



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

EL INSTITUTO DE LA “PROBATION” EN EL ABUSO SEXUAL SIMPLE INFANTIL

Procedencia de su Aplicación

ALUMNO: LUIS ANGEL PAZ

LEGAJO: VABG 36319

CARRERA: ABOGACÍA



ÍNDICE

• 1. Resumen.....	3
• 2. Abstract.....	4
• 3. Introducción.....	5
• 4. Análisis del instituto de la Suspensión del Proceso a Prueba o Probation.....	7
4.1 Concepto.....	7
4.2 Antecedentes e historia. Comparación con legislación internacional.....	9
4.3 Regulación en el Código Penal.....	12
4.4 Regulación en el Código Procesal Penal Federal.....	14
4.5 Otras regulaciones de la Ley 24.316 de Reforma del Código Penal.....	15
• 5. La ley 25.087 de Delitos Contra la Integridad Sexual.....	19
• 6. Convención de los Derechos del Niño.....	21
• 7. El Delito de Abuso Sexual. Introducción a la problemática.....	23
7.1 Presentación. Situación actual.....	23
7.2 Regulación: análisis de la estructura del artículo 119 del Código Penal.....	25
7.3. Abuso Sexual: simple, calificado y agravado. Abuso sexual infantil.....	28
7.4 El victimario.....	33
• 8. El instituto de la probation en el abuso sexual infantil.....	35
• 9. Conclusiones finales.....	39
• 10. Dedicatoria.....	43
• 11. Bibliografía.....	44



1- RESUMEN

Este trabajo de investigación plantea la adecuación del instituto de la Probation en los casos de abuso sexual simple infantil, defendiendo la posición negativa para su procedencia en estos casos. Se ha sostenido con razón que la aplicación directa del instituto a una relación asimétrica como la examinada no es conducente, ya que no sólo no es posible subsanar el daño causado, sino que la gravedad de la ofensa amerita el escrutinio judicial de la misma. No obstante, la interpretación del articulado del Código Penal es divergente y aún contradictoria al respecto, por lo que la búsqueda de respuesta al planteo debe basarse también en otras consideraciones, en particular aquéllas de jerarquía constitucional asumidas por nuestro país, y secundariamente en elementos que permitan valorar al victimario, específicamente en su capacidad de probable reincidencia en este delito.

El problema planteado es de frecuente presentación, y la decisión que se tome al respecto afectará profundamente a las partes implicadas. En este Trabajo Final de Graduación se presenta argumentativamente legislación en contra de la aplicación del instituto al abusador sexual, y se resalta que existe una población de agresores en quienes directamente no se debería considerar la concesión de este beneficio.

Secundariamente, se enumeran propuestas preventivas superadoras de la mera encarcelación del responsable del abuso.



2-ABSTRACT

This research work examines the adequacy of the Probation Institute in cases of simple child sexual abuse, arguing by the negative position in these cases. Usually, the direct application of the institute to an asymmetric relationship like the one examined is restricted because it is inappropriate, since the damage caused become of impossible correction, and the seriousness of the offense needs judicial scrutiny. However, interpretation of the articles of the Argentinian Penal Code is divergent and even contradictory in this regard, so the search for answers to the proposal should also be based on other considerations in particular those of constitutional hierarchy assumed by our country, and secondarily in elements that allow the accused to be evaluated in his/her capacity to avoid falling back on this blameworthy conduct.

The problem raised is of frequent presentation, and the decision taken in this regard will deeply affect the people involved. In this Final Work of Graduation legislation against the application of the institute to the sexual abuser is presented, and it is highlighted that there is a population of aggressors in whom the granting of this benefit must not be even considered.

Secondarily, preventive proposals are listed, that overcome the mere detention of the person responsible for the abuse as only legal system response for the offense.



3. INTRODUCCIÓN.

**Presentación del problema de investigación. Objetivo primario y secundarios.
Definición de abuso sexual. Persecución penal del abuso. Presentación de la
Probation. Metodología de la investigación.**

¿Es procedente la aplicación de la suspensión de juicio a prueba al acusado de abuso sexual simple infantil? Este es un problema de muy frecuente aparición ante los estrados judiciales donde por la gravedad del delito contemplado y sus consecuencias, deben extremarse las medidas de escrutinio judicial para llegar al decisorio final, que otorgará o denegará el beneficio.

El objetivo primario de este Trabajo Final de Graduación es presentar argumentos concretos a favor de la improcedencia de su otorgamiento, en razón de la valoración del cuerpo legal referido al tema y de los tratados internacionales suscriptos por la Nación Argentina. Con este objeto, se llevará a cabo la exégesis del articulado del Código Penal que permite este recurso y la oportunidad de su admisión, conjuntamente con contenido relevante hallado en la vigente Convención de los Derechos del Niño que desaconsejan su aplicación.

