guiado por una finalidad de obtener una satisfacción sexual de manera que, conforme este criterio, no serían propiamente acciones sexuales aquellas guiadas por motivos terapéuticos, científicos o simplemente jocosos, vengativos o vejatorios. El autor entiende que, por ejemplo, el examen médico ginecológico nunca puede configurar un abuso sexual, al menos como principio general, pues deben concurrir dos presupuestos diferenciados: el consentimiento del paciente y la ausencia de alguno de los medios previstos en el párrafo 1° del art. 119.-

La doctrina subjetivista se sustenta en el hecho que el delito únicamente se tipifica cuando el autor se propone con su acto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito. Es decir, que requieren dos elementos: uno material - objetivo consistente en la celebración de actos libidinosos, no tendientes al acceso carnal, y otro, subjetivo dirigido por la voluntad y consciencia de cometer un abuso con propósito libidinoso, sin llegar al acceso carnal. Es así, que cuando falta el fin de satisfacer ese

²⁶ BUOMPADRE (ob. cit. p. 343)

²⁷ Idem (ob. cit. p. 344)

impulso de la naturaleza indicada, el delito no se da, no obstante que se ha concebido una ofensa contra la libertad sexual. Así se ha sostenido que: “Dos elementos tipifican el abuso deshonesto y están dados por uno material, objetivo y consistente en la comisión de actos libidinosos no dirigidos a la conjunción carnal, y otro subjetivo, que se determina por la consciencia y voluntad de cometer un abuso deshonesto con propósito libidinoso, sin subjeción carnal” (28).-

En realidad para aquéllos que requerían algún tipo de elemento subjetivo, como el antes enunciado, se les puede contestar que ello no es menester para la tipificación del delito, sino que el acto esté caracterizado por un contenido sexual u objetivamente impúdico, con prescindencia del elemento subjetivo ya que el objetivo de la norma es proteger la libertad corporal, con su connotación focalizada en la integridad sexual y dignidad de la persona contra el ultraje de un tercero – sin analizar sus deseos – puede constituir un abuso sexual cualquier acto con sentido objetivamente impúdico, con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea consciente (29).-

De allí que el tocamiento en las partes inverecundas de la víctima sin propósito lascivo, guiado por algún otro tipo de intención, ya sea como el de burla, venganza, humillación, etc. configura el abuso sexual, en tanto que el contacto físico con otras partes del cuerpo, aún mediando un fin sexual, no configura el ilícito (30).-

Por el contrario, DONNA advierte que hay actos que objetivamente pueden o no tener sentido impúdico en relación a lo sexual en los cuales únicamente existirá uso si el ánimo del autor es abusivo, es decir, si ofende el pudor o decoro sexual de la víctima o satisface deseos lujuriosos del autor. Cita los ejemplos que dan NUÑEZ y CREUS respecto al caso del que se aferra a la pierna de una mujer para no caerse y no incurre en la figura legal; pero si se toma de aquélla porque es de una mujer en especial, su acto es ofensivo para el decoro sexual de la víctima. Agrega que: “No ha quedado claro para la doctrina el tipo subjetivo del delito. Hay que distinguir entre el dolo del autor y el elemento subjetivo del tipo, consistente en dolo y el ánimo libidinoso. En todos los casos se exige el dolo y la intención del autor del tocamiento de una de las partes pudendas de la víctima, o cualquiera de los actos ya enumerados con anterioridad, aún con una finalidad ulterior, como ser la de la burla, de modo que se puede afirmar que existiendo actos objetivos realizados dolosamente, es decir, conociendo la objetividad

²⁸ (S.T.Chaco, sala II, septiembre 27-962) BJCH 962 – II – 203.

²⁹ DONNA (ob. cit. p. 21).

