

**MENORES: DELITOS CONTRA SU**  
**INDEMNIDAD SEXUAL Y SU**  
**PERSISTENCIA EN LA SOCIEDAD.**

**TRABAJO FINAL DE GRADO**

**ABOGACÍA**

**UNIVERSIDAD SIGLO 21**

**PAROLA, MARÍA JULIA**

**AÑO 2013**

Los delitos contra la integridad sexual son a mi entender el mayor tabú, luego de la muerte. Se expandieron pasando de la intimidad familiar a la esfera global, considerándose al Derecho Penal sólo un engranaje dentro de la gran maquinaria que debe combatirlos. Incluidos en ellos, se hará hincapié en los que se suscitan en los niños hasta los trece años de edad, tiempo cronológico donde el consentimiento prestado no es válido a efectos legales. Eje central del presente trabajo será el tratamiento del abuso sexual infantil, la prostitución de niños y su corrupción, la pedofilia y pornografía infantil. Luego se intentará relacionar los mismos y adaptarlos a la actualidad, a partir de la reincidencia, del aborto fruto de una violación, la presencia del menor en el proceso judicial y la normativa existente que protege el interés de niño. Se llevó a cabo dicha investigación no sólo utilizando elementos netamente jurídicos, sino que se intentó dar un matiz psicológico, para que de esa manera se pueda conocer las diferentes personalidades de los autores y víctimas de los delitos, causas y consecuencias que surgen en el proceso del hecho típico. Es crucial poder tratar la actualidad, analizar la razón del ocultamiento y el misterio que efectúan esos hechos típicos y ante todo, tener como paradigma que el niño es PERSONA, sujeto de derechos y debe respetarse como cualquier otro ser humano, que no por el hecho de estar frente a un ser indefenso puedan violarse su dignidad y calidad de vida. El principal objetivo del trabajo es ayudar a la concientización y prevención de estas situaciones, del respeto al niño y otorgarle el cuidado que merece, y poder lograr mínimamente algún aporte que contribuya a mejorar la situación de los niños que son víctimas de dichas situaciones presentadas en la investigación.

**PALABRAS CLAVES:** abuso, pornografía, corrupción, prostitución, pedofilia, niño.

The crimes against the sexual integrity I understand to the major taboo, after the death. They expanded going on from the familiar intimacy to the global sphere, a gear being considered to the Criminal law only inside the great machinery that must attack them. Included in them, it will be emphasized in those who are provoked in the children up to thirteen years of age, chronological time where the given assent is not valid to legal effects. Backbone of the present work will be the treatment of the sexual infantile abuse, the children's prostitution and his corruption, the pedophilia and infantile pornography. Then one will try to relate the same ones and them to adapt to the current importance, from the repetition, the abortion fruit of a violation, the presence of the minor in the judicial process and the existing regulation that protects the child's interest. The above mentioned investigation was carried out not only using net juridical elements, but a psychological shade was tried to give, in order that that way it could know the different personalities of the authors and victims of the crimes, reasons and consequences who arise in the process of the typical fact. It is it crucial be able to treat the current importance, analyze the reason of the concealment and the mystery that these typical facts effect and first of all, have as paradigm that the child is A PERSON, subject of rights and must respect as any other human being, that not by the fact of being opposite to a defenseless being his dignity and quality of life could be violated. The principal aim of the work is to help to the concientización and prevention of these situations, of the respect the child and to grant him the care that deserves, and to be able to achieve minimally some contribution that helps to improve the situation of the children who are victims of the above mentioned situations presented in the investigation.

**WORDS:** abuse, pornography, corruption, prostitution, pedophilia, child.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	pág.3-6
<b>CAPÍTULO 1:</b> ASPECTOS GENERALES.....	pág.7-15
<b>CAPÍTULO 2:</b> ABUSO SEXUAL.....	pág.16- 39
<b>CAPÍTULO 3:</b> PROSTITUCIÓN INFANTIL.....	pág.40-47g
<b>CAPÍTULO 4:</b> CORRUPCIÓN DE MENORES.....	pág.48-53
<b>CAPÍTULO 5:</b> PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	pág.54-62
<b>CAPÍTULO 6:</b> PEDOFILIA.....	pág.63-68
<b>CAPÍTULO 7:</b> DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	pág.69-80
<b>CAPÍTULO 8:</b> ACTUALIDAD EN ARGENTINA.....	pág.81-102
CONCLUSIÓN.....	pág.103-105
BIBLIOGRAFÍA.....	pág.106-108

*Porque ninguna lágrima rescata nunca el mundo  
que se pierde ni el sueño que se desvanece.*

**SOR JUANA INÉS DE LA CRUZ.**

## **INTRODUCCIÓN**

Los delitos que atentan contra la integridad sexual, son para mí consideración el mayor tabú, luego de la muerte. La falta de conocimiento, los prejuicios, la idea de relacionar a estos delitos con algo abstracto, es lo que en la actualidad aumenta la impunidad y la falta de esclarecimiento.

Estamos transcurriendo sobre una época donde los delitos contra la integridad sexual se ven reflejados en los medios de comunicación, cuando el abuso o la prostitución de un menor son noticia, no se le brinda la seriedad y el compromiso de hacer algo para evitar más delitos, su reincidencia y disminuir el número de víctimas.

Los delitos que serán el hincapié de este trabajo, se expandieron desde principios de los años noventa del siglo pasado, pasando de la intimidad de la esfera familiar y el vecindario a la esfera global compuesto por la mayoría de los países. Es por eso que el abuso sexual, la prostitución

infantil, la corrupción de niños y niñas, solo se convirtieron en tema público prominente desde la década pasada, cuando la presión de las campañas públicas llevo a que los estados y organizaciones supranacionales tomaran mayor conciencia de la seriedad del problema.

Donna expresa la siguiente definición: *“El bien jurídico de la integridad sexual no es otra cosa que la libertad de la persona mayor de 18 años y el 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 aun en quien no puede hacerlo. En cuando a los menores de 13 años, el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual del niño. En este punto hay interés del Derecho de evitar que terceras personas, ajenas o no a la vida del menor, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad”*<sup>1</sup>

Se debe considerar que el Derecho Penal en relación con estos delitos, es solo un engranaje dentro de la gran maquinaria que debe combatirlos. La ley tiene que estar respaldada por una mayor y mejor cooperación a nivel nacional e internacional, la prevención mediante la eliminación de las causas que generan el delito, así como la concientización y capacitación; la buena relación entre policías y justicia, y la ayuda a las víctimas.

Nuestro ordenamiento otorga la normativa necesaria para practicar la justicia de manera adecuada y a tiempo, pero depende de nosotros saber utilizarla.

El fin más esperado a nivel personal con el presente trabajo, es que de alguna manera se pueda contribuir al conocimiento y la prevención de los

---

<sup>1</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, *“delitos contra la integridad sexual”* 2º edición actualizada. (2005)

lectores acerca de lo que son, de la seriedad, importancia y la relevancia jurídica que poseen los delitos contra la integridad sexual de un niño.

Las falencias que se originan en torno al tema descrito en esta investigación, son las que me incentivan a interiorizarme en estos delitos y así poder brindar conocimientos al lector.

Sin embargo, reconozco que los procesos de cambio son lentos, los intereses que existen son importantes y por ello no hay que pensar que éstos sean demasiado rápidos. Se debe tomar conciencia y opinar “críticamente”- desde una perspectiva jurídica- la situación que va a tratarse para poder solucionar esta violación masiva y flagrante de derechos con la esperanza de que ello lleve y ayude a encontrar un futuro mejor al momento de actuar en este campo y así poder acelerar resultados fructíferos.

El trabajo tendrá un valor teórico y otro práctico. Será teórico debido a que se expondrá el tratamiento jurídico y doctrina que se encarga de evidenciar estas figuras típicas. Será práctico porque se considerara relevante incluir estos delitos en nuestra actualidad, con nuestro entorno, con la realidad que nos rodea, para así poder comprender y aprehender la situación. Es crucial poder tratar el día de hoy, incluyendo estas situaciones, las víctimas, los victimarios, la influencia psicológica, la familia, el proceso judicial y sus lagunas legales, la razón del ocultamiento, el misterio y por sobre todas las perspectivas, tener como paradigma que el niño es una PERSONA, sujeto de derechos y debe respetarse como cualquier otro humano, que no por el hecho de estar frente a un ser inocente puedan violarse sus derechos.

Esta investigación contara con diferentes capítulos. Sobre éstos cabe señalar sintéticamente lo siguiente. El capítulo 1, será de tipo introductorio

ya que mostrara aspectos generales de los delitos a tratar. El capítulo 2, tendrá como eje principal al abuso sexual del niño con todas sus aristas. El capítulo 3, tratara los demás delitos contra la integridad sexual y la honestidad del menor, como es la pornografía, prostitución, pedofilia y corrupción. El capítulo 5, será netamente normativo, considerando aspectos legales y disposiciones comunes para estas figuras típicas. El capítulo 8, será la descripción y análisis de nuestra actualidad para poder interrelacionar lo expuesto teóricamente, con la realidad que nos rodea. Al finalizar estarán las conclusiones como modo de cierre y apertura a un juicio de valor individual.

Tengo como principal objetivo, ayudar a la concientización y prevención de estas situaciones, del respeto al niño y otorgarle el cuidado que merece, y poder lograr mínimamente una satisfacción personal al saber que aporté un pequeño grano de arena, pero que de alguna manera contribuya a mejorar la calidad de vida de niños y niñas.

*La ignorancia, la más peligrosa de las enfermedades,*

*Y el origen de todas las demás.*

**JAQUES BENIGNE BOSSUET**

## **CAPÍTULO 1**

### **ASPECTOS GENERALES**

#### **❖ LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD E INTANGIBILIDAD SEXUAL DE LOS MENORES: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.**

Para comenzar con el presente trabajo, se debe tener en cuenta que el individuo que será eje principal en cada delito, es el niño hasta los 13 años de edad, tiempo cronológico donde el consentimiento prestado para tener relaciones sexuales no es válido a efectos legales, es decir, se aprovechará de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción, presumiéndose violencia, abuso coactivo o intimidatorio, amenaza por parte del que fuera mayor.

Los delitos que atentan contra la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, encuentran sustento normativo en nuestro Código Penal, Título III, donde se hace referencia a los diversos tipos penales. Hay un primer grupo de delitos que trata al abuso sexual y sus figuras derivadas, como el caso del abuso sexual simple, el gravemente ultrajante y el cometido con acceso carnal y también el estupro ( Arts. 119 y 120). El segundo grupo tipifica a la corrupción de menores, con sus agravantes (Art. 125). El tercer grupo denomina a la prostitución de menores (Art. 125 bis), la trata de menores (Art. 127 bis). Un cuarto grupo regula los delitos atinentes a la pornografía (Art 128), exhibiciones obscenas (art 129) y el rapto (Art.130). El único punto que une a todos los delitos que trata el Título III del Código Penal, es lo sexual. Se puede concluir que no existe un bien jurídico único que incluya a todas las figuras, por mas que se lo intente buscar.

Para poder acercarse a un análisis más concreto del bien jurídico que se protege en estos delitos, es primordial diferenciar el bien jurídico “integridad sexual” y el bien jurídico “intangibilidad o indemnidad sexual”. Según el criterio tenido en cuenta por Donna: *“la integridad sexual no es otra cosa que la libertad sexual e la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esas 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>2</sup>. Lo expresado anteriormente, deja en claro que el bien jurídico protegido en un individuo mayor de 18 años, es la libertad sexual, tanto en la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano

---

<sup>2</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005).

sexual según sus propios deseos, como así también la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo a la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no quiera soportar.

En cuanto a lo que a nosotros nos interesa, que son niños y menores, Donna expresa: *“los menores de 13 años, o personas privadas de sentido o abusando de un trastorno mental, el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona”*<sup>3</sup>. Esto explica que existe el interés del derecho de evitar que terceras personas, tanto en el plano familiar o ajeno a la vida del menor, tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad.

#### ❖ **ANTECEDENTES:**

En el Código Penal de 1921, el Título III se lo denominó “Delitos contra la Honestidad”. Los tipos previstos que en el Código se protegían eran la fidelidad, la reserva, la normalidad y la decencia sexual.

Con la ley 24.453 se deroga el “adulterio”, figura que protegía la fidelidad del trato sexual en el matrimonio celebrado con arreglo a la ley civil. Se lo suprime por la razón de ser una figura totalmente carente de aplicación, cuestionada por la doctrina y la existencia de la poca cantidad de fallos que se dictaron en la jurisprudencia argentina.

Dicho delito era regulado en nuestro Código Penal en el Art. 118, haciendo distinción entre adulterio de hombre y de mujer.

---

<sup>3</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005).  
Pág. 14

En el año 1999 se sanciona la Ley 25.087, la cual sustituye la rúbrica del Título “delitos contra la Honestidad” por la de “delitos contra la Integridad Sexual”. Este cambio se fundamenta en que los delitos contemplados, no afectan en realidad a la honestidad de las víctimas, sino a su integridad, privacidad e identidad. La ley también deroga a los Capítulos II a V del Título III del Libro II del Código Penal y como no fueron sustituidas por otras, quedaron sin denominación.

Como expresa Donna: *“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 indique la manera en que habrán de usarse esos bienes aun cuando de su uso diferente no derive afectación alguna a esos bienes jurídicos ajenos”*<sup>4</sup>

El bien de las personas “integridad sexual” a las que la Ley 25.087 brinda tutela, puede caracterizarse según Núñez *“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 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 cumplido los trece años pero no han superado los dieciséis, no han alcanzando aquella plena capacidad y pueden ser víctimas de aprovechamiento. O de los que han cumplido dieciséis pero no los dieciocho 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”*<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005). Pág. 12

<sup>5</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL, parte especial” 4º edición (2009). Pág. 135

El bien de las personas “integridad sexual” a las que la Ley 25.087 brinda tutela, puede caracterizarse según Núñez *“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 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 cumplido los trece años pero no han superado los dieciséis, no han alcanzando aquella plena capacidad y pueden ser víctimas de aprovechamiento. O de los que han cumplido dieciséis pero no los dieciocho 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”*<sup>6</sup>

#### ❖ **CLASIFICACIÓN:**

Existen diferentes figuras típicas expresadas en nuestro Código Penal que atentan contra la integridad sexual de la persona, en el presente trabajo, como ya se menciona anteriormente, se hará hincapié en los delitos de los que surgen víctimas menores de 13 años y niños; es por eso que se pasará a nombrar solo aquellos que atenten contra la indemnidad sexual del menor.

El principal delito existente contra el niño es el abuso sexual, anteriormente denominado “violación”, el cual resulta del abuso de una persona a un niño, teniendo en cuenta su inmadurez o estado mental de éste, indefensión o mediante la violencia y sin derecho a exigirlo. Esta figura típica presenta agravantes: el primero se determina por su

---

<sup>6</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL, parte especial” 4ª edición (2009). Pág. 135

duración o circunstancias de su realización, lo cual produzca un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. El segundo agravante ocurre cuando existe acceso carnal por cualquier vía. Y como tercer agravante, se atiende a las circunstancias que se agregan al tipo básico, haciendo referencia a la que resultare un grave daño, el hecho fuere cometido por ascendiente o descendiente, el abusador sea portador de alguna enfermedad, si el hecho se comete por dos o más personas o que pertenezcan a las fuerzas policiales y por último, que se aproveche de la situación de convivencia preexistente con el niño.

La promoción o facilitación de la prostitución o corrupción de menores es otro delito que se tipifica en el Código Penal. La corrupción es la depravación o lujuria de la conducta sexual que puede consentir en la perversión de la ejecución de los actos sexuales o en la precocidad o exceso del trato sexual. Como agravante de este delito, esta la acción promotora y facilitadora por la edad de la víctima menor de 13 años.

La prostitución es la depravación de los motivos generadores del trato sexual en cuanto a los motivos, que ya no son el amor o interés por el sexo en sí mismo, sino la satisfacción de un lucro propio o ajeno. También se da como agravante la utilización del menor de 13 años para configurar este delito. Dicho delito tiene semejanza con la trata de personas, solo que en este delito se puede agregar la situación de que el menor sea trasladado fuera del país.

Los delitos atinentes a la pornografía se consuman cuando se produce o publica imágenes pornográficas en donde se exhiben menores, cuando se organizan espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participan dichos menores o cuando se distribuyen imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiesto que en

ellos se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores. Este delito tiene especial conexión con la exhibición de imágenes obscenas de un niño para ser vistas por terceros, que al ser la víctima un menor, configura un agravante del delito.

Otra figura típica es el rapto, el cual se consuma al sustraer o retener mediante violencia, fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar la integridad sexual de la persona. Dicho delito encuentra como agravante que la víctima sea un menor impúber.

Por último considero pertinente tener en cuenta a la pedofilia, situación que es valorada por nuestra doctrina, intentando demostrar que sea un delito y no solo una enfermedad. No tiene sustento normativo, pero sería de gran importancia que lo tenga. La pedofilia es la excitación o el placer sexual que obtienen, principalmente, a través de actividades o fantasías sexuales con niños de, generalmente, entre 8 y 12 años. A la persona que padece pedofilia se le denomina pedófilo, un individuo de, al menos, 16 años que se entretiene sexualmente con menores de 13 y respecto de los que mantiene una diferencia de edad de, por lo menos, cinco años.

#### **❖ CONSENTIMIENTO, EDADES. EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD:**

El consentimiento es el eje principal en la consumación de estos delitos, debido a que a partir del mismo se configura la tipicidad y posterior pena al autor del hecho.

Se debe categorizar a la víctima en tres periodos de tiempo, el primero transcurre desde el bebé hasta la edad de 13 años, luego la etapa desde

los 13 años hasta los 16 años y por ultimo cuando la persona es mayor de 18 años.

Cuando la víctima se trata de un menor de 13 años, aunque hubiera prestado consentimiento o no para el acto, la ley presume sin admitir prueba en contrario que la persona que en el momento del hecho no ha cumplido con esa edad, carece de la capacidad necesaria para comprender el sentido de la conducta del autor. Dicho consentimiento carece de relevancia. Lo mismo ocurre si el niño no puede consentir libremente la acción debido al ejercicio de violencia por parte del autor, o por hallarse privado de razón o de sentido, o afectado de una enfermedad, o bien pueda deberse al error o sorpresa que sufrirá la víctima.

Cuando el afectado sea un menor, mayor de 13 años y menor de 16 años, la ley 25.087 supuso que la persona al estar transcurriendo esa edad, no ha alcanzado una plena madurez sexual, en consecuencia el consentimiento otorgado por la victima, carece de validez. Algunos autores de la ley han entendido que los 16 años es una edad razonable para proteger determinados ámbitos del menor, que aun se encuentra dentro de un grupo de mayor vulnerabilidad.