Secundariamente, se presenta una población de abusadores sexuales con características especiales en quienes la aplicación del instituto se encuentra directamente contraindicada, y finalmente se expone una revisión de medidas de prevención del abuso sexual infantil.

El abuso sexual se define como la actividad sexual entre dos o más personas donde al menos una de ellas no presta consentimiento. Cuando está involucrado un niño o un adolescente -o dos menores con una diferencia de edad de al menos cinco años- se conforma el abuso sexual infantil. (Criado M. y Eleta G., 2008).

La persecución penal del abuso sexual simple en la infancia presenta para el victimario un castigo claramente delimitado en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal Argentino, donde se prescribe una pena de seis meses a cuatro años de reclusión o prisión. En nuestro país se presenta para el ofensor la posibilidad cierta de ser sometido al régimen de *probation* con lo que se evitaría la pena de privación de la libertad.

Metodológicamente, se llevó a cabo una investigación con método descriptivo cuyo objeto de análisis es el Instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba a la luz de la normativa actual, y de tipo cualitativo con valoración y análisis pormenorizado de este instrumento jurídico en la aplicación a este tipo particular de delito, con objeto de presentar herramientas útiles a la hora del decisorio final.



• 4. ANÁLISIS DEL INSTITUTO DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA O PROBATION.

Definición del instituto de la Probation. Antecedentes históricos del mismo. Inclusión en el Código Penal y en el Código Procesal Penal de la Nación. Ley 24.316 de Reforma del Código Penal.

4.1 Concepto

Probation es el instituto jurídico que tiene por objeto evitar el encarcelamiento del culpable de delitos considerados “menores”, cuya pena en abstracto no supere los tres años y por medio de la figura de la suspensión del proceso a prueba.

Por este medio se paraliza temporalmente el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, basándose en el principio de mínima intervención penal (Vitale G., 2004).

El imputado de un delito de acción pública, a quien amenaza una sanción penal de reclusión o prisión de hasta tres años permanece en libertad sin ingresar al sistema carcelario, pero sujeto a una cantidad de requerimientos fijados por el Juez, de cumplimiento obligatorio con la amenaza de la suspensión del beneficio si cometiera otro delito o dejara de satisfacer los recaudos impuestos, en cuyo caso la condena deviene de cumplimiento efectivo.



Obsérvese que lo que se suspende es el procedimiento *antes* que recaiga sentencia. No habiendo condena y en virtud del principio de inocencia, cumplido el plazo de prueba sin haberse violado las pautas nombradas el proceso penal se extingue. (Lascano C., 2005)

Frente a la realidad de cárceles colmadas, cometimiento de delitos graves que requieren mayor atención de la Ley, escaso tiempo y recursos financieros se impone una respuesta racional de parte del Sistema Judicial que contemple el sinnúmero de casos que podrían considerarse de baja a moderada gravedad institucional y cuya sanción contempla penas de prisión/reclusión de escasa magnitud cuyo valor, analizado a la luz de la prevención primaria y secundaria es irrelevante y en gran medida contraproducente.



4.2 Antecedentes históricos. Comparación con la legislación internacional.

La voz “probation” procede del latín *probatio-onis* con el sentido de “prueba, ensayo, examen o demostración”, y no de la voz “*probatus*” como erróneamente se ha consignado en algunas comunicaciones que abordan el tema, ya que este último corresponde al participio pasado de *probo* siendo el significado literal de este vocablo latino: agradable, estimado o excelente, sin relación etimológica con el tema bajo análisis. (Diccionario VOX, 1992)

Sus antecedentes legislativos más remotos los encontramos en la *common law* inglesa que hacia el siglo XIII la proponía como una alternativa a la rigurosa ley penal de aquel entonces y con algunas características similares al instituto actual. En el año 1887 en Inglaterra encontramos *An Act to Permit the Conditional Release of First Offenders in Certain Cases* (Irish Statute Book, 1907),

En el año 1888 en Bélgica se dicta la *Ley Lejeune* y en Francia la *Ley Bèrenger* de 1891, todas ellas legislando acerca del instituto que en los países galos era conocido como Prison Avec Sursis. La *Massachussets Probation Act* de 1887 es el antecedente más antiguo en América.

En España es recién a principios del siglo pasado, concretamente en 1908 que se dictan leyes de suspensión del proceso y en 1917 de libertad condicional. El Código Penal Español de 1995 regula el mecanismo que permite a algunas comunidades legislar sobre el tema, y que en Cataluña está a cargo de la Dirección General de Medidas Penales Alternativas y Justicia Juvenil, con un perfil semejante al que se usa en Argentina con el agregado del acento en el trabajo comunitario no remunerado como parte de las medidas a cumplir por el condenado.