³⁰ BUOMPADRE (ob. cit. p. 345).

sexual del acto se dará el tipo penal del abuso, aunque no sea con ánimo libidinoso. Esto parece surgir no ya de la reforma, de por sí oscura, sino de los conceptos generales de lo que es el dolo dentro de la teoría del delito” (31).-

A decir verdad la concepción objetiva - subjetiva es la que ha predominado en la doctrina argentina basándose sustancialmente en dos items: a) si el acto es objetivamente obsceno, el abuso sexual o abuso deshonesto quedará consumado; b) si objetivamente no lo es, de todas formas podrá constituir delito en casos en los cuales el sujeto activo le atribuye al acto un contenido sexual desde su obrar subjetivo. Los casos jurisprudenciales de nuestros tribunales adoptan esta tesis mixta (32).-

“En consecuencia, para los tribunales argentinos el delito de abuso deshonesto se materializa con tocamientos sobre las zonas públicas, 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” (33).-

El tema a determinar es si para el acaecimiento del ilícito es menester un contacto corporal directo entre el agresor y la víctima, o no.-

Por ejemplo, DONNA entiende que el abuso sexual simple contenido en el Art. 119, párrafo primero, consiste en realizar actos corporales de tocamiento o acercamiento de carácter sexual quedando excluidos aquellos actos que importen un intento o la consumación del acceso carnal, pues ello lo regula el párrafo tercero del mencionado artículo. “De acuerdo a la redacción de la ley no hay motivo alguno para limitar la norma, habida cuenta que lo prohibido es el abuso sexual sin acceso carnal, y no hay duda que, si el autor realiza tocamientos o se hace tocar por un tercero, o se obliga a la víctima a hacerlo, está atacando la libertad sexual protegida” (34).-

BREGLIA ARIAS - GAUNA al tiempo que consideran que el bien jurídico protegido es la reserva sexual, entienden que el acto consiste en el contacto con persona

³¹ DONNA (ob. cit. p. 22).

³² “La figura del abuso deshonesto no requiere un dolo específico, sino que el elemento subjetivo del tipo no va más allá de consistir en un genérico propósito impúdico, que puede estar constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias, como por el simple conocimiento del significado impúdico que el hecho tiene para la víctima” (CNCrim. y Correc., sala III, abril 12 - 991. - Gómez, Alberto), L.L., 1992-B, 398, con nota de José Luis Puricelli.

“En el delito de abuso deshonesto el ámbito de protección es el de la reserva sexual de una persona, y el dolo no requiere ninguna especificación, sino que basta con que el sujeto sepa que toca un lugar o zona de las llamadas pudendas de la víctima” (CNCrim. y Correc., sala I, febrero 21 - 991. - Orellana, Héctor A.), L.L., 1992-B, 71, con nota de Jorge Daniel López Bolado.

“El delito de abuso deshonesto no exige como elemento subjetivo el fin de desahogar la sensualidad del autor, ni por consiguiente, un dolo específico”. (CCrim. y Correc. San Francisco); 1997/06/02; L., A. N.; LLC, 1998-884

³³ TENCA (ob. cit. p. 23/24)

³⁴ Idem (ob. cit. p. 18)

de uno u otro sexo o en la aproximación (caso del que hace desnudar), pero salvo este caso que plantea la inmediata aproximación, no puede darse el abuso sexual con “acercamiento”. “En general se trata de tocamientos inverecundos (o en hacerse tocar), con apariencia de desfogue sexual o no. No se descarta en determinadas circunstancias los tocamientos en zonas no púdicas”⁽³⁵⁾.-

En igual línea interpretativa se adscribe EDWARDS para quien también es necesario el contacto corporal con significación sexual que afecte las partes pudendas de la víctima⁽³⁶⁾.-

En similar sentido se expide VILLADA al indicar que la acción típica debe consistir en un despliegue sobre la víctima de actos corporales (impúdicos o no), contra su voluntad y que no importen un acceso carnal, o que el autor obligue a realizar a la víctima sobre su propio cuerpo actos impúdicos de contenido sexual o en el cuerpo de un tercero o por éste y que el autor obligue a tolerar a la víctima en su propio cuerpo⁽³⁷⁾.-

REINALDI sostiene que abusa sexualmente el autor que efectúa un contacto corporal que tenga significación sexual entre su cuerpo y el de la víctima o mediante un instrumento, sea o no relevante. De modo que estas acciones pueden ser la de tocar o hacerse tocar los genitales u otras partes del cuerpo que tenga aquella significación, con las manos, con la lengua o con los órganos sexuales. Un ejemplo de esto es el denominado coito *inter femora* que importa una aproximación del pene al órgano sexual de la víctima o su colocación entre sus piernas, sin penetración o con la lengua. La práctica del *cunnin lingus* puede constituir un ultraje que permanezca o no dentro del tipo básico. También se incluyen los tocamientos realizados por el sujeto pasivo en el cuerpo de una tercera persona, obligado por el sujeto activo lo cual afecta la reserva sexual de la víctima. Acota, que NUÑEZ también incluye los tocamientos que ésta se ve constreñida a realizar sobre su propio cuerpo. Asimismo señaló que puede tratarse de la aproximación de objetos, como los llamados “consoladores” o cualquier otro a partes del cuerpo ajeno que tenga connotación sexual⁽³⁸⁾. En igual sentido se expide AROCENA⁽³⁹⁾.-

³⁵ BREGLIA ARIAS - GAUNA “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado” 6ª edición actualizada y ampliada, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 1040

³⁶ EDWARDS (ob. cit. p. 14).