Cuando estamos frente a un delito contra un mayor de 18 años, atentando contra su integridad sexual, si la persona otorga su consentimiento sin el uso de violencia o intimidación por parte del autor, se considera válido dicha expresión de voluntad; en consecuencia no existiría punibilidad contra el autor.

❖ **ACCIÓN PENAL QUE NACE DE ESTOS DELITOS. REGLAS COMUNES.**

La acción penal que emerge de los abusos sexuales previstos en los Art. 119 y 120, es dependiente de instancia privada, es decir, requieren la acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales, salvo que el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor o guardador o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o existieren intereses contra puestos graves entre estos y el menor, también procederá de oficio en caso de que resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas.

Expresa Donna: *“El Código Penal admite que la víctima, aunque sea menor de edad, pueda efectuar denuncia, asesorado y/o representado por instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda de las víctimas, no especifica la ley si la representación es viable contra la voluntad de quienes se hallan autorizados a instar la acción penal del Art. 72. Entendemos que en esa hipótesis, deberá intervenir el fiscal, en virtud de la existencia de intereses gravemente contrapuestos. Nuevamente el legislador con un criterio paternalista, se ha inmiscuido en un ámbito que le es ajeno, y donde solo por excepción debe entrar, como es la familia y la decisión de los padres sobre temas tan graves”*<sup>7</sup>

Lo anteriormente expresado hace referencia a lo expuesto en el Art. 132 del Código Penal, donde la norma autoriza a la víctima de 16 años cumplidos a proponer un avenimiento, acuerdo o conciliación con el imputado.

El Art. 133 del Código Penal agrava la punición de los cómplices secundarios, ya que el Art. 45 prevé la misma pena del autor para el instigador y cómplices necesarios. El agravamiento tiene un fundamento

---

<sup>7</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005).  
Pág. 41

personal, los aportes realizados por estas personas resultan más condenables por el abuso cometido y más decisivo por la relación de confianza o temor que inspiran a la víctima y por eso merecen un reproche mayor. Se encuentran comprendidos el vínculo parental, o el abuso de una relación existente de autoridad.

*Si quieres cambiar el mundo,*

*Cámbiate a ti mismo.*

**MAHATMA GANDHI**

## CAPÍTULO 2

# ABUSO SEXUAL

Cada época genera su propia comprensión del mundo. Los que intentan investigar y abrir caminos en el campo del abuso sexual infantil, descubren a diario las dificultades de lograr una mirada por completo objetiva y neutral sobre un tema tan espinoso. Sin embargo, aprendemos

a convivir con los dobles discursos y contradicciones, procurando avanzar a pesar de todo.

Pocas dudas existen en titulares de diarios: “violo y mato a su hijastra de un año” “asegura que su padre violaba a su hermana y por eso la baleo” “procesan a un profesor de baile por manosear a sus alumnas” “detenido por fotografiar a menores en poses obscenas”. Nadie vacila, la condena es unánime y ningún castigo parece reparar la severidad para resarcir a la víctima por el daño causado.

El abuso sexual infantil fue considerado uno de los problemas de salud pública más graves que debe enfrentar la sociedad.

#### ❖ **DISPOSICIÓN LEGAL:**

Nuestro Código Penal contiene en el Título III, del Libro II, bajo el epígrafe *Delitos contra la Integridad Sexual*, el abuso sexual simple, como tipo penal básico, en su art. 119, primer párrafo: “ *Sera reprimido con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de 13 años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción* ”<sup>8</sup>

La denominación jurídica “abuso sexual simple”, reemplaza a la de “abuso deshonesto”, prevista en el derogado Art. 127 del Código Penal. La reforma introducida por la ley 25.087 elevó la edad de 12 años a 13 años, en las víctimas menores.

---

<sup>8</sup> Código Penal Argentino. Art. 119, primer párrafo

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

Donna expresa: “*teniendo en mira la integridad física y psíquica de las personas como parte de su dignidad, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados por otro, sobre su cuerpo. En síntesis, se protege la libertad de la persona de consentir actos sexuales o del abuso e la situación en los casos de menores de 13 años*”<sup>9</sup>

Existen doctrinas que expresan los actos que constituyen el abuso sexual. Primero la doctrina subjetiva, la cual sostiene 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. Luego la doctrina objetiva, considera que se restringe indebidamente el delito en cuestión al exigir que los actos de claro sentido sexual tengan que tener el elemento subjetivo consistente en la finalidad libidinosa o sexual del autor.

El sujeto activo de este delito puede ser un hombre o una mujer, al igual que el sujeto pasivo. En cuanto al consentimiento de la víctima menor de edad, será si validez, y su criminalidad reside en que la ley presume *juris et de jure* la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima, y por ende, la imposibilidad de prestar consentimiento para el acto. No es que la ley presuma la falta de capacidad de consentimiento

---

<sup>9</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005). Pág. 19

del menor, sino que la presunción es sobre la validez de consentimiento jurídico.

El delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento, ya sea sobre el cuerpo del menor, logrando que lo sean sobre el autor o un tercero, o que el propio niño realice tocamientos en su cuerpo. Se exige un dolo directo y es un delito instantáneo; en caso de que por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, el delito quedara en grado de tentativa.

#### Agravantes:

El segundo párrafo del Art. 119 prescribe una figura agravada de abuso por configurar un abuso sexual gravemente ultrajante. El mismo expresa *“la pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiera configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”*<sup>10</sup>

El párrafo tercero del Art. 119 eleva la pena prevista en la figura básica cuando hubiere acceso carnal por cualquier vía. Antes de la reforma de la ley 25.087, dicha figura se denominada “violación”. Se debe tener presente que el acceso carnal es la penetración en el cuerpo del menor, del miembro viril, no la realizada con dedos u otro objeto. El Código Penal lo expresa: *“la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía”*<sup>11</sup>

El cuarto párrafo establece que las figuras de abuso sexual gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal se agravan por distintas

---

<sup>10</sup> Código Penal Argentino, Art. 119, segundo párrafo.

<sup>11</sup> Código Penal Argentino, Art. 119, tercer párrafo.

circunstancias que se agregan a dichas figuras. Ellas son: muerte de la víctima, grave daño, parentesco u otra vinculación del autor con la víctima, por la calidad de ministerial del algún culto religioso, por la realización de dos o más personas, con armas, por cometerlo aprovechando la situación de convivencia preexistente con el menor o por haber sido cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad.

Por último, el quinto párrafo del Art. 119, agrava la escala de 3 años a 10 años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de resultar un grave daño en la salud, por el parentesco, si el hecho es cometido por dos o más personas o con armas, si el hecho es realizado por personal de fuerzas policiales o aprovechando la convivencia preexistente con el menor.

Para concluir con las disposiciones legales, se debe tener en cuenta que el Art. 120 del Código Penal que expresa el abuso sexual del menor, mayor de 13 años y menor de 16 años, otorgando una pena de tres años a seis años de reclusión o prisión. Pero éste menor, ya no es competente en el presente trabajo, es por eso que solo se nombra.

#### ❖ **ACCIONES SEXUALES ABUSIVAS HACIA EL NIÑO:**

Cuando tenemos presente a un niño como víctima de un abuso sexual, no solo hace falta que se configure algún tocamiento o el acceso carnal para determinar que el menor fue abusado, existen otras situaciones en las que tal vez sin estar tipificadas legalmente, producen las mismas secuelas y el mismo terror en la criatura.

Antes de comenzar con el desarrollo del tema, se debe saber que el abuso sexual infantil puede tener dos perspectivas. Por un lado tenemos al abuso endogámico, el cual se produce dentro del hogar del menor, es decir se consume en alguna relación entre parientes (padre-hijo) o bien, teniendo como autor al padrastro o tío político, por ejemplo. Por otro lado existe el abuso sexual exogámico, el cual se consume fuera del hogar, el abusador puede ser un desconocido o un conocido (vecino, por ejemplo).

Expresa Maria Cecilia López: *“un 30% de los abuso se produce fuera de la casa pero el 70% restante tiene lugar dentro del propio ámbito familiar y es perpetrado casi siempre por el padre o un sustituto”*<sup>12</sup>

A continuación se definirán dichas acciones sexuales:

- 1) Hebefilia: es la condición en la cual personas adultas experimentan la atracción sexual hacia adolescentes que ya han pasado la pubertad.
- 2) Violación: mas allá de hacer referencia al acceso carnal, es importante incluir todo tipo de abuso aunque no haya penetración, puesto que se puede violentar sexualmente el cuerpo y el psiquismo de un niño con fotografías, tocamientos, miradas, entre otros.
- 3) Manoseos: si bien es el abuso más extendido y el que menos rastros deja a nivel físico, los efectos nocivos sobre el psiquismo y el mundo emocional del niño, suelen ser similares a los producidos en los casos donde ha habido acceso carnal.
- 4) Masturbación: a veces es el abusador quien procede a estimular los genitales del niño y otras veces, en cambio tan solo lo coloca en el

---

<sup>12</sup> López María Cecilia, ABUSO SEXUAL. 1º edición, 2010. Pág. 122.

lugar de testigo al mostrarle como él lo hace. A diferencia del manoseo, compone un estadio más avanzado en el abuso.

- 5) Penetración con objetos o dedos: la penetración puede llevarse a cabo a través del miembro masculino o mediante objetos, como hebillas, lápices, cucharitas, etc. También haciendo uso de los dedos, razón por la cual en muchas oportunidades no queda otra huella física más que un enrojecimiento o irritación momentánea que a veces es mal diagnosticada por los pediatras como una simple alergia.
- 6) Contacto bucogenital: este tipo de abuso suele darse frecuentemente cuando los niños duermen a solas con alguno de sus padres en la cama matrimonial o cuando les van a contar un cuento de dormir a sus habitaciones. Si bien en esta clase de abusos tampoco existen huellas, existen otros métodos para detectarlos, los juegos.
- 7) Presenciar actividades sexuales: con el argumento de que la sexualidad es algo normal, común y corriente en los seres humanos, algunas personas deciden mantener relaciones íntimas sin tomar los recaudos necesarios para que los niños no sean testigos de ellos. El acto sexual sin el resguardo de la intimidad perjudica al menor porque lo violenta internamente y lo desconcentra de sus actividades normales.
- 8) Voyeurismo: consiste en mirar a un menor desnudo o realizando una actividad sexual sin que este lo consienta o sin que se dé cuenta y con el objetivo de tener una excitación. Esta actividad se realiza especialmente a partir de Internet.

9) Acoso sexual: se puede dar dentro de la casa, inclusive frente a otros familiares consiste en miradas libidinosas, comentarios de índole sexual, insinuaciones, tocamientos de apariencia casual, e incluso tocamientos en genitales con la excusa de parecerse gracioso frente a los demás.

### ❖ **ETAPAS DE UN ABUSO SEXUAL INFANTIL:**

Hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, los abusos suelen extenderse en el tiempo y atravesar por varias etapas. Esto se puede dar así porque en general el abusador convive con la víctima y porque uno de los rasgos que caracterizan a los pedófilos es que suelen tener un instinto especial para no dejar marcas o huellas de su delito, excepto en los casos en que se trate de sujetos con muy bajo coeficiente intelectual.<sup>13</sup>

Casi todos los abusos presentan una dinámica semejante. El accionar del abusador transcurre por varias etapas: la selección, el acorralamiento y la seducción; el abuso propiamente dicho y el adoctrinamiento de la víctima. Si bien el develamiento sería la última etapa, no siempre se cumple debido a que muchas víctimas se mantienen herméticas.

#### **PRIMERA ETAPA: SELECCIÓN:**

---

<sup>13</sup> López María Cecilia, ABUSO SEXUAL. 1º edición, 2010. Pág. 111.

Los autores del delito suelen seleccionar a sus futuras víctimas según sus preferencias y gustos particulares. Esto hace referencia al sexo, edades, semejanzas e identificación.

#### SEGUNDA ETAPA: ACORRALAMIENTO:

El abusador procede a elegir un lugar donde tendrá más posibilidades de poder encontrar a la futura víctima. De esta manera el autor se va acercando al niño hasta acorralarlo en la familia (casándose con la madre viuda), en el templo (se acerca a la actividad religiosa para tener contacto con niños), colegio y clubes (trabajando en esas instituciones), hospitales (siendo médicos o ginecólogos), internet o publicidades. El autor va a ir adoptando un “disfraz” que le permita introducirse dentro del ámbito en donde se encuentran los niños que le gustan sin levantar sospechas.

#### TERCER ETAPA: SEDUCCIÓN.

El abusador seduce a la víctima a partir de miradas, sonrisas, comentarios, falsa apariencia, regalos y favores. De esta manera, cuando la víctima se da cuenta de las verdaderas intenciones, ya es tarde y ha caído en la trampa.

#### CUARTA ETAPA: ABUSO PROPIAMENTE DICHO.

En esta etapa la víctima le costara defenderse u oponer resistencia. Los abusadores la mayoría de las veces no utilizan la fuerza física en el niño, sino que se valen de coerción psicológica.

#### QUINTA ETAPA: EL ADOCTRINAMIENTO.

El abusador reprograma la mente del niño utilizando métodos semejantes a los que se utilizan en sectas para adoctrinar a adeptos a una sumisión extrema.

#### SEXTA ETAPA: EL DEVELAMIENTO.

Aquí se corren los velos y se revela el abuso, ya sea porque el mismo niño se anima a contar o porque alguien lo descubrió.

#### **❖ LOS AUTORES DEL DELITO: ABUSADORES.**

Los abusadores pueden camuflarse bajo distintos “disfraces” o roles que les permiten moverse libremente por la sociedad en busca de niños. No tienen un único perfil de personalidad, es por eso que no existe un test específico para poder detectarlos rápido y eficazmente. No obstante, estos sujetos presentan rasgos y características típicas que permiten agruparlos o clasificarlos en distintas categorías, las cuales no son excluyentes unas de otras y hasta pueden superponerse.<sup>14</sup>

**PUROS:** Son aquellos que únicamente se sienten atraídos hacia los menores y nunca han sentido alguna atracción hacia adultos.

**MIXTOS:** son aquellos que aunque a pesar de sentir atracción por un adulto o estar en pareja, también se sienten atraídos por niños.

**SELECTIVOS:** no atacan a cualquier niño, tienen preferencias y se agrupan en diferentes movimientos pedófilos.

**INDISCRIMINADOS:** No tienen preferencia por alguna clase de niños en especial.

---

<sup>14</sup> López María Cecilia, ABUSO SEXUAL. 1º edición, 2010. Pág. 101

**IMPULSIVOS:** en general son religiosos o sacerdotes. Se trata de sujetos que por diversas razones ocasionalmente se sienten tentados a tener relaciones de manera compulsiva.

**PLANIFICADORES:** planifican y arman todo un plan de estrategia para poder llegar a tener acceso al niño sin levantar sospechas.

**OCASIONALES:** Solo abusa de menores esporádicamente, actúan por impulso.

**SERIALES:** no siempre se trata de sujetos marginales, como se los suele catalogar, suelen ser personas inteligentes ya que necesitan conformar estrategias que les permitirán abusar de decenas de niños a lo largo del tiempo en una o varias ciudades a la vez.

**INTELECTUALES:** En esta categoría están los profesionales, también suelen ser coleccionistas de gran material pornográfico infantil y suelen navegar por internet en busca de potenciales víctimas.

**IGNORANTES:** Con bajo coeficiente intelectual y algunos con problemas psíquicos. Abusan de niños en lugares oscuros, sin planificar, con lo cual es complicado encontrarlos.

**SEDUCTORES:** seducen a sus víctimas con regalos, incluido con dinero en efectivo.

**SADICOS:** son los más peligrosos, suelen asesinar a sus víctimas, muchas veces llegan a mutilar los genitales o incluso canibalizarlos.

**CARISMATICOS:** sujetos extremadamente simpáticos que cuando son descubiertos nadie lo cree porque desconocen la otra faceta de su personalidad.

HERMETICOS: contrarios a los anteriores, suelen verse como extraños por la sociedad, sus victimas difícilmente se atreven a delatarlos, ya que amenazas con la muerte de la víctima o de sus familiares. Muy pocos cuentan con pareja.

**POTENCIALES ABUSADORES: PADRASTRO Y MADRE ABUSADORA.**

Hace unos años se dio un caso en Estados Unidos que trajo polémica. Un actor de cine se enamora de su hijastra adolescente y se separo de la madre para empezar a vivir con la joven. Mucha gente se pregunto si esto era correcto o no, dado que no tenían lazos consanguíneos que los unan. La ley de prohibición del incesto, no es exclusiva de las relaciones consanguíneas. También abarcaría la de los roles. El hecho de que una joven que es criada hasta su adolescencia por alguien que llama “papa”, de repente sea seducida a nivel intimo por éste, es un indiciador de que ese hombre nunca la miro como niña-hija sino como alguien potencialmente apta para satisfacer sus necesidades sexuales, y eso es abuso.

En jurisprudencia consultada, se puede confirmar como el padrastro abusa de su hijastra, sin hacer dudar a la madre de sus actitudes. La misma expresaba *“si bien nunca vio ninguna actitud que le hiciera pensar que Gutiérrez podría estar abusando sexualmente de sus hijos, consideraba que podía ser verdad lo manifestado por su hija porque el imputado anteriormente había estado privado de su libertad por “haber violado a una hija”*<sup>15</sup>. Se debe tener en cuenta el pasado de la persona y poder valorar sus reacciones en el presente, ese hombre reincidió en el delito que ya había cometido.

---

<sup>15</sup> T.S.J. Sala Penal. “Gutiérrez, Horacio Humberto p.s.a. Abuso sexual continuado gravemente ultrajante agravado -Recurso de casación”. (28/12/2009)

El tema de las mujeres abusadoras, y más aun si se trata de progenitoras de sus víctimas, es una situación menos frecuente que el abuso de una persona de sexo masculino, pero no por eso es de menor importancia. Al ser un tema bastante vergonzante para los hijos, no existen estadísticas oficiales que testifiquen con exactitud las características del abuso materno filial. La única fuente de información certera a la que se tiene acceso es aquella que proviene de los pacientes de los consultorios psicológicos.

Muchas veces, las madres abusadoras suelen ser mujeres modernas que, aunque estén casadas, se sienten solas, carecen de metas profundas y no toleran el paso del tiempo. De manera tal que de esa manera comienzan a abusar de los niños varones cuando comienzan la pubertad. La modalidad de los abusos suelen ser sutiles, poco obvios y difíciles de detectar. Un ejemplo de esto puede ser: una madre que no solo se muestra desnuda ante su hijo púber sino que además, cada vez que se baña le solicita que le alcance ropa interior; esta madre no lo toca sino que llama a su hijo para que la vea desnuda en un cuerpo erotizado. Otra cosa muy distinta seria que esporádicamente la vea desnuda o saliendo del baño por casualidad.