En nuestro país, la incorporación al derecho positivo se produce con la sanción del Código Penal de la Nación Argentina por la Ley N° 11.179 del año 1921, bajo el Título III Condenación Condicional, artículos 26 a 28. Si bien existen marcadas diferencias con el actualmente vigente, es notable la similitud filosófica que impera en ambos, en particular en lo que hace a la evaluación del imputado para la obtención del beneficio.

En los Estados Unidos de Norteamérica la definición es como sigue: *Probation is a court-ordered period of correctional supervision in the community, generally as an alternative to incarceration. In some cases, probation can be a combined sentence of incarceration followed by a period of community supervision*, cuya traducción libre es: la Probation es un período de supervisión correccional dentro de la comunidad, ordenada por una autoridad judicial, generalmente como alternativa al encarcelamiento. En algunos casos, la Probation es una sentencia combinada de prisión seguida de otra, de supervisión comunal. (U.S. Department of Justice, 2014)

Comprende no sólo el instituto como se conoce en nuestro país sino también al acto de conmutar parcialmente una pena privativa de la libertad por una instancia propia del sistema judicial anglosajón, el así llamado Parole Board.

En México la palabra Probation remite a un sistema por el cual se concede libertad preparatoria al condenado, cuya estadía en prisión ha alcanzado al menos los tres quintos del tiempo total de la condena en los delitos dolosos, y la mitad en los culposos.

El caso de Francia es llamativo desde el punto de vista de la legislación comparada, ya que en ese país el Juez que dicta la sentencia carece de la potestad para alterar el acto de ejecución de la misma, que recae entonces en la Administración.



Ello no obstante, es en el instituto en estudio donde modernamente la judicatura ejerce mayor habilidad para intervenir, admitiendo el Código Procesal Penal los “Procedimientos de Ejecución” que comprenden en lo que aquí interesa la condena de ejecución condicional o *sursis*, la libertad condicional y la probation o *sursis avec mise à l’épreuve* (Code de Procédure Pénale Français, articles 739 à 744)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA) de la que nuestro país es parte ha dictado reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad, conocidas como Reglas de Tokio y que fueron adoptadas por la Asamblea General en diciembre de 1990 como salvaguardas mínimas para las personas objeto de estas medidas.

Hacen especial hincapié en la responsabilidad de la comunidad en la gestión penal, tratamiento del delincuente y responsabilidad del mismo hacia la sociedad tratando de alcanzar un equilibrio entre los derechos del delincuente y los de las víctimas, centrados en la prevención del delito.

Las reglas de Tokio obligan a los estados miembros a generar medidas penales no privativas de la libertad con respeto a los derechos humanos, la salvaguarda de la sociedad y la necesidad de rehabilitación del delincuente.



4.3 Regulación en el Código Penal

La reforma del Código Penal del año 1994 a través de la Ley 24.316 introdujo la figura de la probation o suspensión del proceso penal a prueba. Este instituto se encuentra desarrollado como una alternativa a las penas de prisión o reclusión cuya duración en abstracto, sea menor a tres años, incluyendo un universo de delitos cuya conminación penal alcance hasta este máximo temporal y excluyendo claramente a otros que la exceden.

La filosofía humanista que subyace en el dictado de la norma implica un cambio de paradigma en cuanto al real significado y valor de la pena, ya que de una concepción meramente punitiva se pasa a otra donde la víctima será escuchada y el victimario realmente deberá efectuar un cambio conductual reparando el daño en la medida de lo posible. (Devoto A., 2005)

Este cambio en la persona del ofensor es lo que primitivamente se buscaba con el sistema carcelario, el que demuestra constantemente la inhabilidad para lograrlo.

Desde este punto de vista, la probation es un paso de gigante en el camino de la rehabilitación del delincuente y de esta manera debe ser comprendida.

Actualmente, el artículo 76 bajo el Título XII: de la suspensión del juicio a prueba, expresa resumidamente en sus acápites *bis*, *ter* y *quáter* que al acusado de un delito de acción pública cuya sanción sea pena de restricción de la libertad cuya duración no exceda de los tres años podrá solicitar el beneficio de la probation. Concurrentemente, el acusado deberá ofrecer a la víctima una reparación razonable por el daño sufrido (que puede o no ser aceptada por ésta, con habilitación de la acción civil en este último caso).