³⁷ VILLADA (ob. cit. p. 42).

³⁸ REINALDI (ob. cit. ps. 45/46)

³⁹ AROCENA (ob. cit. p. 38).

Para CLEMENTE el delito objetivamente exige la realización de hechos corporales de tocamientos o acercamientos con la víctima sin que lleguen al acceso carnal o a su tentativa, quedando comprendidos tanto los actos que se realizan en el cuerpo del sujeto pasivo como aquéllos que él mismo es obligado a efectuar sobre el cuerpo del autor o de un tercero, por ende, descarta la delincuencia por medio de palabras o el accionar del autor sobre su propio cuerpo presenciado por la víctima lo cual llegaría a constituir una exhibición obscena. Con idéntico criterio descarta la simple contemplación de la víctima desnuda en contra de su voluntad, y los actos ejecutados sobre un cadáver. Incluye el lesbianismo y la denominada “*fellatio in ore*”. Concluye en que: “en la medida que el acto tenga la entidad impúdica objetiva tipifica la figura aunque el autor en su “*animus*” haya tenido fines distintos pero intencionalmente realizados (v.g. el que levanta violentamente la ropa de una mujer con fines de broma). Pero si por el contrario, el acto objetivamente es indiferente en el terreno sexual o puede tener más de una significación, será el “*animus*” del autor el que permita su conversión en abuso sexual, situación que el Juez deberá valorar equilibradamente, según las circunstancias del caso ⁽⁴⁰⁾.-

PARMA puntualiza, en base a la referencia hecha por el diputado informante Cafferata Nores respecto a que la figura básica del Art. 119 es la de abuso deshonesto y se agregan agravaciones, que le parece de buen cuño mantener la construcción doctrinaria que se ha elaborado en torno a dicho delito y en esa inteligencia indica que el término abuso sexual sugiere tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima en consonancia con lo sostenido por NUÑEZ. Disiente con la posición adoptada por CREUS, quien entiende por abuso sexual como todo acercamiento o contacto con el cuerpo del sujeto pasivo con sentido sexual, aún en los casos en que no media acercamiento con los órganos del autor sino la mediación de instrumentos ⁽⁴¹⁾, pues el texto legal no alude en absoluto al mentado acercamiento, el cual además tiene la cualidad de ampliar en demasía la criminalidad de la acción ⁽⁴²⁾.-

GAVIER como CREUS sostienen que son suficientes los actos de acercamiento o de aproximación, haciendo la salvedad de que el primero entiende que el abuso sexual abarca a dichos actos de acercamiento con contenido sexual, aún en los casos en que no media el acercamiento con los órganos del autor, sino con instrumentos, tal como se

⁴⁰ CLEMENTE (ob. cit. p. 29/30).

⁴¹ CREUS (ob. cit. p. 805).

⁴² PARMA (ob. cit. p. 29/30).

indicara más arriba. Esto motiva la crítica de BUOMPADRE quien entiende que, el ejemplo del autor santafesino, encuadraría más bien en el delito del párrafo segundo del Art. 119 y no en la figura simple, ya que se estaría en presencia de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. También hace una acertada disquisición con respecto a la opinión de GAVIER, que según su óptica, se presenta como contradictoria, pues por una parte en un tramo de su exposición entiende que el delito sigue consistiendo en una irrupción indebida en el ámbito de intimidad corporal de la persona “mediante actos de aproximación” y en la página siguiente expresa que “siempre será necesario que se realicen actos materiales que impliquen un contacto del cuerpo del autor con la víctima, porque el delito, según se muestra de acuerdo a la doctrina, no puede cometerse a distancia” (43).-