### ***PSICOLOGÍA DEL ABUSADOR:***

La licenciada María Cecilia López expresa: *“lo primero que hay que saber de un pedófilo es que no abusa de un niño solo por una necesidad sexual puesto que en lo que respecta a la mayoría de ellos, esa área de sus vidas la tienen satisfechas. También hay que saber que no lo hacen por soledad, ya que, excepto raras excepciones, estos hombres suelen tener familia y son muy sociables. Muchos aseguran que la única motivación que tienen es la maldad; pero en todo caso eso no explicaría nada.”*<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> López María Cecilia, ABUSO SEXUAL. 1º edición, 2010. Pág. 132

Por lo expresado anteriormente, es interesante poder analizar la conducta de un pedófilo típico desde su infancia, para entender adecuadamente el origen, las causas y motivaciones de las que se origina el delito en cuestión.

Cuando se le pregunta a los pedófilos acerca de su *infancia* hay quienes reconocen haber atravesado por experiencias muy difíciles y otros que describen como algo ideal. Pero aquello que dicen no siempre es veraz por dos razones: primero, porque simplemente pudieron haberlo olvidado (los recuerdos traumáticos son reprimidos en el inconsciente en un 90% de los casos) y segundo porque pueden estar mintiendo (mentir es una de sus principales características). Sin embargo la infancia del pedófilo presenta situaciones que lo diferencian como por ejemplo sus madres casi nunca tuvieron empatía emocional con ellos, no tuvieron un buen apego con sus padres, han sufrido experiencias tempranas de abandono, han tenido madres incestuosas, han tenido padres ausentes, no han tenido los límites necesarios, han sido objeto de violencia o simplemente también fueron víctimas del abuso sexual infantil. De aquí considero que se demuestra que existe la posibilidad de que aquel niño abusado, tenga como secuela pasar a ser un abusador en poco tiempo.

La *personalidad* del abusador no se debe comparar con un enfermo mental porque tiene conciencia de lo que hacen dado que planean meticulosamente cada uno de sus actos. Estas personas tienen una “doble personalidad”, son grandes mentirosos, bastantes egocéntricos y presentan una baja tolerancia a la frustración. Su pensamiento es siempre contrario a las leyes sociales y tienen creencias erróneas ni mucho menos respeto por las instituciones, en fin, presentan un bajo nivel de ética y moral. No saben lo que es amar o ser leales, proyectan en el otro la propia culpa, tienen un delirio de propia

superioridad, se sienten omnipotentes. Tienen habilidad para racionalizar su comportamiento de manera que parezca razonable y justificado, mantienen sus afectos superficialmente y directamente no sienten emociones ni las perciben. Generalmente no tienen buen sentido de humor, son sujetos sin contenido y tienen insatisfacción crónica y tedio y como gran defecto, gozan ver sufrir al otro.

En el fallo consultado, la madre de la menor abusada, comenta como su concubino racionalizaba su comportamiento para justificar la situación. Ella contaba *“ratifico mis sospechas por el pasado de Gutiérrez y relaciono una circunstancia con las mismas, cuando en tiempo atrás el encartado le había suministrado “pastillas para dormir”, intuyendo que lo había hecho para poder abusar de mi hija”*.<sup>17</sup>

En la *comunicación* con el entorno tienen gran capacidad de persuasión, un discurso carismático y paradójico, transgresiones semánticas, y la palabra es usada para provocar acciones en el otro.

Si bien no existe un único perfil psicológico en líneas generales se puede expresar son varones en un 90% de los casos, en un 80 % tienen entre 30 y 45 años, están insertados socialmente, la mitad de ellos tienen profesiones calificadas, por distintas razones se sienten frustrados en su vida. Suelen estar casados o en pareja, en un 85% de los casos conocen a sus víctimas y nunca llegan a sentir arrepentimiento por su actuar.

### ❖ **LAS VICTIMAS: LOS NIÑOS**

Los menores a los que abusan pueden clasificarse y agruparlos en diferentes grupos para poder analizar mejor algunas cuestiones esenciales.

---

<sup>17</sup> T.S.J. Sala Penal. “Gutiérrez, Horacio Humberto p.s.a. Abuso sexual continuado gravemente ultrajante agravado -Recurso de casación”. (28/12/2009)

**HUERFANOS O ABANDONADOS:** Los niños cuyos padres han muerto o solo tienen contacto con uno de los padres biológicos, tienen más riesgos de ser abusados. Esto se debe a que si el padre o la madre del que dependen no cumplen adecuadamente el rol, el niño será más vulnerable a caer en las redes de alguien que lo engañe prometiéndole amor incondicional.

**NIÑOS CON MADRES ABUSADAS:** tiene menores posibilidades de ser prevenidos ante una situación de riesgo. Esto se debe a que muchas personas abusadas, cuando perciben el abuso cerca suyo, se defienden desmintiendo el peligro que tienen frente sus narices.

**NIÑOS CON FAMILIA CON ROLES DIFUSOS:** Los familiares no tienen los roles definidos. Lejos de comportarse como padres, se manifiestan como adolescentes o como si fueran hijos de sus propios hijos, o peor aun como si fueran sus mismismos amantes. De esta manera los menores tienen una gran confusión acerca de su identidad, y no les queda claro cual es el comportamiento de un niño y cual el de un adulto, y esto hace que sean más vulnerables ante cualquier abuso.

**NIÑOS DE FAMILIAS VIOLENTAS:** Aquellos padres violentos que no cumplen un rol adecuado, aplicando educación al niño o siendo contenedores, incentivan a que el menor tenga mayor riesgo de ser abusado, ya que estos niños no comprenden el límite que hay entre una caricia de ternura y un manoseo.

**NIÑOS DE FAMILIAS PERVERSA:** en estas familias el abuso es algo común pero aun así desestimada, tiene mayor probabilidad de seguir siendo abusados fuera del hogar y también ya siendo adultos.

**NIÑOS INTERNADOS EN INSTITUCIONES:** Los niños internados en reformatorios u hogares suelen conformar un grupo de riesgo. Existen

muchos testimonios que relatan abusos sexuales perpetrados tanto en forma aislada como de forma continuada durante largos periodos de tiempo que fueron silenciados e ignorados por los adultos que debían cuidarlos.

**NIÑOS POBRES Y RICOS:** Siempre relacionan al abuso con el menor de menos ingresos, pero se debe aceptar de una vez que la clase social no es obstáculo para ser abusado o no. Tanto el niño rico o pobre, están en la misma sintonía y pueden ser víctimas dentro o fuera de su propia familia.

En un fallo consultado vi una acotación lamentable, pero que suele ocurrir a menudo. Cuando existen intereses en juego y el niño queda en el medio de esa situación y como resultado de eso, se da el desamparo del menor. En jurisprudencia se expresa *“Lo recién valorado además de mostrar una situación de desamparo en la que se encontraba la menor víctima, evidencia que la madre y representante legal de la misma se hallaba inmersa en un serio conflicto de intereses contrapuestos (el denunciar para que se investiguen los hechos contra la integridad sexual cometidos en perjuicio de su hija le acarreaba la privación de libertad a su concubino, quien era el sostén económico de la familia -ella solo percibía \$ 150 por mes) el cual, como se vio, la había amenazado para que no anoticie a la autoridad, por lo que la comunicación efectuada por la justicia de menores al Fiscal de Instrucción era un medio apto para habilitar la investigación de oficio”*<sup>18</sup>

Entonces concluyo que se debe considerar que esta categorización no debe confundir ni muchos menos dar oportunidad a que diferentes intereses influyan en las decisiones. Se tiene que reconocer que **TODOS** los niños pueden ser víctimas, nadie está a salvo de este peligro.

---

<sup>18</sup> T.S.J. Sala Penal. “Gutiérrez, Horacio Humberto p.s.a. Abuso sexual continuado gravemente ultrajante agravado -Recurso de casación”. (28/12/2009)

### ***PSICOLOGIA DEL NIÑO/A ABUSADO:***

Es mas probable que los varones que fueron victimas sexualmente tiendan a ser abusadores un hombres violentos o con conductas delictivas; aunque no siempre es así. Algunos hombres abusados por sus madres se involucran en relaciones con mujeres violentas y abusivas, y establecen con ellas un vínculo similar al que establecieron con sus madres.

Los varones suelen denunciar menos el abuso, dado que por nuestra sociedad patriarcal y machista para ellos significa una deshonra muy grande; y por esa razón tampoco buscan ayuda psicoterapéutica.

Cuando atraviesan su adolescencia suelen ser crisis en lo que se refiere a su identidad masculina e incluso, muchos de ellos adoptan una falsa homosexualidad o una fobia a la intimidad de la mujer por miedo a su falta de virilidad. También es común que tengan conductas compulsivas respecto a la satisfacción de su sexualidad mediante el uso de material pornográfico.

En cambio, las mujeres que han sido abusadas se inclinan a involucrarse en relaciones donde nuevamente serán maltratadas o en las cuales sus parejas abusaran de sus propias hijas. También puede suceder que ciertas mujeres que han sido abusadas `por varones en su infancia, con el paso del tiempo se conviertan en abusadoras de sus hijos varones como un modo inconsciente de vengarse de los hombres.

### ***SECUELAS EN UN NIÑO ABUSADO:***

*Indicadores Físicos:* son los más fáciles de detectar puesto que muchos de ellos se evidencian a simple vista y son palpables, no cambian con la edad

o etapas evolutivas. Existen por un lado los *específicos*: lesiones en la zona genital y/o anal, desgarros, cicatrices o ausencia del himen, presencia del semen, infecciones genitales o enfermedades de transmisión sexual, sangrado por vagina y/o ano, dilatación anal, hinchazón por rascado en los genitales, mucosa vaginal excesiva, infecciones urinarias y embarazos. Los inespecíficos son por ejemplo: enfermedades psicosomáticas, dolores abdominales, obesidad, anorexia nerviosa o bulimia, enuresis, encopresis, dificultades para caminar y caída de cabello.

Indicadores Psicológicos: son más difíciles de encontrar y tratar con los mismos y varía en las edades. También están los *específicos* como el relato del abuso, es decir, el niño se anima a contar lo que vivió y los indicadores *inespecíficos* que son diferentes en las edades; por ejemplo en los bebés es el llanto, la mirada ausente. En los niños de 3 a 5 años es el lenguaje sexual obsceno, conductas regresivas, aislamiento, fallas en la atención, depresión o dibujos de naturaleza sexual. En niños de 6 a 12 años puede ser la coerción sexual a niños más pequeños, confusión en la identidad, tics nerviosos, fugas del hogar, mentiras y vergüenza excesiva.

### ❖ LA FELLATIO IN ORE

Pocos temas han llamado tanto la atención en la doctrina penal argentina y se ha repetido tantas veces en la jurisprudencia nacional como la fellatio in ore (acto sexual por vía oral). La oscuridad del legislador en la descripción típica antes y después de la reforma ha suscitado inconvenientes en la subsunción de la premisa fáctica a la legal. La problemática consiste en desentrañar si la premisa fáctica debe incluirse dentro del Art. 119 párrafo segundo (abuso gravemente ultrajante) o dentro del Art. 119 párrafo tercero

(abuso sexual con acceso carnal), lo que lógicamente trae aparejada la aplicación de penas de distinta gravedad.<sup>19</sup>

### **LOS ORIGENES DE LA DISCUSIÓN:**

Existe un sector de la doctrina que incluía a la fellatio in ore en el tipo penal de violación, que encontraba su principal representante en Fontán Palestra quien sostuvo que el criterio jurídico del acceso carnal es mas amplio que el biológico, de forma que no se reduce meramente a la vía vaginal o anal y que ha sido entendido como actividad directa de lo libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del actor, que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente a este. De esta forma el coito oral no se diferencia de otras formas de penetración contra natura.

Los autores que sostenían esta postura apoyaban su argumentación en la sentencia del 31 de mayo de 1948 del Tribunal Superior de Córdoba, donde del voto del Juez Valdez surgía que el Art. 119 receptaba el concepto de sodomía de la Bula de Pío de 1586, penado por el Art. 129 del código penal de 1886, que incluía el coito oral. El Juez Fragueiro sostenía que aunque la boca no sea un órgano sexual, significa para el sujeto activo su equivalente funcional de tal forma que la boca de una verdadera penetración como coito vaginal o anal.

En la vereda opuesta la doctrina que entendía que la fellatio in ore era meramente un caso de abuso deshonesto, encabezada por Ricardo Núñez, quien defendió su posición tanto en razones científicas como en los propios antecedentes legislativos. En cuanto a estos antecedentes legislativos se

---

<sup>19</sup> ANDRÉS FALCONE. Fellatio in Ore, la oscuridad del legislador, la correcta aplicación de los criterios de interpretación por el método y exigencias del derecho penal mínimo. *Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

afirmaba que Tejedor recurrió para su concepto de sodomía a las partidas, que expresaban al mismo como inversión sexual. Las razones científicas fueron que si bien el ano no es el órgano destinado por naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural, por poseer, lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, en su contacto con el órgano masculino cumple una función semejante al de la vagina. Esto no ocurre con la boca, al cual careciendo de ese tipo de glándulas no resulta apta como elemento constitutivo concúbico.

Donna expresa su opinión diciendo: *“el concepto de acceso carnal, no abarca la fellatio. Enunciamos al derecho Alemán, que directamente habla del coito, con lo cual se excluye directamente tal concepto. Y así deberá ser entendido el concepto de “acceso carnal”, a partir de la sanción de la ley 25.087, teniendo en cuenta tanto el texto como la finalidad de la ley”*<sup>20</sup>

Si el Código mantiene la expresión “acceso carnal” (introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal) no entrando en consecuencia en la vía bucal o fellatio, por más que el legislador haya inventado esta reforma para solucionar este problema, al agregar “por cualquier vía”, ya que, de tomarse literalmente la expresión, se ampliaría el tipo de manera descomunal. De manera que si hubieran querido arreglar la disputa doctrinal, debieron agregar al texto, en lugar de “cualquier vía”, una enumeración taxativa de sus intenciones.

### **¿FELLATIO IN ORE COMO ABUSO SEXUAL SIMPLE?**

Parte de la doctrina entiende que el sometimiento no puede ser gravemente ultrajante por su misma naturaleza sino solo ocurre bajo las circunstancias

---

<sup>20</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005). Pág. 66.

de modo y duración de las mismas. Si se tomara una postura semejante llegaríamos a la conclusión de que la fellatio in ore, que se produce en privado, sin otras circunstancias particularmente degradantes que la que el acto mismo implica y cuyas dimensiones temporales no superen las normales, encuadraría en el supuesto de abuso sexual simple ( Art. 119 párrafo primero), de la misma forma que otros supuestos menos ofensivos para el bien jurídico tutelado el beso simple, ciertos tocamientos furtivos, e incluso cierta jurisprudencia, apoyar la mano en la cintura y besar la mejilla en el ambiente laboral, entre otras cosas, lo que traería una evidente injusticia material.

Si se considera la posibilidad de incluir la naturaleza misma del acto dentro de las “circunstancias” a las que refiere el precepto legal, nos ahorraríamos este asunto, limitando la discusión del encuadre típico de la fellatio in ore a los supuestos del párrafo segundo y tercero del Art. 119, excluyendo al fin al abuso sexual simple.

Andrés Falcone agrega que una cuestión similar ocurre con el planteamiento de un sector de la doctrina que exige la presencia de un elemento subjetivo del tipo que es el “animus del autor de someter a la víctima, de degradarla”, elemento que no se encuentra en el abuso sexual simple ni en el abuso sexual con acceso carnal.<sup>21</sup>

Consultando jurisprudencia de nuestra provincia, encontré un fallo en donde la cuestión a resolver era si realmente la penetración por vía bucal hacia una menor, era considerado el delito de abuso sexual con acceso carnal, el Tribunal consideraba “*Razones propiciadas por la interpretación literal y genética de la norma del artículo 119, párrafo 3º, C.P., llevan a*

---

<sup>21</sup> ANDRÉS FALCONE. Fellatio in Ore, la oscuridad del legislador, la correcta aplicación de los criterios de interpretación por el método y exigencias del derecho penal mínimo. *Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

*concluir que la fellatio in ore lograda mediante compulsión a la víctima configura el delito de abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía contemplado en aquella regla...Lo que requiere la norma es, pues, que haya penetración sexual, vale decir, introducción, aún imperfecta y por cualquier vía, del órgano genital masculino, en el cuerpo de otra persona. El asunto sometido a nuestra consideración atañe a la determinación de cuáles son aquellas vías a las que alude la ley y, más específicamente, a la inclusión o exclusión de la boca como una de tales vías” y se aclaró además “hay penetración sexual por cualquier vía, cuando se produce la introducción del pene en la vagina de la mujer, o en el ano o boca del hombre o de la mujer...la fellatio in ore lograda por los medios o en las circunstancias del párrafo 1º del artículo 119 del Código Penal es, entonces, en el sistema normativo-penal argentino vigente, acceso carnal por cualquier vía en los términos del párrafo final de esa norma”<sup>22</sup>. Este es un ejemplo que aportó para mostrar que muchos tribunales lo consideran como un abuso sexual agravado y no simple. El tribunal lo condena al abusador por la pena que se debe cumplir por el abuso sexual con acceso carnal.*

### **ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FELLATIO IN ORE:**

- Todos los actos deben ser tratados conceptualmente como ofensas graves desde la perspectiva del derecho, y si bien la vía de penetración violenta y forzada las tiene de por sí, no menos significativa resulta la degradación de la víctima por sobre los efectos de la injuria al bien jurídico que se pretende tutelar.

---

<sup>22</sup> Cám. 10º Crimen de Córdoba. ““E.,M.E psa Abuso sexual con acceso carnal y robo” (13/4/2012)

- La nueva ley debió haber sido mas especifica al momento de redactar el tipo penal, ya que la única manera posible para unificar los criterios es que el mismo señale expresamente que la penetración por vía bucal es acceso carnal, y que configura el agravante del abuso sexual con acceso carnal.
- La fellatio in ore consumada contra la voluntad del sujeto pasivo constituye indudablemente el delito de violación y no el de abuso deshonesto, la acción típica del ilícito acuñado en el Art. 119 del Código Penal es tener acceso carnal forzosamente logrado.
- Los bienes jurídicos tutelados de esta figura están siendo contemplados penalmente pro el legislador siempre y cuando aparezcan como de alto contenido de derecho natural por sobre las conductas de derecho positivo, es decir en ámbito de la coyuntura. Por eso es que estos últimos, parecen ceder en el orden de precedencia en el Código Penal por un reconociendo de inferioridad de valores frente a delitos de mayor trascendencia mediática que ocupan un lugar de preeminencia.
- Por último, ante la posible atipicidad de la fellatio in ore, se debe abrir el debate acerca de si no sería necesaria la inserción al código penal como tipo delictivo con sustantividad propia y sancionado con una pena superior del injusto que lo contiene.<sup>23</sup>

El debate que se presento es histórico en el Derecho Penal Argentino que lejos de apagarse se enardece cada días más, y nada indica que esto se detendrá en lo sucesivo. Ya no existe una postura o doctrina

---

<sup>23</sup> MARIO CORIGLIANO. *Delitos contra la integridad sexual. Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

mayoritaria sino que la doctrina se encuentra dividida básicamente en dos grandes grupos expuestos precedentemente. Será de gran utilidad que la justicia nacional pueda encontrar una solución neta a dicha discusión y poder considerar la “fellatio in ore” como una figura típica más, poder limitarla, otorgar sus causas y penas para que de esa manera pueda evitarse que tanto un niño como un adulto viva una situación degradante.

*No podemos cambiar nada,*

*Sin antes comprender.*

**Carl Jung.**

## CAPÍTULO 3

# PROSTITUCIÓN INFANTIL.

La explotación sexual de niños se expandió desde principios de los años noventa del siglo pasado, pasando de la intimidad de la esfera familiar y el vecindario a la esfera global. De ahí que la prostitución infantil, el turismo sexual, el tráfico de mujeres y niños, solo se convirtieron en un tema político prominente a partir de la década pasada, cuando la presión de las

campañas públicas- como por ejemplo la campaña internacional contra la prostitución infantil dentro del turismo sexual- llevo a que los estados e instituciones supranacionales tomaran mayor conciencia de la seriedad del problema.

❖ **TIPICIDAD:**

*El tipo Objetivo:*

LA ACCION DE PROSTITUIR:

Núñez expresa: *“la prostitución es una depravación de los motivos generadores del trato sexual en cuanto a los motivos, que ya no son el amor ni el interés por el sexo en sí mismo, sino la satisfacción de un lucro propio o ajeno.”*<sup>24</sup>

Nuestro Código Penal Argentino contempla en su art. 125 bis: *“se castiga al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare consentimiento de la víctima, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años”*<sup>25</sup>

Enseña Núñez que la entrega habitual solo es prostitución y no corrupción, si el sujeto pasivo obedece al fin de satisfacer el lucro propio o el de un proxeneta. No hay prostitución sin trato sexual habitual y venal e indeterminado en cuanto al destinatario de la entrega.<sup>26</sup>

Esto significa que la corrupción y la prostitución no pueden funcionar de manera convergente. La conducta tiene, en este aspecto, una

---

<sup>24</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL, parte especial” 4º edición (2009). Pág. 161

<sup>25</sup> Código Penal Argentino. Art 125 bis

<sup>26</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL, parte especial” 4º edición (2009). Pág. 161.

dirección final que excluye a la otra, de manera que no puede haber relación sustitutiva o complementaria. Lo que únicamente es una promoción o facilitación de prostitución no puede ser una de corrupción y viceversa. Por eso quien promueve o facilita el trato sexual normal pero lucrativo de una menor, se refiere a la prostitución y no a su corrupción.

### LA PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCION DEL MENOR:

Promueve la prostitución el que opera como actor y parte en el acto sexual, tendiente a degradar los motivos de tal acto, a mantener a la víctima en la prostitución o a volver más torpe su comercio sexual.

Facilita quien obra haciendo más fácil o posible la auto prostitución del menor, en su iniciación, mantenimiento o empeoramiento.

Aclara Donna que no es alcanzado por la norma el cliente que tiene relaciones con la menor, ya que el no facilita la prostitución, sino que realiza propiamente el acto, para el cual otros facilitaron, como ser dar una habitación, etcétera.<sup>27</sup>

### SUJETO ACTIVO Y PASIVO:

No existe discusión de que tanto el hombre como la mujer pueden ser prostituidos. Tampoco es relevante con quien se ejerce la prostitución, ya sea hombre o mujer. En su redacción actual, el art. 125 bis, primer párrafo, protege de la prostitución a menores de 18 años, el segundo párrafo agrava la pena cuando el menor lo fuere de 13 años.

---

<sup>27</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005).  
Pág. 152

Es situación común que la propia familia sea la que promueva la prostitución del menor. En la jurisprudencia consultada se contempla *“En efecto, la menor en el curso de esta causa ha venido trasladando permanentemente la atribución de responsabilidad por la prostitución que ejercitaba y así sindicó en forma sucesiva a distintas personas, comenzando por su propia madre, y culminando en Abad, su padrastro”*<sup>28</sup>

*El Tipo Subjetivo:*

**EL DOLO:**

El delito de prostitución es doloso, no admitiéndose la culpa y, dada la estructura del tipo, el dolo debe ser directo, lo que significa que la acción que uno lleva a cabo tiende a promover la corrupción del menor o tiene la finalidad de allanar los obstáculos para la corrupción que el menor ha decidido por sí. Antes de la ley 25.087 este tipo penal exigía que además del dolo, existiera ánimo de lucro y satisfacción de deseos propios o ajenos.

**AGRAVANTES DE LA PROSTITUCIÓN:**

Un agravante es que la víctima de la prostitución sea un menor de 13 años de edad, previendo una pena de seis a quince años de reclusión o prisión.

También como agravante se considera que aun cuando la víctima sea menor o mayor de edad, se dará una pena de diez a quince años similar a la de extorsión, cuando además de torcer el desarrollo sexual normal, exista por parte del autor, la utilización de medios especiales, que

---

<sup>28</sup> Cámara de Apelaciones en lo Penal - Sala 2º Rosario. “Abad, Raúl E. promoción de prostitución de una menor, anterior y posterior a la guarda”

vayan en contra de la libertad de la víctima, como es el caso de violencia, amenaza, abuso de autoridad, engaño o cualquier otro medio de intimidación o coerción. También se otorga el mismo castigo cuando el autor es ascendiente, cónyuge, hermano o persona conviviente o encargada de la educación del menor.

### CONSUMACIÓN Y TENTATIVA:

El delito se consuma con la realización de los actos objetivamente idóneos para depravar, con el fin de prostituir a la víctima. No requiere éxito del autor ni la producción de resultado alguno y se consuma con la realización de los actos que propenden a la desviación de los motivos generadores de la unión sexual, sin que obste a la realización del tipo de circunstancia de que la víctima estuviera ya prostituida o en el cual la realización del tipo coincide con el último acto, y por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella.

### ❖ RELACIÓN CON LA TRATA DE MENORES:

El art. 127 bis prevé el delito de la trata de menores de 18 años de la siguiente manera: *“el que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de 18 años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años. La prisión será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima sea un menor de 13 años”*<sup>29</sup>

Hay que distinguir la promoción o facilitación de la salida y entrada al país. En este último caso, actos que serian preparatorios de la entrada al país, están alcanzados por la norma. Por ejemplo si en Francia alguien realiza

---

<sup>29</sup> Código Penal Argentino. Art 127 bis

actos de promoción o facilitación para enviar a una persona a Argentina, y luego no lleva a cabo tal acción, queda para nuestra legislación impune, como acto preparatorio, y por otra, queda fuera de la jurisdicción argentina, salvo convenio especial con el país. En cambio en caso de salida del país se trata de un delito de peligro concreto, es decir bastara un mero acto promotor o facilitador de la salida para que se consume el delito, sin importar si efectivamente la persona salió del país, y menos aún, si finalmente ejerció la prostitución.

Como “país” cabe entender el territorio comprendido dentro de los límites geográficos e históricos en los que rige la ley y la jurisdicción argentina.

La trata de menores es a mi consideración, el peor trabajo infantil. Miles de niños son engañados y obligados a cruzar las fronteras de Centroamérica con fines de comercio sexual y prostitución. La falta de legislación e ineficacia policial unidos al bajo control migratorio en dichas fronteras constituyen los principales elementos que favorecen el auge de redes de tráfico de niños y el consiguiente negocio de comercio sexual y prostitución en el que desemboca.

No podemos esconder la cabeza ante una realidad tan aplastante como es la trata de niños o lo que muchos consideran un nuevo tipo de esclavitud de nuestra era globalizadora.

Las víctimas, desgraciadamente suelen ser siempre las mismas: niños y niñas provenientes de familias de escasos recursos y bajo nivel educativo, la mayor parte de las veces, familias desestructuradas.

En algunos casos, los niños son abandonados por los traficantes y nunca llegan a su punto de destino.

Como la pornografía y la prostitución del niño, la trata de menores es una actividad lucrativa y que está vinculada a redes de delincuencia y corrupción. Dado que se desarrolla casi siempre en la clandestinidad, su detección resulta difícil. Con frecuencia, ni los niños y niñas ni sus familias son conscientes de la amenaza que representa la trata de menores de edad. Creen que lo que les aguarda en otros países es un trabajo y una vida mejor. También este delito se relaciona con la figura típica del rapto, directamente los niños son secuestrados y desaparecen de sus hogares o bien también raptan a niños indigentes que viven en la calle, entonces aprovechan la situación de pobreza del niño.

La convención sobre los derechos del niño indica que los signatarios deben proteger a niños contra todas las formas de la explotación sexual.

Por todo ello, es absolutamente necesario que a través de mecanismos de sanción a las redes de trata y de la constancia y aplicación de las normas internacionales por parte de los países origen, puente y destino, éstos sean conscientes de la importancia de mantener políticas sociales, educativas y de combate a la pobreza, principal arma para hacer disminuir la oferta y que poco a poco, el mundo desarrollado deje de demandar este tipo de mal llamados “servicios”, que no son otra cosa que nuevos procesos de esclavitud.

### ❖ **RELACION CON EL RAPTO**

El rapto es el hecho de sustraer o retener mediante violencia, intimidación o fraude a una persona de uno u otro sexo. Este delito se agrava si la víctima es el menor de 13 años, con o sin su consentimiento, ello debido a

que la inmadurez mental de la víctima vuelve irrelevante al consentimiento.

Este delito esta en el tercer lugar, luego del narcotráfico y tráfico de armas, con ganancias anuales de 32 millones de dólares. Antes, el perfil de las víctimas correspondía a niños o jóvenes sumidos en la pobreza o en situación de calle, pero el Internet hoy está enganchando víctimas de cualquier condición social y económica. Hoy, las víctimas son de todos los colores, etnias, edades y posiciones económicas; nadie está exento de ser secuestrado con fines sexuales.

Con el rapto, se consuman concurso de delito con la prostitución, pornografía, abusos sexuales, corrupción y trata de personas. Es el primer paso para que se realice el gran delito.

La Dra. Barbara Huber considera que las leyes penales y el incremento punitivo no son suficientes por si solos para luchar con éxito contra este tipo de delitos. Junto a ello se necesita:

- Reforzar las medidas preventivas ampliando la conciencia pública, educación e información
- Desarrollar y apoyar financieramente a las agencias multidisciplinarias para la identificación de la explotación sexual de menores y para el apoyo y tratamiento apropiado de las víctimas.
- Fomentar una actuación responsable de los medios de comunicación y de los servidores de Internet que contribuya de modo positivo la concienciación general contra el tráfico y explotación sexual.

- La armonización de las leyes penales, para la punición global de los delitos, sean cometidos dentro o fuera del territorio nacional.
- Más eficaz cooperación internacional de las agencias de investigación y persecución de estas conductas.
- Desarrollar un sistema de compensación para las víctimas y sus familias.<sup>30</sup>

*Hay una manera de contribuir a la protección*

*De la humanidad, y es no resignarse.*

**ERNESTO SÁBATO.**

## CAPÍTULO 4

# CORRUPCIÓN DE MENORES

El Art. 125 de nuestro Código Penal tipifica este delito expresando: *“el que promoviere o facilitare la corrupción de menores de 18 años, aunque mediare el consentimiento de la víctima, será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años”*<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> DRA. BARBARA HUBER. “marco normativo del abuso sexual de menores y un enfoque general”. *Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

<sup>31</sup> Código Penal Argentino. Art 125

Núñez define el delito contemplando que la corrupción de un menor es la depravación o lujuria de la conducta sexual que puede consistir en la perversión de la ejecución de los actos sexuales o en la precocidad o exceso del trato sexual. La depravación de los sentimientos y las ideas sexuales, que es una corrupción moral, no es una corrupción de la conducta sexual en el sentido del Art. 125.<sup>32</sup>

La promoción y facilitación de la corrupción de menores atenta contra el derecho de las personas, que en razón de sus edad, no han alcanzado la plena madurez física, sexual y psíquica, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica puede impedirles en el futuro a tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones.

La criminalidad de los hechos que reprime el Art. 125 no reside en el logro de la corrupción de la víctima, sino en la propia tendencia de los actos del agente. No se trata de un delito de resultado material, sino de un delito formal de peligro abstracto, porque no es necesario que las acciones del delincuente, obrando exitosamente en el ánimo de la víctima, la hayan puesto a ésta en efectivo peligro de prostituirse o corromperse o de acrecentar la gravedad de ese estado.

#### ❖ **TIPICIDAD:**

*Tipo objetivo:*

#### **ACCION DE CORROMPER:**

El problema del delito de corrupción consiste en la dificultad de dar un concepto autónomo, de manera que hay que analizar si existe un

---

<sup>32</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL, parte especial” 4º edición (2009). Pág. 155

significado distinto de la prostitución, que es fácilmente definible. Es por eso que elegí tratar ambos delitos por separado.

El criterio tradicional tiene una concepción moralizadora de la corrupción como actividad degradante que perjudica la propia moralidad del sujeto.

En la jurisprudencia utilizada se contemplaba *“El acusado deseo hacer lo que hizo, conociendo el carácter de los actos de contenido sexual, que por prematuros, perversos y excesivos, fueron idóneos para promover la corrupción; en ese sentido libremente su voluntad logro esa finalidad. Los hechos desarrollados, no revisten doble tipicidad, sino que constituyen hechos de corrupción de menores”*<sup>33</sup>

Explica Donna que la corrupción constituye una modalidad específica de la prostitución, en la que no solamente se somete a una práctica venal la sexualidad del individuo, sino que se deteriora la formación de su personalidad, por efecto de psicológica sumisión al ejercicio de la prostitución. Agrega que en tal sentido, el derecho a la correcta educación sexual del menores se trasciende al plano de la formación de la personalidad del menor; debe incriminarse la conducta atentatoria a los derechos educativos del menor en materia sexual solo a la actividad de la prostitución, para soslayar veleidades interpretativas con cierta frecuencia derivadas a los insólitos derroteros de la moralidad, como pretendido objeto de la corrupción.<sup>34</sup>

Existe dificultad en dar una noción de lo que es la corrupción sexual. El concepto mismo, es de difícil precisión, más allá de los cambios existentes

---

<sup>33</sup> Cámara Criminal de 6ª Nominación Córdoba. “Bravo, Diego Fernando p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal agravado continuado y promoción a la corrupción de menores calificad” (25/04/2011)

<sup>34</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005). Pág. 132

en materia sexual a través del tiempo. Es de mala técnica legislativa, y en este error cae el codificador, el dar conceptos y no describir conductas.

La promoción y facilitación de la corrupción tienen el mismo tratamiento que la prostitución, por tal motivo no considero importante explicar nuevamente tales conceptos.

La ley 25.087 deroga el Art. 126 que tipificaba el delito de corrupción de víctimas mayores de 18 años. En su redacción actual, el Art. 125 se protege la corrupción del menor de 18 años y se agrava la pena si se corrompe a un niño de 13 años.

*Tipo Subjetivo:*

*DOLO:*

Este delito siempre tiene relación directa con el dolo directo. Donna ejemplifica el delito doloso en cuestión a través de un caso donde menores húngaras, quienes vinieron al país a trabajar en un cabaret, bailaban y alternaban con la gente. Volvían acompañadas por el dueño del lugar o su señora a la casa donde Vivian. A raíz de una denuncia, el juez de instrucción entendió que el imputado había cometido el tipo penal de corrupción, ya que exponía a las menores a un ambiente propicio a la depravación de la conducta sexual. La cámara del crimen sobreseyó al procesado, afirmando que no había relación causal entre la acción y la depravación de la conducta de las menores.<sup>35</sup>

*ERROR:*

---

<sup>35</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005). Pág. 142

Rigen todos los principios del error del tipo, como el de prohibición. Puede suceder que el sujeto crea que la persona es mayor de edad o que esté convencido de que sus actos no son corruptores y caen dentro de la normalidad sexual. Esto último es una dificultad que ni la doctrina y jurisprudencia se han planteado seriamente. Es por eso que se utilizan las reglas generales del error.

### ❖ **AGRAVANTES DE LA CORRUPCIÓN DEL MENOR:**

El segundo párrafo del Art. 125 incrementa el monto de la pena cuando el menor no hubiera cumplido 13 años, 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 12 años.

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 otra parte del autor la utilización de medios especiales, que van en contra de la libertad de la víctima. Esos medios son la violencia, engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro tipo de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente encargada de su educación o guarda.

Estos medios solo funcionan respecto de la promoción de la corrupción, ya que en la facilitación se trata de otra cuestión, porque es una ayuda a la iniciativa de la víctima, de modo que si existen estas formas especiales de comisión, dejara de ser facilitación para convertirse en promoción.

Según el criterio de Donna se trata de un delito de peligro concreto, y concuerdo con el mismo, ya que debe entenderse dado el riesgo que corre

el bien jurídico teniendo en cuenta el estado de corrupción del menor. También es admisible la tentativa solo en los caso de tentativa inacabada. La acción penal es pública y por eso puede ejercerse de oficio.

En el fallo que consulte y donde se trataba este delito, se expresó: *“El traído a proceso, vivía en una misma vivienda hogar con la víctima menor de 13 años de edad; encontrándose encargado de su guarda por ser concubino de la madre y atentó contra la reserva sexual del cuerpo de la niña, configurándose corrupción, porque las prácticas sexuales fueron prematuras, comenzaron cuando la víctima tenía 9 años de edad, excedieron un torpe desahogo sexual y revelan absolutamente una voluntad destinada a pervertir: algunas consistieron en la introducción del pene en la boca de la menor más la exhibición de personas desnudas y teniendo relaciones sexuales entre ellas, a través de películas, y según lo dicho por la propia víctima “...yo no las quería ver, salía lo que él me hacía hacer a mí...”, y también que el imputado le decía que ella tenía que hacer lo que veía en las películas pornográficas, para ir corrompiéndola cada vez más en su desarrollo evolutivo, porque es sabido que este tipo “adelantamiento” sexual, provoca alteraciones en las funcionalidades específicas de la esfera sexual de cada individuo menor.*<sup>36</sup>

Lejos de pretender resolver el problema, esta breve articulación conceptual, mas bien, pretendió poner sobre el tapete, cuestiones de máxima trascendencia referenciadas al siempre vigente delito de corrupción de menores, sobre los cuales de suele escribir mucho, pero decir muy poco.