Glosado este abanico de aportes consistentes en las opiniones de los autores citados, por mi parte puedo arribar a la conclusión de que el abuso sexual se concreta si se afecta físicamente el cuerpo del sujeto pasivo, tanto que el acto recaiga sobre él o que por obra del sujeto activo la víctima actúe sobre el cuerpo de éste. Quedan descartadas de plano cualquier otro tipo de actitud tales como las palabras obscenas, actitudes gestuales, el “voyeurismo”, los actos de aproximación – éstos debido a la fórmula de NUÑEZ en que este tipo de delitos no puede cometerse a distancia ni de palabra – las proposiciones deshonestas, en fin, requieren la exigencia concreta de actos corporales directos de tocamiento, excluyendo obviamente, el acceso carnal o su conato. Los actos mencionados como obligar a la víctima a desnudarse o actos de exhibiciones obscenas, automasturbación, o actos de esa naturaleza en la persona de un tercero y con la presencia del sujeto activo, no obstante estar de acuerdo en que se está afectando la libertad sexual de la víctima son supuestos más propios de la coacción. Asimismo la utilización de instrumentos cae en la órbita del sometimiento sexual gravemente ultrajante. En esto coincido con lo que sostiene BUOMPADRE (44).-

6- Contenido de la acción típica.

El abuso sexual en su forma básica requiere una circunscripción en cuanto a sus alcances, circunstancia que aún antes de la reforma dispuesta por la ley 25.087 se debatía.-

En efecto, la doctrina se divide en dos posturas: la denominada “*subjetivista*” para quien el delito se tipifica cuando el autor se propone con su acto desahogar un

⁴³ BUOMPADRE (ob. cit. p. 346)

⁴⁴ FIGARI (ob. cit. p. 62)

apetito de lujuria, pero sin llegar al acceso carnal. Por consiguiente se dan dos elementos característicos del abuso: uno material – objetivo, consistente en la comisión de actos libidinosos, y otro, subjetivo que se asienta en la libertad y conciencia de cometer un abuso con aquél propósito. Por consiguiente cuando falta el fin propuesto – impulso erótico o libidinoso – no surge el delito, no obstante la ofensa cometida contra la libertad sexual. En esta inteligencia se considera que si el acto material ha sido sólo dirigido con el fin de ofender a la víctima, se trataría de una injuria ⁽⁴⁵⁾.

En tanto que la denominada tesis *“objetivista”*, requiere que el accionar del agente tenga objetivamente un contenido sexual, prescindiendo del ánimo de aquél, pues es suficiente que el acto ofenda el pudor sexual de la víctima, vale decir, que sea objetivamente impúdico con independencia del propósito del mismo. “Para los que seguimos esta corriente, los actos objetivamente realizados de contenido sexual que avasallaron dolosamente la reserva sexual de la víctima, constituye abuso sexual aunque concurrieren otros móviles (v.g. *animus jocandi*, etc.). En este caso la exigencia es de un dolo genérico” ⁽⁴⁶⁾. Este mismo autor refiere que esos actos objetivos deben tener o revestir significados sexuales (actos objetivamente impúdicos, libidinosos, lascivos), acota SOLER: “ ... pero en la hipótesis corriente no alarguemos mucho el sentido o valor del requisito, cuando los actos en su aspecto externo presentan un significado sexualmente claro ya para el autor, ya para la víctima, ya para un tercero” ⁽⁴⁷⁾. Teniendo en cuenta el bien jurídicamente protegido – reserva sexual – no interesa el móvil del autor, sino la ofensa a la libertad sexual o pudor de la víctima. Si bien no puede negarse el contenido subjetivo del delito no debe confundirse el dolo con el *“animus”*, tal como lo afirma FONTÁN BALESTRA. “En conclusión: en la medida que el acto tenga entidad impúdica objetiva tipifica la figura aunque el autor en su *animus* haya tenido fines distintos pero intencionalmente realizados (v.g. el que levanta violentamente la ropa de una mujer con fines de broma). Pero si por el contrario, el acto objetivamente es indiferente en el terreno sexual o puede tener más de una significación, será el *“animus”* del autor el que permita su conversión en abuso sexual, situación que el Juez deberá valorar equilibradamente, según las circunstancias del caso” ⁽⁴⁸⁾.-

⁴⁵ MOLINARIO *“Los delitos”* t. I actualizado por AGUIRRE OBARRIO, Ed. Tea, Buenos Aires, 1996, p. 435.