---

<sup>36</sup> Cámara Criminal de 6ª Nominación Córdoba. “Bravo, Diego Fernando p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal agravado continuado y promoción a la corrupción de menores calificado” (25/04/2011)

*Una persona puede sentirse sola,*

*Aún cuando mucha gente lo quiera.*

**ANA FRANK, DIARIO.**

## **CAPÍTULO 5**

# **PORNOGRAFÍA INFANTIL.**

La pornografía aparte de ser un delito, es un problema propio de las sociedades modernas tecnificadas y que demanda la más decidida reacción y cooperación de los distintos estados: la pornografía infantil difundida a nivel mundial a través de Internet.

### **❖ ASPECTOS GENERALES DEL DELITO:**

El Art. 128 de nuestro Código Penal tipifica al dicho delito expresando: *“será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhiban menores de 18 años, el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaran dichos menores, o el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hicieren manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de 18 años, al momento de la creación de la imagen”*<sup>37</sup>

El bien jurídico que se protege no es el pudor público sino el normal desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido 18 años de edad, y por ende, no han alcanzado suficiente madurez psíquica y sexual para protagonizar esas exhibiciones; el objeto primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas.

#### LAS ACCIONES PROPIAMENTE TIPICAS:

Se expresa en el Art. 128 tres tipos delictivos: el primero producir o publicar imágenes pornográficas y organizar espectáculos públicos. El segundo es distribuir las imágenes y el tercero que no será tema tratado, es facilitar el acceso a espectáculos pornográficos a menores de 14 años.

La multiplicidad de conductas del mismo sujeto, sobre un mismo objeto, no multiplica la delictuosidad, ya que se trata de un delito continuado.

Consultando jurisprudencia con el fin de analizar la figura típica en la realidad, se puede tener en cuenta un fragmento de un fallo donde se trata el delito de distribución de pornografía de un menor a partir de un familiar

---

<sup>37</sup> Código Penal Argentino. Art 128

del mismo, y se expresa *“dicho delito queda atrapado en las previsiones del Art. 128, segundo párrafo, del código de fondo, ya que lo que hace a la configuración del delito que éste prevé no es la trascendencia de las imágenes a terceros (destinatario singular o plural), sino que, con éstas se muestren personas menores de 18 años. Ello, porque el injusto que reprime el Art. 128 del C.P. constituye un delito de pura actividad el que, como tal, se consumó con la sola difusión -en el caso- de las imágenes que constan en autos. Por último, se hace hincapié en que las fotografías en cuestión fueron enviadas no sólo a una persona determinada, sino a un «news group», sitio que permite que aquéllas sean observadas por terceros indeterminados”*<sup>38</sup>

### LA PORNOGRAFÍA:

Dicho término tiene similitud con “obsceno”, aunque sea relativo. Se debe tener en cuenta que si no parte de un propósito sexual predominante, será muy difícil discernir lo pornográfico de lo artístico.

Núñez expresa: *“ no es fácil dar un concepto de este elemento normativo- que como tal debe ser interpretado- que es excesivamente abierto, y por lo tanto, peligroso para la seguridad jurídica porque puede no resultar valido para todos y para siempre desde que se trata de un concepto dinámico y variable”*<sup>39</sup>

### LA PUBLICIDAD:

Una cuestión que debe resolverse en el tipo de estudio es, si se exige que todas las conductas enumeradas en el Art. 128 sean de realización pública.

---

<sup>38</sup> CNCP - Sala I. “M., E. s/ recurso de casación”. (07/03/2003)

<sup>39</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL, parte especial” 4º edición (2009). Pág. 172

Según Donna, luego de la modificación por la ley 25.087, el bien jurídico protegido en el Art. 128 cambió, y es por eso que lo esencial ya no es la publicidad del material pornográfico, es decir que éste trascienda a terceros. Sino la incriminación de las conductas reseñadas, cuando a través de ellas se explotan a menores. Sin perjuicio de ello, cuando la acción típica sea la de “publicar”, si se exigirá el requisito de publicidad, no así en las restantes acciones enumeradas en el tipo penal.<sup>40</sup>

#### LAS GARANTÍAS DE LA PRENSA BRINDADAS POR LA C.N.:

Según Núñez, cuando las imágenes fueran publicadas por medio de la prensa es aplicable la regla del Art. 32 de la C.N. pero el Art. 49 del Código Penal, que exime de la responsabilidad en casos de “los delitos cometido por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión y venta” no resguarda la garantía constitucional. Por eso ha podido entenderse que la norma del Art. 49 cede ante la del Art. 128 porque constituye una excepción a aquella otra.<sup>41</sup>

#### SIMILITUD CON EL DELITO DE EXHIBICIONES OBSCENAS:

Cuando se produce una exhibición obscena es porque se ejecuta o se hace ejecutar por otro y es expuesta a ser vista involuntariamente por terceros. En caso de que se mostrase un libro, un escrito, una imagen, estaríamos delante de la figura típica del Art. 128, siempre y cuando también se trate de menores. Por lo tanto la exhibición obscena es netamente mostrar desnudeces de partes sexuales o en actividades sexuales.

---

<sup>40</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2º edición actualizada (2005). Pág. 180

<sup>41</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL, parte especial” 4º edición (2009). Pág. 173

Es esencial la publicidad en este delito tipificado por el Art. 129 del Código Penal, el cual lo contempla expresando: *“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 tratase de un menor de trece años”*<sup>42</sup>

### **❖ LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA. LOS DELITOS INFORMÁTICOS.**

Primero se debe distinguir el delito informático del delito computacional. El delito computacional es aquella conducta en la que los medios informáticos constituyen una nueva forma de atacar bienes jurídicos ya protegidos por el derecho penal. El delito informático propiamente dicho, en cambio, es aquel que afecta un nuevo interés social, un nuevo bien jurídico-penal de naturaleza informática, la información. Entonces la pornografía en Internet puede ser englobado dentro de los denominados “delitos computacionales” ya que supone únicamente una nueva manifestación del delito viejo conocido como “ofensas al pudor”, cuya comisión afecta un bien jurídico de antigua data: la libertad o indemnidad sexual.

El Dr. Álvaro Crespo opina que debe insistirse en que la respuesta estatal ante la criminalidad informática debe mantenerse dentro de lo razonable, evitando recurrir indiscriminadamente al derecho penal con objetivos

---

<sup>42</sup> Código Penal Argentino. Art. 129

meramente simbólicos: la protección debe limitarse a los intereses sociales que adquieran la suficiente importancia social para erigirse válidamente en bienes jurídicos-penales dignos de protección, pues de lo contrario, la intervención punitiva estatal implicará una violación inaceptable al carácter de ultima ratio de un derecho penal.<sup>43</sup>

En el año 2008 se sancionó la ley 26.388, no se trata de una ley especial de delitos informáticos con figuras propias o específicas, sino de una modificación al Código Penal. Esto significa que se sustituye e incorpora figuras típicas a diversos artículos del nuestro Código actualmente vigente, con el objeto de regular las nuevas tecnologías como medios de comisión de delitos previstos.

Surge la preocupación de legisladores por respetar el *principio de legalidad*, fundamentando dicha preocupación en el peligro que representa la violación de dicho principio y la prohibición de la analogía dentro del Derecho Penal, resulta necesaria la correcta tipificación de las conductas reprochables sin perder claridad.

Respecto a dicha cuestión, el Dr. Crespo advierte que algo similar ocurría con las conductas de producción, publicación y distribución de imágenes pornográficas de menores a través de Internet, cuyo encuadramiento en el anterior Art. 128 del Código Penal Argentino era discutible. Y si bien muchos autores opinaban que no se afectaba el principio de legalidad, con la nueva ley, que reforma el mencionado artículo, la cuestión queda

---

<sup>43</sup> DR. ÁLVARO CRESPO. “la pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado derecho penal de las sociedades de riesgo” *Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

totalmente zanjada, al preverse que tales conductas pueden cometerse “por cualquier medio”<sup>44</sup>

Como conclusión se afirma que la ley tipifica con rigurosidad conductas que antes podían discutiblemente encuadrarse en figuras ya existentes, lo que implicaba interpretación reñida con el grado de precisión que debe tener toda ley.

### **❖ RESPONSABILIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE INTERNET. ¿POSICIÓN DE GARANTE?**

Existe gran preocupación en las empresas que actúan como intermediarios en Internet, quienes consideran que podría llegar a imputárseles responsabilidad penal por los contenidos que transitan o se albergan en sus servidores, pese a que usualmente no tienen conocimiento acabado de la ilicitud del contenido en cuestión. La redacción del tipo penal no deja lugar a duda que se trata de una figura dolosa, por lo que en esos supuestos no es posible inferir que se incurra en el delito del Art. 128 del Código Penal.

Para ello Crespo expresa: *“se debe tener en cuenta lo siguiente: a- no existe conocimiento efectivo de los contenidos y de su ilicitud; b- en la mayoría de los casos no podría existir tal conocimiento por la inviolabilidad de las comunicaciones; c- a ello se suma la inexistencia e*

---

<sup>44</sup> DR. ÁLVARO CRESPO. “la pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado derecho penal de las sociedades de riesgo” *Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

*un deber de vigilancia o supervisión de contenidos. En todo el derecho comparado, se considera a ésta como una figura dolosa*<sup>45</sup>.

El derecho penal moderno de sociedades de riesgo se caracteriza por la creación de nuevas posiciones de garante, se considera controvertida la atribución de posibles responsabilidades penales a los denominados proveedores de servicios o intermediarios de Internet. Si el proveedor contribuye activa y dolosamente a la difusión de dichos contenidos ajenos podría llegar a ser considerado autor del delito de difusión, o al menos participe del mismo. Al ser un delito con dolo, será la existencia de este contenido subjetivo el que determinara la responsabilidad de los proveedores de Internet en la difusión de material pornográfico que incluya a niños.

Concluye Crespo que la necesidad de que el Estado fomente proyectos de autorregulación, a fin de que sean propios proveedores de internet quienes desempeñan un papel central y eficaz para evitar la distribución de contenidos ilícitos en la red; es lo que se proponen en los distintos instrumentos legales sancionadas en el marco de la Unión Europea.<sup>46</sup>

### **❖ LOS USUARIO QUE POSEEN IMÁGENES GUARDADAS SIN CONOCIMIENTO.**

Se plantea en doctrina y jurisprudencia dicha cuestión de la tenencia de imágenes de contenido pornográfico sin tener conocimiento de lo mismo.

---

<sup>45</sup> DR. ÁLVARO CRESPO. “la pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado derecho penal de las sociedades de riesgo” *Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

<sup>46</sup> DR. ÁLVARO CRESPO. “la pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado derecho penal de las sociedades de riesgo” *Revista Electrónica derecho penal on line* (2011)

La respuesta a esto es semejante a lo dicho anteriormente: la falta de dolo hace que no exista delito. Un ejemplo sería aquella persona que descarga de Internet archivos “zipeados” sin conocer su contenido en el entendimiento que es una película o solo música según el título del archivo, pero que luego resulta que contiene imágenes prohibidas por el Art. 128 del Código Penal. En este caso se entiende que tampoco existe la finalidad de distribuir o comercializar que exige el segundo párrafo de la mencionada disposición (dolo específico).

Como modo de concluir se puede decir que la regulación de los delitos informáticos encuentra una serie de dificultades que se inician en la determinación misma de su concepto y la dilucidación de su posible autonomía, y culminan con el peligro de afectación de los principios básicos de nuestro Derecho Penal, so pretexto de una pretendida eficacia en la persecución de ese tipo de delitos.

Sin embargo, con la creación de la ley 26.388 se ayudo a la regulación de tales figuras típicas. Existe una gran demanda o presión social por la regulación de tales cuestiones y los problemas que causan los avances tecnológicos en esta sociedad que se ha denominado “de riesgo”, no impide que los legisladores se preocupen por normar respetando los principios básicos de un derecho penal liberal.

Cuestiones como la responsabilidad de distribuidores de Internet, usuarios que tienen imágenes pornográficas sin su conocimiento, deben tener una mejor y correcta interpretación de la letra legal.

La pornografía es un delito con muchas aristas, que en mi opinión debería ser tratado con más severidad y conciencia, intentando no sólo prevenir el delito sino restaurar la situación vivida por la víctima. El Internet debe

saber utilizarse, y ser un medio con fines positivos, evitando la violación a la indemnidad sexual del menor.

Se debe tener en cuenta que, al no existir la persona que se interesa por la pornografía, tampoco existiría su comercialización.

*El poder no corrompe,*

*El poder desenmascara.*

**RUBÉN BLADES**

## **CAPÍTULO 6**

### **PEDOFILIA**

En el presente capítulo se hará referencia a la pedofilia y su relación o diferencias con otras “desviaciones de carácter sexual” para poder disminuir aquellas dudas acerca de si estamos frente a enfermedades que son excluidas de la tipicidad o bien merecen algún castigo al convivir con ellas y demostrar dichas desviaciones.

## ❖ LA PEDOFILIA Y PEDERASTIA ¿ENFERMEDADES O DELITOS?

Cuando tenemos la oportunidad de ver alguna noticia por televisión, donde se abusa a un niño, los periodistas muchas veces utilizan el término “pedófilo” para referirse al autor del hecho; también llaman “pedófilo” al que a partir de redes sociales o Internet en general, toma contacto con menores y nos seduce para poder atraerlos a que tengan relaciones sexuales con ellos o bien solo se conforman con fotos de los niños o videos. Me parece importante limitar el concepto en cuestión y tener mayor conocimiento en el tema, es por eso que desarrollare un pequeño análisis de lo que es la pedofilia.

En medicina cuando se trata a la pedofilia como enfermedad, se la define como aquella excitación o el placer sexual que va a obtener la persona a través de actividades o fantasías sexuales con niños de corta edad.

La Licenciada María Cecilia López habla de la pedofilia diciendo: *“es la atracción sexual que siente un adulto hacia niños o adolescentes y que permanece a lo largo del tiempo”*<sup>47</sup>

A la persona que presenta la pedofilia se llama pedófilo, siempre será alguien de al menos 18 años de edad, y debe existir siempre una diferencia de 5 años con el menor que será incitado sexualmente.

La pedofilia se plasma directamente en la personalidad del que la padece, se mezclan aspectos mentales, educación sexual, violencia y todo ello lleva a que existan dos tipos de pedofilia: la primaria que es muy arraigada en el sujeto, muestran una inclinación sexual casi exclusiva por

---

<sup>47</sup> López María Cecilia, ABUSO SEXUAL. 1º edición, 2010. Pág. 86

los niños y su conducta compulsiva es independiente de su situación personal. La secundaria que se motiva con factores de circunstancia, se caracterizan por que su conducta viene inducida por una situación de soledad o estrés.

En el concepto de la licenciada López se expreso que la relación entre el pedófilo y el menor puede prolongarse en el tiempo, razón por la cual el adulto puede tener un enamoramiento real con ese niño.

Las conductas pedófilas en sí, pueden ser solo conductas inofensivas o una enfermedad oculta sin expresión. El problema se suscita cuando dicha desviación mental empieza a plasmarse con acciones. Aquí nace la gran diferencia entre la enfermedad y el delito.

Cuando un pedófilo lleva adelante sus atractivos y comienza una actividad sexual con un menor, se produce lo que se denomina la **pederastia**.

La pederastia es en sí, el abuso sexual del menor, figura típica contemplada y penada en nuestro Código Penal.

María Cecilia López aclara que “si bien con la pedofilia se designa solo una tendencia sexual, no llevada a la práctica, comúnmente se lo usa como sinónimo de pederastia. Es decir que la pederastia es la actividad sexual entre el adulto y el menor, ya consumada”<sup>48</sup>

Entonces bien claro está que la enfermedad es la pedofilia, la acción sexual producto de esa enfermedad es la pederastia, conocida como abuso sexual del niño.

---

<sup>48</sup> López María Cecilia, ABUSO SEXUAL. 1° edición, 2010. Pág. 87

Existen, a este respecto, diversas asociaciones de pedófilos que reivindican la pedofilia como una forma más de vivir la sexualidad humana y que, en consecuencia, debe ser aceptada con naturalidad por parte de la sociedad.

La persona pedofilia puede ser hombre o mujer, pero las mujeres suelen ser en menor cantidad y sufren de soledad o son marginadas de la sociedad. El pedófilo se caracteriza por no considerar anormal su tendencia, por lo que no suele presentar sentimientos de culpa o vergüenza.

La materialización de la pedofilia no se expresa solamente con el acto sexual llevado a cabo con el menor, puede también limitarse a desnudar al niño y mirarlo, a exhibirse, a masturbarse en su presencia, entre otros.

En ocasiones, son imágenes de niños que han sido subidas a la red por algún familiar, con la finalidad de compartir un cumpleaños, una fiesta familiar o algo totalmente inocente, y que han sido luego tomadas por los pedófilos y trucadas hasta convertirlas en imágenes que les despiertan sus fantasías.

Una modalidad que suelen utilizar los pedófilos es la del “child grooming”, que consiste en el acoso a través del chat y en la inducción creciente a que el niño realice acciones frente a la cámara web, que despiertan el placer del acosador, sin que el niño perciba siquiera su verdadero rostro.

Al principio, la persona adulta implementa estrategias para ganarse la confianza del menor. Por lo general, el primer contacto es haciéndose pasar por alguien de la misma edad que el captado y pretendiendo tener los mismos gustos. Luego le solicitará que realice acciones frente a la cámara web para obtener imágenes comprometidas del menor o pretenderá un encuentro personal para obtener concesiones de índole sexual.

Esta modalidad se ha ido incrementando en los últimos años también en nuestro país, y se ha ido sofisticando en sus modalidades. El año pasado tomé conocimiento de un acosador que se infiltraba en las conversaciones por chat entre los niños, en este caso, dos compañeritos de escuela de ocho años de edad, y haciéndose pasar alternativamente por uno o por el otro los inducía a llevar sus conversaciones a planos sexuales explícitos.

Es frecuente que al principio, en sus primeros contactos, el acosador lo haga sentir al niño especial y comprendido, y que éste acceda aun confundido a alguno de sus pedidos. Si el pequeño captado comienza a negarse o pone límites a estas propuestas, los acosadores suelen utilizar amenazas y extorsiones por ejemplo, que va a enviar las fotos a sus compañeros de grado o que va a pasarles algo grave a sus padres. Así, el niño termina atrapado en las manos del perverso.

No es necesario que haya relación sexual para que ocurra un abuso sexual, la víctima de “grooming” tiene las mismas graves secuelas psíquicas que otro niño abusado, con un agravante, que es el conocimiento de que las imágenes se reproducirán a perpetuidad en la red.