⁴⁶ CLEMENTE (ob. cit. p. 49)

⁴⁷ SOLER *“Derecho Penal Argentino”* t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 300

⁴⁸ Idem (ob. cit. p. 30); En igual sentido SOLER (ob. cit. p. 301); “La distinta naturaleza de los actos constitutivos del *corpus* de un abuso deshonesto, tiene influencia en la estructuración del dolo del autor. Cuando ese *corpus* reside en el carácter libidinoso del acto, este lleva inherente el dolo específico

AROCENA descarta la tesis subjetivista apoyándose en algunas consideraciones que sobre el particular realiza POLAINO NAVARRETE, pero destaca que el abuso sexual comprende una hipótesis en la cual el tipo penal se configura subjetivamente en función de un componente distinto del dolo, consistente en un particular elemento del ánimo del agente que se aprovecha de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción. Por ello sostiene que el dolo requerido para el delito es, en principio, el directo. Así entiende que el acto sexual con persona imposibilitada de consentir libremente la acción, no se transforma en delito ya por el hecho de conocer que éste tiene lugar con un incapacitado, por cualquier causa, de consentir libremente, sino que se exige que el acto sexual haya tenido lugar “gracias al aprovechamiento” de la imposibilidad de consentir libremente ⁽⁴⁹⁾.-

Tomando en consideración el bien jurídico protegido es prudente advertir, en principio, que cualquiera sea el móvil que ha regido al autor, se debe concluir en que si el acto tiene en su contexto en forma objetiva un sentido sexual o impúdico, se ataca al bien de que se trata, no obstante que el sujeto activo no haya querido con dicho accionar demostrar sus impulsos sexuales ⁽⁵⁰⁾.-

7- Respuesta a la pregunta.

Ha sido menester realizar una serie de apreciaciones como las que se han hecho *ut - supra* no sólo para tener una aproximación sobre lo que se protege en los delitos contra la integridad sexual, sino también para determinar, en el tipo concreto del Art. 119 párr. 1º del C.P. (abuso sexual), cuales son las pautas objetivas y subjetivas que rigen tal figura, para poder realizar una aproximación a la cuestión que se está analizando.-

Ya concretamente y adentrándose en el caso resuelto por la Sala V de la C. N. Crim. y Correc. de la Capital Federal se observa de lo expuesto en el acápite 2º que la

consistente en la finalidad sexual del autor. Si el *corpus* del abuso tiene como sustento material una conducta susceptible de tener una significación no abusiva, sólo el dolo específico representado por la finalidad impúdica del autor puede estructurar el tipo del abuso. Por el contrario, basta el dolo común cuando el *corpus* del abuso está constituido por una conducta material cuya significación es impúdica. En este caso, el dolo puede ser directo, indirecto o eventual, y es compatible con cualquier designio del autor no tendiente a la ofensa de la honestidad de la víctima” (Cfme. NÚÑEZ “*Tratado de Derecho Penal*” t. III, Vol. II Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988.p. 316); LAJE ANAYA - GAVIER “*Notas al Código Penal Argentino. Actualización a la primera edición*” Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 172.; FONTAN BALESTRA “*Tratado de Derecho Penal*” t. V Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 163; ESTRELLA - GODOY LEMOS “*Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*” t. HI Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 410/411; BUOMPADRE (ob. cit. p. 358); VILLADA (ob. cit. p. 46); GAVIER (ob. cit. p. 27); DONNA (ob. cit. p. 22)

⁴⁹ AROCENA (ob. cit. p. 49/50)

⁵⁰ FIGARI (ob. cit. p. 106); CASTRO (ob. cit. p. 67)

cuestión fáctica transita por los perfiles del denominado “factor sorpresa” que ha sido asimilado a la violencia ya que es dable que acontezca que el sujeto pasivo sea sorprendido por algún acto abusivo del agente – como sería el presente – y por ende, no se puede dar una resistencia ya que al presentarse una situación intempestiva aparece como un tanto inviable que se pueda suponer la existencia de un peligro. El caso es que esa característica de ataque tiene lugar en contra de la voluntad de la víctima, en tanto y en cuanto no se encuentre en condiciones de resistir o impedir dicho abordamiento. Casos típicos se dan en actos abusivos como los manoseos, los besos y abrazos impúdicos “El aprovecharse de la víctima por cualquier causa, de modo que no haya podido consentir libremente, también puede ser por vía de la sorpresa con que el ataque ha sido llevado a cabo... Tanto es así, que no escapa al reproche penal la conducta del autor, si no medió consentimiento por parte de la víctima, quien, dada la agresión sexual sorpresiva, no pudo ofrecer resistencia al comportamiento del agresor” ⁽⁵¹⁾.-