El acceso a las redes y las actuales formas de comunicación son para los chicos y jóvenes parte de su vida cotidiana, herramientas que les aportan accesibilidad a la información mundial y les brinda un intercambio cultural y social indiscutible. Pero es importante recordar que Internet es un aliado para personas con pedofilia.

El origen de la enfermedad o la causa de su aparición, no se encuentran limitado aún, se puede considerar factores importantes a la inmadurez sexual, o la infancia eterna; también a problemas psicológicos debido a abusos sexuales producidos en la niñez, o bien algún trastorno en la personalidad del pedófilo.

El principal problema que presenta el tratamiento de los pedófilos es que estos no suelen colaborar. Son una minoría los que aceptan ser tratados y muchos de ellos no se consideran ni enfermos ni anormales, llegando incluso a reivindicar, tanto privada como públicamente, la legitimidad de sus aproximaciones a menores sobre la base de que solo pueden considerarse como abusos cuando media la violencia. Es frecuente, también, el que apelen a que el menor tiene capacidad suficiente para demostrar si algo le agrada o no, o a que sus acciones son consecuencia de las actitudes seductoras del menor.

La mayor parte de los países conservan solo castiga la pederastia, es decir, el acto de abusar sexualmente de un menor, y no la mera tendencia sexual pedófila. Por ello, un acto de abuso sexual infantil no es calificado como pedofilia por las leyes. Sin embargo, en algunos códigos penales sí se contemplan delitos que castigan dicha conducta.

De esta manera, la distinción entre la tendencia sexual (pedofilia) y la práctica abusiva y además delictiva y penada por nuestro Código (pederastia), se puede perfectamente diferenciar una de la otra. Queda claro que la primera es una enfermedad en la persona y la segunda es ya tipificada. Lo importante aquí es saber utilizarlas y la mayor responsabilidad en perpetuar esta confusión lo tienen los medios de comunicación.

Hay que ser conscientes que esta confusión está muy arraigada en nuestra cultura, y de que no es fácil separar claramente las categorías conceptuales, a pesar del aparente conocimiento de la sociedad actual.

*El niño sin infancia,*

*Es un niño sin recuerdos.*

**MARÍA CECILIA LÓPEZ**

## **CAPÍTULO 7**

# **DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

La situación actual de los menores con sus derechos negados, es complicada en todos los niveles, tanto nacional como mundial. Esto sucede a pesar de existir gran cantidad de normas, leyes y demás documentos que van aumentando en los distintos ámbitos jurídicos y políticos en los diferentes niveles. Aun con toda esta normativa existente, la desnutrición,

analfabetismo, falta de vivienda, educación, atención sanitaria, prostitución y comercialización de niños, siguen siendo siempre alarmantes.

Es esencial tratar el tema de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, basándose en que ellos son el futuro del mundo y también porque al aplicar correctamente la legislación y normativa vigente, se podría disminuir y prevenir situaciones que disminuyan la calidad de vida de los menores.

Sin embargo, los procesos de cambio son lentos, los intereses que existen son importantes y por ello no debemos desilusionarnos y bajar los brazos en la lucha para mejorar esta cuestión. Con la ayuda y apoyo en la aplicación correcta del derecho, estaríamos cumpliendo un mandato constitucional, el respeto a los derechos humanos e imperativos éticos que no pueden ser ignorados. Debemos tener en cuenta que no solo el derecho va a poder mejorar esta situación, sino que debe existir cooperación de la política de Estado, sociología, economía y tantas otras ramas del conocimiento que deben también ser llamadas en causa para operar en este cambio.

La sociedad debe mejorar y el derecho de cada uno de nosotros debe ser respetado y considerado en nivel de igualdad.

### ❖ **ORÍGENES DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES**

Fue en el siglo XX donde se produjo un profundo proceso de reconocimiento y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989 por las Naciones Unidas. A partir de esta innovación, surge a nivel mundial una

tendencia a acordar un conjunto de principios de alcance universal para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Anteriormente, en 1948 se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, haciendo hincapié en uno de sus Art. En que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*<sup>49</sup>

También hace referencia a que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*<sup>50</sup>

Fue en el año 1959 cuando la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la “Declaración Universal de Derechos del Niño”. Se trata de un conjunto de instrumentos jurídicos, de carácter internacional y garantista, que expresan un cambio en la consideración social de la infancia.

En dicha declaración se le otorga al niño:

- 1) Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, credo o nacionalidad.
- 2) Derecho a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social.
- 3) Derecho a un nombre y una nacionalidad.
- 4) Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuadas para el niño y la madre.

---

<sup>49</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 25

<sup>50</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Art.16

- 5) Derecho a una educación y cuidados especiales para el niño física o mentalmente disminuido.
- 6) Derecho a comprensión y amor por parte de los padres y la sociedad.
- 7) Derecho a recibir educación gratuita y a disfrutar de los juegos.
- 8) Derecho a ser primero en recibir ayuda en casos de desastre.
- 9) Derecho a ser protegido contra el abandono y la explotación en el trabajo.
- 10) Derecho a formarse en un espíritu de solidaridad, comprensión, amistad y justicia entre los pueblos.<sup>51</sup>

Opinan María Inés Laje y Tania Vaca Narvaja que a partir de estos antecedentes, nace un proceso que entiende a niños, niñas y adolescentes como titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, gozando de todos los atributos y cualidades que distinguen a los derechos humanos.<sup>52</sup>

Al ingresar al plano nacional encontramos leyes nacionales denominadas de fondo con sus correlatos de aplicación provinciales, y las modificaciones que se consideran también significativos. Esta normativa requiere de marchas y contramarchas, tienen avances y retrocesos, al compás de la construcción se valores y tendencias, sustentados e impuestos tanto por los medios de comunicación como por los poderes del Estado.

Creo importante nombrar el sustento legislativo de nuestro país sobre la protección de los derechos del niño. Se debe destacar que hasta el año

---

<sup>51</sup> Declaración Universal de los Derechos del Niño.

<sup>52</sup> María Inés Laje y Tania Vaca Narvaja. “los derechos de niños, niñas y adolescentes: una construcción de larga data”. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Ed. Advocatus. (2011)

2006, a nivel nacional coexistieron normativamente dos paradigmas contrapuestos, el de la situación irregular y el de la protección integral.

El paradigma de la situación irregular está compuesto por: a nivel nacional: ley del patronato de menores (derogada); régimen penal aplicable a menores incurso en delitos (vigente). A nivel provincial: estatuto de la minoridad (derogada) y la el de procedimiento correccional de menores (derogada).

El paradigma de la protección integral, comprende a nivel nacional: ley 23.849 que ratifica la Convención de los Derechos del Niño, la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 con su art. 75 inc. 22; la ley 26.061 que protege la integralidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes. A nivel provincial: ley sobre la protección judicial del niño y adolescentes.

### ❖ **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

La convención sobre los Derechos del Niño, es a mi entender el eje principal en la protección del menor, en todos sus aspectos y en el cuidado de su calidad de vida.

Dicha Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por la ley nacional 23.849 de septiembre de 1990, e incorporada en nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994, en su Art. 75, inc. 22. Fue firmada y ratificada por más de 160 países, a quienes compromete a adecuar su legislación a los principios y derechos que ésta consagra. Se trata de un marco jurídico vinculante a cuestiones fundamentales relacionadas con el niño y la familia.

Constituye una conquista muy importante en el campo de la niñez, poniendo de manifiesto una nueva toma de conciencia, frente a la grave desprotección y violación de los derechos del niño que se observa en el mundo.

En la doctrina consultada se contempla que la Convención transforma aquel niño objeto de protección y control, en sujeto de una amplia gama de derechos y libertades; se aclara el significado de prácticamente todos los derechos humanos para los niños y adolescentes.<sup>53</sup>

Se tutela de modo más directo los intereses de menores, amplía la esfera de los derechos a proteger, dotándolos de contenido mas concreto y se reconoce la condición de sujetos activos de derechos a los niños, otorgándoles intervención en todos aquellos asuntos que interesen a su propia vida y su destino.

En este contexto, el niño y adolescente es titular de todos los derechos fundamentales de la persona humana, pues estos son sus derechos humanos, y goza de todos los atributos y cualidades que distinguen a los derechos humanos adultos.

La Convención representa el acuerdo de la comunidad internacional sobre los principios básicos que han de orientar a la política promocial de los estados en el campo de la niñez. Entre otros, el derecho a la vida, a preservar su identidad, a una familia, al nombre, a su nacionalidad, a la consideración de su interés superior y de su opinión, salud, educación, nivel de vida, sin distinción o discriminación alguna. Estos son pilares

---

<sup>53</sup> María Inés Laje y Tania Vaca Narvaja. “los derechos de niños, niñas y adolescentes: una construcción de larga data”. DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Ed. Advocatus. (2011) pag. 35

básicos de todo programa a favor de la niñez, siendo prioritaria su inclusión en los planes nacionales de desarrollo.

Son cuatro los principios generales que contiene la Convención que orientaran las medidas y diseños de políticas y programas que se adopten para la infancia: no discriminación, interés superior del niño, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, ser escuchado y que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

Relacionando la Convención sobre los Derechos del Niño con la protección de la indemnidad sexual del menor, la misma contempla una Arts. Que considero importantes y fundamentales.

El Art. 34, expresa directamente la protección al niño abusado sexualmente y explotado, comprometiendo a los Estados partes a velar por ello. El mismo contempla: *“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”<sup>54</sup>*

El Art. 35 hace referencia a la trata y secuestro de niños, expresando: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la*

---

<sup>54</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Art 34

*trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.*<sup>55</sup>

Y por último el Art. 39 contempla el compromiso que deben tener los estados partes a rehabilitar y ayudar a los niños que son víctimas de los delitos que atentan contra su sexualidad e identidad. El mismo expresa: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promoverla recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”*<sup>56</sup>

De esta manera se presentó aquello relacionado con la protección del niño y el adolescente, sujeto principal en los delitos tratados en dicho trabajo. Es fundamental poder aplicar esta normativa y darle la importancia que merece. Los países deben comprometerse su aplicación y su respeto, deben cooperar a partir de ella, al mejoramiento y prevención de la violación de los derechos del niño que, a mi criterio es el más vulnerable ante el degrado de sus derechos.

### **❖ LEY NACIONAL 26.061. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

Antes de comenzar con el desarrollo relacionado con la ley nacional, quiero recordar que nuestro Código Penal tiene disposiciones legales ya

---

<sup>55</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Art 35

<sup>56</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Art 39

vistas anteriormente, que tratan las figuras típicas que son el eje del trabajo. En apoyo legislativo, se sancionan leyes como la 26.061 que refuerzan la protección al menor.

Así quince años luego de la rectificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y después de una incansable lucha en la que se comprometieron importantes sectores de la sociedad civil a través de una activa demanda a los poderes del Estado, se logro en el año 2005 la promulgación de la ley 26.061 que deroga la ley de Patronato de Menores. Esta nueva ley se adapta a las pautas y directrices previstas en la Convención, a la que declara de aplicación obligatoria.

El principio que anteriormente nombre que es el del interés superior del niño, se presenta como uno de los pilares fundamentales en esta norma legal, esto se expresa en su Art. 1: *“esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la Republica Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la nación sea parte”*<sup>57</sup>

Dicha ley define al interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, e involucra el respeto a otros derechos como a ser oídos, a que su opinión sea tenida en cuenta, al desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural, entre otros. La patria potestad y su

---

<sup>57</sup> LEY 26.061.Art.1

ejercicio se ajustan a este principio y en caso de presentarse conflictos de interés, éste prevalece.<sup>58</sup>

Para asegurar la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías que muestra esta ley, a la responsabilidad estatal se le debe agregar la participación comunitaria y familiar. En caso de que existan situaciones en que la vulneración es consecuencia de la falta de acceso a una política pública o la vulneración en el ámbito del grupo familiar del niño, debe intervenir en forma inmediata, el programa correspondiente del ministerio competente (escuela, centro de salud, servicio social) para garantizar el ejercicio del derecho.

Es importante considerar el Art. 22 de la ley ya que se relaciona directamente con los delitos que violan la intangibilidad sexual del niño, dicho artículo se basa en el derecho a la dignidad de los menores. El mismo contempla: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen.*

*Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.”*<sup>59</sup>

Algunos autores han considerado a esta ley en parte inútil y peligrosa y otros como una ley ansiada.

---

<sup>58</sup> LEY 26.061. Art 3

<sup>59</sup> Ley 26.061. Art 22

Félix Alejandro Hernández opina que una ley que unifique en todo el país el abordaje de la problemática de la minoridad es bienvenida, y asegura una igualdad en la protección de los derechos del niño. La creación del órgano administrativo que contempla dicha ley para tomar intervención inmediata en los casos de vulneración del derecho de algún niño, es necesaria. Esto evita la judicialización de situaciones en las cuales no es necesaria dicha intervención, pudiendo estigmatizar innecesariamente al menor.<sup>60</sup>

❖ **LEY PROVINCIAL 9944. PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

La ley de nuestra provincia que protege los derechos vulnerados de los menores y que confirma la resistencia provincial a respetar los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se adecúa parcialmente a la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño.

Agrega una sección que denomina procedimiento judicial juvenil, que lejos de incorporar las garantías penales y procesales que exige la Convención Internacional, mantiene vigente el poder de los jueces de menores para ordenar la privación de libertad, con el argumento de que los jóvenes acusados de cometer delitos reciban un tratamiento tutelar, sin que se lleve adelante un debido proceso legal que prueben si fueron o no, responsable de los hechos de los que se los imputa. Sostener hoy este tratamiento, no tiene ningún fundamento jurídico y es totalmente contrario a toda la normativa nacional e internacional vigente en la materia.

Luego de las particulares resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, que intentaron suspender la aplicación de la ley 26.061, nuevamente,

---

<sup>60</sup> Félix Alejandro Hernández, “derecho de menores”. Ed. mediterránea (2006). Pág. 196

nuestra provincia se destaca como una de las que más se resiste en considerar a todos los niños y jóvenes como ciudadanos con derechos, y se encuentra muy distante de estar a la vanguardia dentro del país.

Lamentablemente se continua legislando en temas de infancia exclusivamente a partir de los acuerdos entre el Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sin escuchar ni considerar, ninguno de los aportes presentados por otros actores sociales que participaron del debate legislativo, ya sea en forma personal o a través de dictámenes escritos.

Numerosas redes de organizaciones sociales que hay en nuestra provincia, se intentan ejercer responsabilidad sobre la garantización de los derechos de los niños.

A pesar de este contexto, nuestro compromiso debe ser el de continuar, junto con muchos otros actores sociales responsables, en el camino de promover la implementación de un verdadero sistema de protección integral de los derechos del niño, mas allá, o a pesar, de los obstáculos que desde los ámbitos de poder se siguen construyendo.

Como modo de conclusión, considero esencial que se comience cumpliendo lo principios consagrados en nuestra Constitución Nacional y fundamentalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, para luego a partir de allí, aplicar en cuanto fuere procedente la ley 26.061 y demás disposiciones provinciales que protegen judicialmente al niño y adolescente.

Los medios existen, la capacidad de los juristas también. Solo depende de todos poder cooperar y así evitar la violación de los derechos de la generación venidera.

*Estoy solo, y*

*No hay nadie en el espejo.*

**JORGE LUIS BORGES**

## CAPÍTULO 8

# ACTUALIDAD EN ARGENTINA

En el presente capítulo se analizarán temas actuales relacionados con los delitos que son el hincapié de dicho trabajo y que a mi criterio son interesantes tratar debido a que existen diferentes posturas, algunas opiniones, lagunas legales y sobre todo una capciosa práctica del derecho en muchos aspectos.

## ❖ LA REINCIDENCIA. RELACIÓN CON LA LIBERTAD CONDICIONAL.

La reincidencia está definida en nuestro Código Penal diciendo que *“quien hubiere cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”*.<sup>61</sup>

La llamada reincidencia es un supuesto de reiteración delictiva que, sin embargo, suele no contentarse con la mera repetición de ilícitos penales sino que, por ser una categoría legal, exige, además, la concurrencia de otras condiciones.

La reincidencia es un hecho que debe probarse e incorporarse oportunamente al juicio para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; y que su declaración siempre encierra un agravio eventual, en tanto aun cuando no se la utilice para cuantificar -en sentido gravoso- la pena del segundo delito, puede igualmente agravar la respuesta punitiva de ese hecho, al impedir la procedencia de la libertad condicional del Art. 14 del Código Penal y regularse en muchos códigos procesales como obstáculo a la libertad durante el proceso.<sup>62</sup>

El Código Penal argentino atribuye a la reincidencia el efecto de agravar la respuesta institucional punitiva del Estado. La ley penal argentina la ha previsto como circunstancia agravante a considerar en la determinación de la pena en el caso concreto.

---

<sup>61</sup> Código Penal Argentino. Art. 50

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia de SANTA FE (Pcia. de Santa Fe). Herrera, Gerardo Gabriel - Robo - Abuso sexual - Incidente de libertad condicional sobre recurso de inconstitucionalidad. (07/12/2011)

En el derecho penal argentino rige el sistema denominado de reincidencia “real” o “verdadera”, que requiere no sólo la existencia de una condena anterior, sino, también, el cumplimiento real de una pena carcelaria impuesta en aquella condenación.

Para este régimen, no sería suficiente para la declaración de reincidencia la existencia de una condena condicional anterior, ya que en ella, por definición, no hay cumplimiento de pena alguno.

Tampoco daría lugar a reincidencia, en la regulación actual, la registración de una condena computable anterior a pena privativa de libertad en la cual el condenado no hubiera cumplido verdaderamente pena privativa de libertad, sino que simplemente dicha pena se le haya dado por cumplida con el tiempo de prisión preventiva sufrido. Ello es obvio, pues la denominada prisión preventiva (que en los hechos es una pena sin condena) se aplica, según el común discurso procesal, a título de medida cautelar de los fines del proceso.

La reincidencia evidenciaría una voluntad más firme de delinquir de quien, pese a haber sido sometido a un tratamiento resocializador, vuelve a cometer un ilícito culpable. Sería una suerte de castigo a la tozudez. Ello es así porque, precisamente, la comisión de un delito luego del tratamiento reintegrador efectivamente implementado, muestra que aquel “remedio punitivo” no cumplió el meramente proclamado fin de “reinserción social”.

Es normal observar en los medios de comunicación, delitos que se cometen por delincuentes que han reincidido. Algunos de ellos son aquellos que denigran a la indemnidad del niño.

Pero se debe tener en cuenta, que muchos reincidentes consuman los delitos debido a que se les otorga la libertad condicional y es en ese periodo donde el abusador por ejemplo, comete otro abuso.

Considero que existe una relación principal entre lo que es la reincidencia, la libertad condicional, la resocialización y los tratamientos que se les deberían otorgar a los autores de estos delitos, antes de salir de la prisión.

Según la definición que expresa Cecilia Brindisi, *“la libertad condicional es un derecho de los condenados que pueden gozar cuando cumplen un detenido tiempo de prisión, y demuestren el regular comportamiento carcelario, mas informes de los organismos competentes. Es una suspensión parcial de la privación de la libertad- es decir, del encierro- que tiene lugar durante el periodo de prueba que, resultado favorable, determina la extinción definitiva del resto de la pena privativa de libertad que le quedaba por cumplir al condenado.”*<sup>63</sup>

El Art. 14 de nuestro Código Penal contempla: *“la libertad condicional no se concederá a los reincidentes”*<sup>64</sup>. Es así que se establece la prohibición legal de los reincidentes en acceder al régimen de libertad condicional.

Este instituto parecería que está dirigido a los condenados primarios, y no a los reincidentes.

Ahora bien, el derecho de peticionar de los condenados a prisión se encuentra salvado, atento que no se les puede negar la posibilidad de estudiar su viabilidad teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

---

<sup>63</sup> CECILIA BRINDISI. “¿los reincidentes tienen derecho a la libertad condicional?”. *Revista Electrónica derecho penal on line* (2012)

<sup>64</sup> Código Penal Argentino. Art. 14

La norma está dirigida a quien tiene el poder de decisión, al juez competente, que considerando el estado de reincidente, la ley lo habilita a no otorgar la libertad condicional.

Por lo que, no es lo mismo el derecho que tiene todo condenado a solicitar ante el Juez competente la libertad condicional, al derecho del juzgador a denegar dicha solicitud.

Expuesta dicha salvedad, nos enfocaremos en el instituto penal propiamente dicho.

Como primer objetivo a cumplir, la libertad condicional debía mantener el orden y la disciplina carcelaria. También se la entendió como herramienta para la reforma y rehabilitación del delincuente.

Desde otro fin, este instituto se lo ha usado como recurso para solucionar problemas derivados de la superpoblación carcelaria, por lo que se justifica como herramienta para la descongestión de los establecimientos carcelarios.

Actualmente se pretende otra finalidad del sistema de ejecución de penas, y es la reinserción social de los condenados, eje central en los pactos internacionales de los derechos humanos.

La resocialización que surge como fin de la ejecución penal, no puede destinarse a obtener un cambio en el individuo en su personalidad, convicciones o actitud intelectual, sino que debe ser interpretada como una obligación impuesta al Estado de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que favorezca su integración a la vida social al recobrar libertad.

En la doctrina consultada se cita un ejemplo a partir de determinada jurisprudencia, que considere importante, debido a que a partir de ello, se demuestra la excepción que está naciendo como nueva postura en la justicia argentina. Me refiero a la inconstitucionalidad del Art. 14 del Código Penal. Cecilia Brindisi ejemplifica: *“El juez Jaime Díaz Gavier del Tribunal Oral Federal N°1 de Córdoba, declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, que prohíbe la concesión de la libertad condicional a los reincidentes, y concedió tal beneficio a un imputado, fundando la decisión en que la prohibición a obtener libertad condicional del artículo 14 constituye una vulneración del derecho del penado a obtener una tutela judicial efectiva y al amplio ejercicio de control jurisdiccional, al establecer la norma cuestionada, una presunción iuris et de iure, ab initio, en contra del penado y violatorio del sistema republicano de gobierno. En la etapa de ejecución de pena da comienzo la oferta de tratamiento al penado con miras a la reinserción del mismo”*.<sup>65</sup>

Surge también como oposición al Art. 14, la postura que considera la inaplicabilidad al caso concreto del mismo ya que se considera a dicha disposición legal como una solución irrazonable que iría en contra de los fines específicos del encierro, del tratamiento carcelario y de alguna manera de la pena en sí.

Consultando jurisprudencia argentina, quiero incluir un fragmento que considero importante, es un fallo sobre la inconstitucionalidad de la libertad condicional otorgada a un delincuente, el mismo contempla: *“La prohibición de la libertad condicional para quienes han sido declarados reincidentes resulta violatoria de la referida garantía constitucional y*

---

<sup>65</sup> CECILIA BRINDISI. “¿los reincidentes tienen derecho a la libertad condicional?”. *Revista Electrónica derecho penal on line* (2012)

*configura un supuesto de bis in ídem. La prohibición de doble punición no importa ni exige, necesariamente, una exacta duplicidad represiva; por el contrario, la violación a la garantía también se configura cuando se aplica un plus punitivo (de cualquier naturaleza gravosa) que nada tiene que ver con la pena del segundo delito porque, como ocurre en el caso, ese plus se impone como derivación del primer hecho y de la pena cumplida por el mismo.*<sup>66</sup>

Y aquí es donde quiero detenerme y poder realizar un pequeño juicio de valor. Considero importante que la libertad condicional permita una resocialización a la persona que acaba de salir del cumplimiento de una pena, se debe tener en cuenta que en calidad de derechos, el delincuente al salir de prisión, debe presentar las mismas condiciones que un ciudadano común, haciendo referencia en las posibilidades de conseguir un trabajo, en reintegrar su familia, en comenzar algún tipo de educación, entre otros. Es un estigma importante ser un “ex” presidiario, pero creo conveniente que es de gran importancia que la sociedad aporte en eso.

El problema reside en que al otorgar una libertad condicional antes del plazo conveniente, basándose en inconstitucionalidades o inaplicabilidades del Art. 14 al caso concreto, se debe actuar con demasiada atención. La mayoría de las oportunidades, el delincuente no llega a recuperarse sanamente de los problemas que fueron causa de su delito. Llevando esta situación que planteo a un abusador, expuse que la pedofilia es una enfermedad, y a mi consideración debe ser tratada y rehabilitada. Entonces si un juez resuelve otorgar libertad condicional, luego de cumplir solo un determinado tiempo privado de su libertad, y no el oportuno y exigido,

---

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia de SANTA FE (Pcia. de Santa Fe). Herrera, Gerardo Gabriel - Robo - Abuso sexual - Incidente de libertad condicional sobre recurso de inconstitucionalidad. (07/12/2011)

¿estará esta persona dispuesta mentalmente a reintegrarse a la sociedad y no volver a abusar de un niño? La respuesta puede observarse en cualquier medio de comunicación. Es indudable que un abusador que sale de prisión con libertad condicional, termina siendo un REINCIDENTE.

Un artículo periodístico, demuestra fácticamente lo explicado anteriormente. El crimen de Tatiana Kolodziey, en el cual su violador y asesino reincide y la víctima fue ella. La noticia expresa *“el Juez López otorgó a fines de septiembre la libertad condicional a Juan Ernesto Cabeza, condenado a 24 años de prisión. Menos de un mes después, el hombre fue nuevamente detenido, acusado de haber violado y asesinado a Kolodziey, quien había desaparecido de su casa el sábado 20 de octubre en la localidad chaqueña de Fontana. El imputado pasó a buscar a la mujer en el remís que manejaba para llevarla a la casa del novio.*

*Un dictamen del Cuerpo Médico Forense de Chaco concluyó que en Cabeza existían factores personales de riesgo de reincidencia en delitos sexuales. Sin embargo, el juez lo rechazó por escueto”*<sup>67</sup>

Entonces considero esencial que la justicia sea aplicada correctamente, es importante que los abusadores y las personas que están privadas de su libertad por haber delinquido, sean rehabilitados psicológicamente, y puedan sentirse preparados para ingresar a la vida cotidiana. Se debe evitar la reincidencia, se debe educar, sanar, apoyar y así disminuir nuevas víctimas. Sería una buena opción que en las sedes penales, aparte de contener dignamente al presidiario, se le pueda enseñar la idea del trabajo, del progreso y que mentalmente sientan otras iniciativas.

Son procesos lentos, pero si nuestra maquinaria jurídica acompañada de una policía responsable y jueces que aplican correctamente su vocación, se

---

<sup>67</sup> DIARIO CLARIN. *“comienzan a investigar al juez que libero a un violador reincidente”*. 30/10/12

podría ayudar de mejor manera al delincuente y rehabilitarlo, sería una posibilidad de que su reinserción en la sociedad sea de buenas intenciones y evite la reincidencia.

### ❖ **EMBARAZOS FRUTO DE ABUSOS SEXUALES.**

A lo largo de la historia, el aborto ha sido el eje de un profundo debate social, en el cual se han visto involucradas consideraciones ideológicas, religiosas e incluso jurídicas.

El aborto por violación se ha consolidado en nuestra realidad como un hecho frecuente, que se realiza clandestinamente e involucra un alto costo social. Ello, como consecuencia del incremento de los índices de embarazos no deseados producto de transgresiones sistemáticas a los derechos de autodeterminación sexual-reproductiva y a la integridad física y psicológica de mujeres cuyas edades promedio oscilan entre los 13 y 18 años. En ese sentido, el debate sobre la legalización del aborto en estos casos ha alcanzado matices no sólo morales y científicos, sino también jurídicos.

Existe una tradicional contraposición entre quienes sostienen que debe prohibirse la interrupción del embarazo, en términos casi absolutos, en defensa fundamentalmente del derecho a la vida, y aquellos que postulan que, en principio, debe prohibirse también por iguales o parecidos motivos, pero posibilitando alguna apertura que permita comprender las necesidades y expectativas de grandes sectores de la sociedad que coinciden con la marginación y las especiales dificultades de sobrevivir dignamente.

La contradicción radica en creer que ambas posiciones son opuestas, cuando en realidad es el mismo derecho a la vida el objeto de protección. La discusión se presenta en la determinación del momento en que comienza a existir la misma y las excepciones que se pueden admitir.

No existe una definición jurídica del término aborto en la legislación penal argentina, solo se castiga a quien lo lleva a cabo. El código penal considera a la interrupción del embarazo como un delito contra la vida y es esencial que ese derecho a la vida que cada persona tiene sea digno de protección fundamental.

Incluir al feto como legítimo titular de este derecho, sería entrar en una discusión que nació hace años en debates de juristas, y que no será fácilmente superada, en función de que contra la racionalidad de ella van a influir argumentos no solo jurídicos sino también religiosos, políticos, éticos, económicos y raciales.

La protección del feto, en cualquier estado de la gestación, surge de nuestra Constitución Nacional y de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, además de la propia reglamentación expresada en el Código Penal.

Aclaro algo fundamental, nuestro ordenamiento jurídico protege a la vida desde la concepción hasta la muerte con diferente intensidad. O sea no hay un mismo tratamiento legislativo para la etapa previa al nacimiento que la posterior al mismo.

La opinión legislativa es unánime en valorar a la interrupción del embarazo como un mal que solo excepcionalmente puede causarse, es por eso que su penalización es consecuencia del mismo, admitiéndose solo el aborto terapéutico, que es aquel en el cual corre peligro la vida de la madre y se evita la pena por ese motivo.

La cuestión a la que quiero hacer hincapié es en el embarazo que ha sido consecuencia de una acción delictiva, especialmente por una violación o por relaciones incestuosas entre personas consanguíneas.

Todo embarazo implica riesgos para la madre, generalmente en aquellas mujeres que conciben en condiciones inadecuadas, no solo por no encontrarse preparadas físicamente, sino también psicológicamente. Tal es el caso de una menor embarazada por violación sexual, ya que está comprobado que el estado psíquico de las madres influye directamente en el desarrollo del concebido durante el embarazo, poniendo no solo en riesgo la vida del mismo, sino la vida de la ella. Por ello, en muchos casos, la solución más adecuada sería interrupción del embarazo.

Nuestro código Penal contempla al aborto no punible en el Art. 86: *“el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:*

- 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros médicos.*
- 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”<sup>68</sup>*

Así surge la situación más cuestionada, la redacción anterior sólo permite sostener que la acción de la mujer que causa su propio aborto o consiente en que otro se lo cause, así como la del médico diplomado que realiza el aborto de una mujer cuyo embarazo ha tenido por origen una violación, no está justificado. Solo se lo considera no punible, si la menor o ya

---

<sup>68</sup> Código Penal Argentino. Art. 86

mujer, es idiota o demente, valiéndose de evitar la posible transmisión de las taras de origen genético.

Aquella adolescente que fue abusada sexualmente y que no presenta problemas de demencia, no puede interrumpir su embarazo.

La opinión de Zulita Fellini se debería deslindarse los supuestos que se encuentran confundidos, estableciendo claramente la no punibilidad del aborto ético y del aborto eugenésico. Dentro del aborto ético han de contemplarse los caso de embarazos originados en un delito sexual, abarcando de esta manera la hipótesis tan frecuente de menores víctimas de abuso sexual, y el aborto eugenésico no debe restringirse a los casos de demencia o idiotez, sino comprender otras formas de la enfermedad metan, y también las anomalías graves del feto, cuyo pronóstico descarta el nacimiento con vida o su continuación.<sup>69</sup>

En los sistemas legislativos clásicos, como el nuestro, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo es la regla básica, y el estado de necesidad la única excepción a la misma.

En la actualidad se contempla la despenalización, dentro de ciertos límites temporales, conocido como sistema del plazo; o una ampliación de las causa de justificación a partir de situaciones sobre todo en orden económico-social, que se denomina sistema de las indicaciones.

Casi la totalidad de países en Europa han sustituido el régimen de represión por un sistema de despenalización, bien a través de la fórmula del plazo o bien de las indicaciones.

Explica la doctrina consultada que las generalidades del sistema del plazo establecen que en el termino de los tres primeros meses del embarazo, la

---

<sup>69</sup> ZULITA FELLINI. “interrupción del embarazo” REVISTA DE DERECHO PENAL. Ed. Culzoni. (2003) pág. 143

interrupción del mismo queda librada a la decisión personal de la mujer, la cual previa información de carácter médico y jurídico valora las situaciones ante las que se encuentra, y decide por sí sola sobre la continuación o no del embarazo.

Una vez que transcurre los primeros tres meses a partir del momento de la concepción, la interrupción se autoriza solamente cuando la prosecución del embarazo implique un grave peligro para la vida o salud de la mujer o se detecten graves anomalías en el feto.

Por otro lado las condiciones del sistema de las indicaciones son:

- 1) indicación médica (que exista un peligro para la vida o salud de la embarazada, derivado de la continuación del estado de gestación)
- 2) indicación genésica (graves anomalías en el feto)
- 3) indicación ética (cuando el embarazo se ha producido como consecuencia de un delito sexual)
- 4) indicación sexual (la situación social o económica de la mujer convierte al embarazo en un hecho hasta tal punto gravoso que su continuación no le puede ser exigida)<sup>70</sup>

### *EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL ABORTO NO PUNIBLE. RETROCESO EN MATERIA DE DERECHO HUMANOS.*

En Argentina siempre existió un enfrentamiento posicional sobre el aborto no punible. El 13 de marzo de este año, la Corte Suprema de Justicia emitió un fallo histórico sobre el aborto no punible, donde confirmó

---

<sup>70</sup> ZULITA FELLINI. “interrupción del embarazo” REVISTA DE DERECHO PENAL. Ed. Culzoni. (2003) pág. 149

finalmente la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut que había admitido la solicitud de la madre de una menor de 15 años para interrumpir el embarazo de ésta, producido por una violación.

El tribunal chubutense había entendido en su momento que el caso encuadraba en el supuesto de “**aborto no punible**” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal y que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con las normas constitucionales y con el ordenamiento internacional vigentes en la Argentina.

La decisión del supremo tribunal federal argentino ha causado no poca conmoción y ha sido recibida con opiniones divididas.

La Corte ha puesto fin a una disputa interpretativa de larga data al considerar que la despenalización del artículo 86.2 no solo se aplica cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, sino **en todos los casos de violación**, es decir, con independencia de la capacidad mental de la víctima.

Para llegar a esta conclusión, la Corte presentó dos argumentos: el primero, que la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a ella no autorizan una aplicación restrictiva del supuesto previsto en el artículo 86.2, sino más bien lo contrario; y el segundo, que al momento de redactar el artículo 86.2 CP, el legislador ha empleado la conjunción disyuntiva "o" para distinguir entre los casos de violación (sin más) y los de atentados al pudor cometidos contra la mujer idiota o demente.

Este último argumento de la Corte es verdaderamente ingenioso, pues

afirma que la interpretación armónica del artículo 86.2, en relación con la regulación penal de los abusos sexuales (artículos 119 y siguientes) lleva a diferenciar dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente”.

La Corte ha declarado también que la autorización judicial previa no es necesaria para practicar este tipo de abortos no punibles, puesto que la ley no la exige.

Apenas cuatro provincias (Santa Fe, Chubut, Santa Cruz y Chaco) tienen regulaciones en línea con el pronunciamiento del máximo tribunal. El resto, directamente no se dictaron protocolos para garantizar el acceso al aborto a las mujeres violadas o para las que un embarazo suponga un riesgo para la salud.

Siempre me interesó mucho hacer un juicio de valor respecto de lo que es el aborto no punible y su relación con aquel embarazo fruto de una violación. Considero que en esa situación se encuentran dos polos opuestos de gran fuerza, por un lado existe una persona dentro del vientre de la adolescente violada, el cual merece nacer; por el otro lado existe el abuso sexual.

Zulita Fellini opina: *“no parece razonable la total liberalización de la figura. Aunque se considere el aborto como un mal, sólo se debería defender la prohibición si se hubiera demostrado que de ese modo se puede combatir adecuadamente. Es indiscutible que no es así, ya que admitir dicha liberalización del aborto implicaría concebir la muerte en los últimos meses de gestación, donde en algunos supuestos la diferencia entre un nonato y un recién nacido es ínfima”*<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> ZULITA FELLINI. “interrupción del embarazo” REVISTA DE DERECHO PENAL. Ed. Culzoni. (2003) pág. 150

Es adecuado a mi punto de vista, la opinión de Zulita. Personalmente considero que se debe tratar ambos polos opuestos por separado. Es una cadena de situaciones, que antes de que comiencen a originarse, se debe aplicar la prevención. Una niña que es abusada en su entorno familiar o fuera de él, debe ser educada, otorgarle una familia que la apoye y pueda crecer en un hogar. Aquella niña institucionalizada o que viva en la calle sin ninguna familia, es importante que el Estado brinde la contención que necesitan y puedan ser educados; teniendo principios desde pequeños, se ayuda a evitar en gran parte situaciones que en su infancia y pubertad sean estigmáticas como un abuso y más aun que exista un posterior embarazo sin intenciones de que así sea.

Siguiendo con esa cadena de acontecimientos que se van relacionando, hay que tener en cuenta al abusador, si es alguien que ya cumplió una pena privativa de libertad y está en libertad condicional, que la justicia actúe correctamente, aplicando la normativa como debe ser. El abusador debe ser rehabilitado antes de ser parte de la sociedad nuevamente.