Sobre el particular, TENCA describe dos posturas: a) criterio amplio en el que se considera que en el abuso deshonesto la sorpresa es una circunstancia que, respecto de determinados actos abusivos – como son los manoseos, besos y abrazos impúdicos –, ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirma la no aceptación del acto por su víctima; b) criterio restringido: se sugiere que teniendo en cuenta que el legislador no había tipificado en el anterior art. 127 del C.P. el simple manoseo, al remitir expresamente a la figura de violación, el tocamiento impúdico sin ejercicio de violencia alguna no resultaba constitutivo del delito de abuso deshonesto. Si ese hubiese sido su deseo, lo había indicado o bien no habría limitado la tipicidad a los casos en que se usan determinados medios de comisión. “La postura amplia es la que se impone. Si una persona camina por la calle y otra pasa corriendo y le toca un glúteo, la no existencia de violencia no elimina de ningún modo la sensación de sentirse abusada que seguramente sentirá la víctima. Lo mismo cabe decir si el sujeto pasivo viaja en un colectivo y, aprovechando la aglomeración el agente realiza la misma conducta. No quedan dudas respecto de que en estas situaciones cobraba vida lo prescripto en el inciso segundo del art. 119, en cuanto a que la víctima no pudo resistir, pues la circunstancias de tiempo, modo y lugar, sumadas a la velocidad del movimiento, le impidieron rechazar la acción. Lo señalado debe aplicarse a la nueva redacción del art.

⁵¹ DONNA (ob. cit. p. 27)

119, en tanto hace específica referencia a que el delito se comete cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción” (⁵²).

Sin hesitación es la postura correcta, pues no cabe duda que a la sorpresa con atinencia a determinados actos abusivos, resta expresar un consentimiento válido al acto ante la desprevenición del sujeto pasivo que es aprovechado por el activo e impide a aquél expresar cualquier manifestación de voluntad (⁵³).

Al tratar el bien jurídico protegido y afirmar que la libertad sexual, entendida como libre disposición del cuerpo, se erige en el fundamento de aquél, resume la idea de la reserva sexual como libertad de decisión ante la acción de un tercero, por ende, la decisión de con quién estar, cómo estar y a qué parte del cuerpo se puede acceder y en qué forma, simplemente no es otra cosa que una manifestación del respeto por la

⁵² TENCA (ob. cit. p. 52/53)

⁵³ “Configura abuso sexual – art. 119, párrafo primero del C.P., texto según ley 25.087 (Adla LIX-B-1484) el tocamiento de los glúteos de una mujer, de modo sorpresivo y sin su consentimiento, dado que tal conducta prescinde de la voluntad de la víctima, reduciéndola a simple objeto de dicho acto, con afectación de su libertad de determinación para aceptar o rechazar una acción de significación sexual sobre su cuerpo”

(T.Oral, Crim. N° 9/2001/04/04 – T.R.A.) L.L. 2001/06/06, p. 14, fallo 102.108

“Respecto del abuso deshonesto, la sorpresa es una circunstancia que respecto de determinados actos abusivos, como son los manoseos, besos y abrazos impúdicos, ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirmar la no aceptación del acto por su víctima”

(C. N. Crim. y Correc., sala I, 1991/02/21, “Orellana, Héctor A.”), L.L. 1992-B, 71, con nota de Jorge Daniel López Bolado.

“La sorpresa en el abuso constituye una circunstancia que, respecto de determinados actos abusivos como los manoseos, besos y abrazos, ya es suficiente para evitar la posibilidad de resistencia de la persona ofendida y afirmar la no aceptación del acto por su víctima”

(C. N. Crim. y Correc., salaVII, 1994/09/29, “J. de B., G.”), L.L., 1995-E, 170.

“El sorpresivo tocamiento impúdico por parte del imputado dentro de un ascensor, indica que la víctima no habría podido resistir la agresión sexual como consecuencia del estupor que causó en su ánimo lo súbito de aquélla, de donde lo imprevisto de la conducta veda cualquier tipo de oposición y, por ende, se adecua al tipo del abuso deshonesto (art. 119, inc. 2°, Cód. Penal)”

(C. N. Crim. y Correc., salaVII, 1995/04/06, “P., H. A.”), L.L.. 1995-D, 533, con nota de F. J. D. - DJ, 1995-2-843.