En caso de que exista el embarazo, como ultimo acontecimiento, consecuencia de lo explicado anteriormente, aunque la niña no tenga culpas, el bebé que está dentro de su vientre, tiene el mismo derecho a la vida que esa niña y tampoco tiene culpa alguna. Aparte se debe tener en cuenta que la mayoría de los abortos que se les inducen a las menores, son de manera clandestina, y de esa manera corre riesgo la vida de la niña también.

El derecho a la vida debe ser respetado, acompañado de la igualdad. Cada persona que está a favor del aborto, NACIÓ y vive cada día. Y debemos saber que si no se quiere ese embarazo, se puede evitar y prevenir aquellas situaciones que se van suscitando anteriormente, desde el Estado, hasta la

propia familia puede colaborar en la disminución de embarazos no deseados.

## ❖ **PROCESO JUDICIAL: VÍCTIMA, EL MENOR**

La experiencia de sufrir un delito indudablemente queda grabada en la memoria emocional de la persona. Y cuando ésta es un niño, niña o adolescente, sin duda la vivencia dejará huellas aún más profundas y la forma de enfrentarse a su realidad dependerá de factores diferentes a los de un adulto. La causa penal que se abre ante la comisión de un delito instala como activo participante a la víctima. Cuando hablamos de niños, niñas o adolescentes, corresponde preguntarnos ¿es positivo o negativo que el niño participe en el proceso?

Para responder a este interrogante, además de tener en cuenta el tipo de víctima, también debemos analizar si hay diferencias en el tipo de delito, y qué tipo de derechos se pretende proteger. Estas consideraciones deben practicarse para estudiar la legitimidad para interponer la acción y cómo será la actuación en los distintos momentos del proceso

Cada persona, y en especial los niños, niñas y adolescentes, luego de una situación traumática transitan un proceso de duelo. En algunos casos la participación en el proceso penal en un menor se convierte en un “rito” donde puede elaborar discursiva y mímicamente su duelo y dolor, frente a un mundo de significados que lo traducirá mediante la judicialización.

La ley 26.061 contempla: *“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:*

*a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;*

*b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;*

*c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;*

*d) A participar activamente en todo el procedimiento;*

*e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”<sup>72</sup>*

Considero esencial el Art. 27 de la nombrada ley, ya que se reconocen en el proceso judicial, derechos al menor que son esenciales y que le otorga igualdad en comparación a un adulto o cualquier víctima de un delito.

El incremento de denuncias de abuso sexual en los últimos tiempos, debido a la exposición pública de la temática, ha generado en los ámbitos jurídicos un nuevo paradigma. La ley prevé la toma de medidas cautelares frente a la sospecha de ocurrencia abusiva en función del resguardo de las víctimas y el inicio de proceso de investigación para dilucidar la existencia de delito.

---

<sup>72</sup> Ley 26.061. Art. 27

No sólo se incrementaron los casos denunciados, sino que en la mayoría de ellos, el accionar jurídico queda supeditado a los datos suministrados por las intervenciones psicológicas debido a la no existencia empírica de evidencias físicas comprobables en gran parte de los casos, siendo los relatos de los menores la única prueba con que se cuenta. Son los supuestos especialistas quienes opinarán sobre los protagonistas, su capacidad para mentir, fabular, discriminar, entre otras reacciones. En base a instrumentos y teorías, a los fines de aportar a fiscales y jueces, elementos para procesamientos y sentencias.

Sin duda el abuso sexual a menores es una infamia y uno de los peores atentados contra la dignidad y derechos de niños y niñas y compromete su futuro emocional y social en forma inevitable. Tampoco se puede negar que ha estado presente a través de toda la historia de la Humanidad y que la consideración del menor como sujeto de derecho data recién del siglo pasado en un intento reparador hacia tantos años de impunidad hacia los niños.

Esta salida del problema desde lo privado y naturalizado, hacia lo público punible, implicó la necesidad de estudiar el tema, definirlo y categorizarlo en todas las disciplinas.

Aún así, dicen los expertos, es difícil su diagnóstico en el cual la certeza no siempre se puede asegurar, salvo en los casos con evidencias físicas contundentes. Este hecho complicó la tarea de los ámbitos jurídicos más acostumbrados a dictar sentencia sobre lo fáctico, mientras que en los delitos de abuso sexual sin pruebas palpables, los únicos testigos, son el agresor, quien rara vez reconoce el hecho, y la víctima menor, quien en el caso de llegar a revelar lo ocurrido superadas las variables de temor, vergüenza, amenaza, etc., deberá relatar varias veces los hechos, en las que

no se tienen siempre en cuenta la curva del olvido o la distorsión cognitiva ni las circunstancias que puedan ocurrir en el mientras tanto.<sup>73</sup>

Recordemos que estos procesos de develamiento son lentos y una vez a la luz el secreto, y en el caso de ser denunciado, es largo el camino a recorrer por el niño/a, a través de diagnósticos, pericias, revisiones en general revictimizantes. Los relatos, en ausencia de indicadores físicos, adquieren una importancia vital, y deberán ser significados y traducidos por los profesionales del o los equipos intervinientes en el proceso, en general psicólogos. Intentar decodificar los relatos del menor, implica un amplio conocimiento de la problemática para llegar con cierto acierto a un diagnóstico.

A veces no solo la ausencia de idoneidad y requisitos en los operadores interfiere la actuación, sino la sobreabundante intervención de psicólogos de diferentes equipos, instituciones de salud, peritos oficiales y de parte, terapeutas particulares, quienes en general exponen lecturas diagnósticas no solo diferentes sino muchas veces contradictorias, que confunden a la Justicia en su toma de decisiones procesales o sentenciales, definitorias sin duda, sobre la vida de víctimas, familias, agresores.

No es fácil pararse frente a un niño abusado o supuestamente abusado, es por ello que se exige como requisito al menos dos años de formación clínica en niños y posteriormente otros dos de trabajo interdisciplinario con niños víctimas, con un estudio permanente y actualizado del campo del abuso sexual.

Es fundamental el conocimiento evolutivo del niño, en sus procesos normales y patológicos, de su lenguaje, del funcionamiento de la memoria,

---

<sup>73</sup> MARÍA MARTA VEGA. “el abuso sexual a menores: un nuevo paradigma psicojurídico”. Ed. Culzoni. (2010). Pág. 120

atención, función cognitiva, diferencia realidad-fantasía, contexto de crianza, su dinámica familiar e historia personal y los hábitos, códigos y valores de su entorno sociocultural de referencia que son determinantes en la lectura y significación de los hechos abusivos. Es recién después de cumplimentar estos mínimos requisitos, que se puede intentar opinar al respecto.

No hay una víctima típica ni un solo tipo de situación abusiva, hay muchos formatos de abuso, de víctimas y agresores, la percepción emocional y social del abuso no es siempre la misma ni sus consecuencias. No existe un test de abuso ni ningún instrumento proyectivo que por sí mismo permita asegurar la existencia de abuso. La ideología de los operadores también impregna la lectura e incide en su decodificación y la asignación abusiva o no de lo denunciado.

Frente a la gran cantidad de denuncias en los últimos tiempos en los ámbitos de salud pública y los jurídicos, los operadores se han visto obligados a abordar el tema con no poca prisa, generando muchas veces intervenciones victimizantes para los niños y diagnósticos poco serios con consecuencias graves e irreparables, ya sea porque no pudieron ver el abuso, dejando desprotegidos a los niños o induciendo procesos de denuncia o sentencias basadas en opiniones psicológicas de poca certeza. No ver un abuso sexual a un niño/a es tan grave como ver algo que no existe.

El psicólogo no está para evaluar la ocurrencia de los hechos ni afirmar veracidad de los relatos, su función es describir funcionamientos estructuras, síntomas. Relacionarlos con hechos sucedidos es peligroso ya que no siempre hay correlato. Una estructura y patología determinada no necesariamente confirma la existencia de conductas abusivas.

Muchos juristas consideran que es fácil abordar y diagnosticar un abuso y lo creen un problema más en Salud Mental, olvidando que es un campo específico y nuevo de investigación, donde los errores de intervención recaerán sobre el niño y su familia. Tan complejo es su abordaje que aún cumpliendo los requisitos, hay casos en los que no se puede llegar a un diagnóstico definitivo.

Las falencias del sistema y del proceso se evidencian más cuando se trata de denuncias que provienen de clases más favorecidas, en la que la utilización de la nueva ley se vuelve frecuentes para dirimir conflictos de otro orden, con la complicidad de profesionales. Me refiero al ocultamiento de situaciones de victimización sexual hacia menores en el ámbito familiar o a la acusación de comisión de abuso sexual a uno de los cónyuges en divorcios destructivos para concretar estrategias expulsivas que generan una situación de franco abuso y maltrato emocional hacia niños y niñas. En muchos casos, pareciera no existir la ética en los profesionales, sino, de desconocimiento de la problemática, temor al compromiso o la exposición judicial o cuestiones simplemente económicas. Tampoco existen controles de las entidades formadoras, al punto que cualquier profesional psicólogo puede ser perito de control en casos de abuso, y pago mediante, intentará justificar por cualquier medio la posición del denunciante o de la supuesta víctima según sea el caso.

Es largo todavía el camino por andar en esta temática. Así como se han creado juzgados de Violencia Familiar, se deberían crear equipos interdisciplinarios específicos en el tema dentro de los ámbitos jurídicos, con formación idónea. Los ámbitos hospitalarios deberían contar todos con equipos de abordaje específico, conformados en unidades de violencia familiar y abuso sexual para recupero de las víctimas, no sólo de los daños del abuso sino del desgaste que implica el deambular por ámbitos jurídicos

en pos de justicia. Los colegios profesionales deben regular la actuación de los profesionales en estos casos, para evitar las malas praxis que en estos casos generan daños irreversibles. Y sobre todo tener claro que la solución no pasa por judicializar la violencia sexual, sino por fomentar la prevención social del problema a los fines de evitar su ocurrencia.

*El miedo llamó a la puerta,  
la confianza abrió y fuera no había nadie.*

**ANÓNIMO**

## CONCLUSIÓN

Si tomamos en cuenta que somos 7.000 millones de personas en el planeta y que existen más de 1.000 millones de víctimas de delitos contra su integridad sexual, entre ellos niños y adolescentes, agonizando, con un balazo en el aparato psíquico, en el alma, podríamos sorprendernos y otorgar la importancia que se merece el tema elegido en dicho trabajo.

Personas como nosotros, que regalan sus vidas a la comercialización de su cuerpo, que su derecho a la libertad no existe, el derecho a la familia ya lo perdieron, y el derecho a la vida es violado a cada instante.

Aquellos niños con una inocencia pura, sin comprender la situación en la que viven, priorizando la tristeza antes de su infancia con juguetes.

Y aquellos que logran escapar de esa realidad, de esa familia donde su padre lo abusaba, o lo obligaba a trabajar a partir de su cuerpo, intentan

olvidar el horror del trauma, refugiándose en el alcohol, las drogas, la depresión, la violencia y peor aún, siendo reincidentes de su propio dolor.

Estamos viviendo en una época histórica de muchos cambios tecnológicos en donde la estructura del trabajo ya no es estable como antes, en donde pareciera superar el tedio y la insatisfacción crónica. Se respira mucha frustración y pareciera que la sensación de ser esclavos del sistema favoreció a que muchos hombres se vuelquen cada vez más a las perversiones como el único modo de salirse de las reglas, de los límites establecidos, como el único modo de sentirse libres o poderosos, aun sea en frente de un niño.

Si bien se supone que los pedófilos presentan desviaciones sexuales, y se los consideran personas con esa enfermedad, me parece importante recalcar que ellos saben cómo actúan y de manera consciente.

Las conductas descritas en nuestro Código Penal como delitos sexuales contra menores parecen ser abstractas, o como que nunca van a llegar a suceder en nuestro entorno, pero eso cambia cuando alguien ya lo vivió o es profesional trabajando en esos delitos y lo sigue de cerca en los juicios penales. La mayoría de la gente no sabe la violación de cantidades de derechos que producen dichos delitos ni las secuelas que surgen de los mismos.

El daño producido a personas jóvenes y niños cuyas vidas son estigmatizadas, a veces inclusive destruidas, simplemente para satisfacer las ambiciones sexuales de algunos hombres de nuestra sociedad, es un fenómeno muy difícil de entender. Al pagar por esto, hacen de esta actividad un negocio rentable, se transforman en clientes de un mercado de servicios sexuales ofrecidos por bandas organizadas o delincuentes individuales, y así comienza una cadena de delitos que cuando algún

eslabón se descubre por la justicia, detrás del mismo surge una delincuencia en masa y cientos de víctimas.

Sin duda, el método de prevención más razonable para acabar con la corrupción, prostitución y pornografía de menores consiste en la cooperación que debe mostrar la sociedad, ya que SI NO HAY CLIENTES, NO HAY COMERCIO.

A mi parecer, el menor es un sujeto que necesita gran protección jurídica, familiar y estatal. Nadie toma en cuenta que son solo niños, que en los procesos judiciales se debe respetar su inocencia, su psicología, su madurez.

Lamentablemente los delitos contra la intangibilidad de los niños va a seguir siendo noticias en los medios de comunicación, va a convivir entre nosotros, pero debemos colaborar para prevenir, para no llegar a la instancia de un embarazo, para que un niño crezca sanamente, educado y en familia; ellos son nuestro futuro, deben transitar su infancia con dignidad y no debemos olvidar nunca que son sujetos de derechos al igual que un adulto.

Al concluir con el presente trabajo, siento que mi objetivo de transmitir nuevos conocimientos y colaborar en la prevención, de alguna manera lo he logrado. Quiero que todos los niños sean felices y que sus vidas sean normales al igual que la nuestra. Todos merecemos disfrutar del derecho a la vida y la libertad, por eso les propongo aportar como sociedad al mejoramiento de la situación, aplicar la correcta justicia con la que contamos y poder otorgarles una buena calidad de vida a aquellos niños que la necesitan. Y recuerden, ninguna lágrima en un niño, rescata nunca el mundo que se pierde ni el sueño que se desvanece...

# BIBLIOGRAFÍA

## DOCTRINA:

- 1- ÁLVARO E. CRESPO (2011). La pornografía infantil en el marco de los delitos informáticos y del llamado “derecho penal de las sociedades de riesgo”. Cuestiones problemáticas. *Revista electrónica derecho penal on line*. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,689,0,0,1,0>
- 2- ANDRES FALCONE. (2011). Fellatio in ore. La oscuridad del legislador, la correcta aplicación de los criterios de interpretación por el método y la exigencia del derecho penal mínimo. *Revista electrónica derecho penal on line*. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,693,0,0,1,0>
- 3- BARBARA HUBER (2005) Marco normativo del abuso sexual de menores- un enfoque general. *Revista electrónica Marco Antonio Terragni*. Recuperada de <http://terragnijurista.com.ar/doctrina/huber.htm>

- 4- DIARIO CLARIN. “comienzan a investigar al juez que libero a un violador reincidente”. 30/10/12
- 5- EDGARDO ALBERTO DONNA (2005) *delitos contra la integridad sexual* (2º ed.) editorial Rubinzal-Culzoni.
- 6- EDGARDO ALBERTO DONNA (2003) *delitos contra las personas*. Tomo I y II. Editorial Rubinzal Culzoni.
- 7- FÉLIX ALEJANDRO MARTÍNEZ. (2006) *Derechos de menores*. Editorial mediterránea.
- 8- GRACIELA TAGLE DE FERREYRA (2009) *El Interés Superior del Niño*. Editorial Nuevo Enfoque.
- 9- MARÍA CECILIA LÓPEZ (2010). *Abuso sexual*. (1º ed.). Buenos Aires: Paidós
- 10- MARIO CORIGLIANO (2011). Delito contra la integridad sexual. *Revista electrónica derecho penal on line*. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=41,279,0,0,1,0>
- 11- MARTIN D. LORAT (2011). La tensión permanente entre las garantías constitucionales del imputado en el marco de un Estado de Derecho y el valor convictivo del testimonio del niño abusado en sede penal. *Revista electrónica derecho penal on line*. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,541,0,0,1,0>
- 12- SEBASTIAN LUIS FOGLIA. (2011). Para que la protección integral de los menores no sea sólo un título. *Revista electrónica derecho penal on line*. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=52,343,0,0,1,0>

## **JURISPRUDENCIA:**

- 1) Cám. 10° Crimen de Córdoba. “E.,M.E p.s.a Abuso sexual con acceso carnal y robo" (13/4/2012)
- 2) Cámara Criminal de 6ª Nominación Córdoba. “Bravo, Diego Fernando p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal agravado continuado y promoción a la corrupción de menores calificad” (25/04/2011)
- 3) Cámara de Apelaciones en lo Penal - Sala 2° Rosario. “Abad, Raúl E. promoción de prostitución de una menor, anterior y posterior a la guarda
- 4) CNCP - Sala I. “M., E. s/ recurso de casación”. (07/03/2003)
- 5) Corte Suprema de Justicia de SANTA FE (Pcia. de Santa Fe). Herrera, Gerardo Gabriel - Robo - Abuso sexual - Incidente de libertad condicional sobre recurso de inconstitucionalidad. (07/12/2011).
- 6) T.S.J. Sala Penal. “Gutiérrez, Horacio Humberto p.s.a. Abuso sexual continuado gravemente ultrajante agravado -Recurso de casación”. (28/12/2009)

### **LEGISLACIÓN:**

- 1- Código Penal Argentino. Artículo 119. 120. 125. 125 bis. 128.
- 2- Convención sobre los Derechos del Niño.
- 3- Ley Nacional 25.087. delitos contra la integridad sexual.
- 4- Ley Nacional 26.061. Ley de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

## ANEXO E – Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

### IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR

APELLIDO Y NOMBRE DEL AUTOR	PAROLA MARÍA JULIA	
E-MAIL	<a href="mailto:maju89_7@hotmail.com">maju89_7@hotmail.com</a>	
TITULO DE GRADO QUE OBTIENE	ABOGADO	

### IDENTIFICACIÓN DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

TITULO DEL TFG EN ESPAÑOL	MENORES: DELITOS CONTRA SU INDEMNIDAD SEXUAL Y SU PERSISTENCIA EN LA SOCIEDAD			
TITULO DEL TFG EN INGLÉS	CHILDREN: CRIMES AGAINST THE SEXUAL INDEMNITY AND HIS PERSISTENCE IN THE COMPANY			
TIPO DE TFG	PAP			
INTEGRANTES DEL LA CAE	JOSÉ LAGO Y FERNANDO MINGUEZ			
FECHA DE ULTIMO COLOQUIO CON LA CAE	02/05/13			
VERSION DIGITAL DEL TFG	PDF			

**Autorización de publicación en formato electrónico** Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis:

**Autorización de Publicación electrónica: Inmediata**

**PAROLA MARIA JULIA**