“Ante la categórica afirmación de la víctima que sufriera un tocamiento impúdico dentro del ascensor que compartiera con el imputado, quien no formuló explicaciones valederas sobre su presencia en el lugar y rápidamente proyectara su fuga, se justifica el auto de procesamiento por el delito de abuso deshonesto, no obstante la negativa del imputado y la inexistencia de otros testigos presenciales”

(C. N. Crim. y Correc., salaVII, 1995/04/06, “P., H. A.”), L.L.. 1995-D, 533, con nota de F. J. D. - DJ, 1995-2-843.

“Debe confirmarse el procesamiento del imputado por el delito de abuso deshonesto si éste se acercó a la víctima – en el caso, de una compañera de trabajo –, mientras se encontraba agachada y agarrándola por la cintura le dio un beso en la mejilla pues el Art. 119. párr. 1° Cód. Penal exige “abuso sexual”, que puede definirse por todo acercamiento o contacto con el cuerpo del sujeto pasivo, con sentido sexual aún en los casos que no medie el acercamiento con órganos del autor, pero no se exige “sometimiento sexual gravemente ultrajante”, término destinado a la conducta agravada prevista en el segundo párr. de la norma citada y que no se relaciona con la propia naturaleza del abuso sino con su duración por el carácter degradante que puede tener para la persona sometida (Del voto en disidencia del Dr. Barrosch)”

(C. N. Crim. y Correc., Sala IV, 2002/07/19, Encina Francisco-) LL 2003- E- 59 con nota de Julio Cesar Castro

dignidad humana consistente en la evitación de la “cosificación” de la persona. “Dentro de lo permitido todo, fuera de ello nada”.-

Definitivamente, y esto debe quedar en claro, el beso en si mismo no constituye un acto ilícito como tal, sino como una expresión de afecto de uso habitual y frecuente dentro de un marco civilizado que nos concierne en forma universal. No obstante, el beso dado sin autorización y cuando responde a un móvil de apetencia sexual, la cuestión cambia de rumbo.

En consecuencia, la contestación a la pregunta que titula el presente comentario es afirmativa y por ende el fallo en cuestión, estimo que es ajustado.-

BIBLIOGRAFÍA.

ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS.

AROCENA Gustavo “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001.

BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar “*Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*” 6º edición actualizada y ampliada, t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte especial*” t. I, Ed. Mave, Buenos Aires, 2000.

CAFFERATA NORES José “*El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual*” L.L. 2000 - C - 251

CARRERAS Raúl E. “*Los delitos contra la honestidad y su modificación por la ley 25.087*” L.L. 2000 - C - 1059.

CASTRO Julio C. “*¿Un beso y nada más?. A propósito del artículo 119 primer párrafo del Código Penal*” LL 2003 E – 59.

CLEMENTE José L. “*Abusos sexuales*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000.

CREUS Carlos “*Delitos sexuales según la ley 25.087*” J.A. 1999- III – 807.

CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “*Derecho penal. Parte especial*”, 7º Edición actualizada y ampliada, t. I Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

DONNA Edgardo, “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

EDWARDS Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1999.

ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto “*Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*” t. I Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

FIGARI Rubén “*Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual.*”, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003;

“*El abuso sexual según la ley 25.087*” en “*Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*”, año II n° III – 2002 Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza 2002.

FONTAN BALESTRA Carlos “*Tratado de Derecho Penal*” t. V Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1990.

GAVIER Enrique “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique “*Notas al Código Penal Argentino. Actualización a la primera edición*” Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000.

LATORRE LATORRE Virgilio “*Agresión sexual o violación ¿Una cuestión meramente nominal?*”, en “*Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*”, año I, N° 2 – 2001, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

MOLINARIO Alfredo “*Los delitos*” t. I actualizado por AGUIRRE OBARRIO, Ed. Tea , Buenos Aires, 1996.

NÚÑEZ Ricardo “*Tratado de Derecho Penal*” t. III, Vol. II Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988.

PANDOLFI Oscar “*Delitos contra la integridad sexual. (Ley 25.087)*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1999.

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

REINALDI Víctor “*Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087*”, 2° Edición actualizada con doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005.

SOLER Sebastián “*Derecho Penal Argentino*” t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970.

TENCA Adrián “*Delitos sexuales*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001.

VILLADA Jorge L. “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.