Es el Juez del caso quien finalmente admitirá o no la procedencia de la aplicación de la suspensión, ya que la norma no entiende su adjudicación automática, sino que deja librada su aplicación al arbitrio del Juez director del proceso, según la redacción del artículo 76 bis, cuarto párrafo del Código Penal: “... el Tribunal *podrá* suspender la realización del juicio”. Existe toda una discusión doctrinaria acerca del carácter vinculante o no del consentimiento del Ministerio Público Fiscal para tal decisión. (Aued, N. y Juliano, M. 2001)

El instituto se conoce como suspensión del *juicio o del proceso* penal a prueba, lo que no implica su valoración sólo en la audiencia oral, ya que puede solicitarse el beneficio desde que se inicia la persecución pública en la etapa de instrucción.



4.4 Regulación en el Código Procesal Penal Federal

El artículo 293 del CPPN (modificado por ley 27.732 del 13 de julio de 2017) en el Título IV capítulo III señala que en la oportunidad que la ley penal permita la suspensión del proceso a prueba, el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, en audiencia única donde las partes tendrán oportunidad de expresarse. La víctima será citada aun cuando no se hubiera presentado como parte querellante.

Cuando así ocurra, el órgano judicial competente en la misma audiencia especificará concretamente las instrucciones y reglas de conducta a las que deba someterse el imputado y deberá comunicar inmediatamente al juez de ejecución la resolución que somete al imputado a prueba.



4.5 La ley 24.316 de Reforma del Código Penal.

Esta reforma precedió por algunos meses a la Reforma Constitucional del año 1994. Con objeto de evitar la mera transcripción del articulado de la ley, habré de mencionar que, en lo atinente al objeto de estudio de este Trabajo Final de Grado, la reforma del **artículo 27 bis** sostiene que habiéndose suspendido condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá señalar un plazo que irá entre dos y cuatro años (de acuerdo a la gravedad del delito) donde el imputado deberá cumplir con algunas o todas de las siguientes reglas de conducta:

- Fijar residencia
- Someterse a la supervisión de un patronato
- No concurrir a determinados lugares o trabar relación con algunas personas.
- Prohibición de consumo de alcohol y de estupefacientes.
- Cumplir con escolaridad primaria si no la hubiera cursado
- Capacitación laboral
- Tratamiento médico/psicológico de eventual patología intercurrente
- Desempeñarse laboralmente
- Cumplir labor no remunerada a favor del Estado o instituciones de bien público.



Estas reglas no son estrictas, y sus límites elásticos se acomodarán a cada persona, aunque son perentorias bajo amenaza de revocación del privilegio y cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

La reforma incorpora también el **artículo 76 bis**: “*El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba*”

Si el delito no fuese único sino en concurso, el beneficio podrá aplicarse si el máximo de pena no supera los tres años.

Es en este artículo donde se señala que dadas las circunstancias del caso lo permitieran y *hubiera consentimiento del Ministerio Público Fiscal*, el tribunal podrá suspender la realización del juicio. Como ya fue comentado, no es pacífica la discusión doctrinaria acerca de la interpretación de este punto, y corrientes de pensamiento legal se han pronunciado fuertemente en uno y otro sentido.

Los delitos llevados a cabo por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones no son pasibles de suspensión del juicio a prueba, así como los que a la pena básica suman la de inhabilitación.

El **artículo 76 ter** establece la duración de la probation entre uno y tres años, según la gravedad del delito. Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete otro delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas en el, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio. Observemos que, si la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso, estos es, no se otorgará nuevamente el beneficio de Probation, debiendo transcurrir al menos ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior, y no se otorgará nuevamente a quien haya incumplido las reglas impuestas en suspensión previa.



La Probation o Suspensión del Juicio a Prueba como un modo alternativo de resolución del conflicto penal donde el trámite judicial se suspende “a prueba” tiene también por objeto evitar las consecuencias funestas del encarcelamiento en delitos considerados menores o no graves.

La finalidad de la probation aparte de la humanización en el otorgamiento de la pena es disminuir el número de causas consideradas leves que son sometidas al escrutinio judicial, a fin de preservar los recursos siempre escasos para la persecución de delitos valorados como más graves.

Aued y Juliano (2001) consideran también que implica un sinceramiento del sistema judicial, que carece de la capacidad de perseguir todos los delitos que suceden.

La ausencia de la estigmatización que significa para el individuo ser sometido a un proceso judicial y consiguiente condena suponen un gran beneficio para el imputado, aunque la aplicación del instituto no es automática para el mismo, debiendo ser solicitado a través de su representante legal al Juez de la causa y está limitada a un universo de personas carentes de antecedentes penales (o de antecedentes no computables) y de delitos, y cuya sentencia de pronunciarse sea de ejecución condicional.

En el ordenamiento penal se llama suspensión del *juicio* a prueba, debiendo hacerse la aclaración que con la palabra “juicio” no se hace referencia sólo a la audiencia de juicio oral sino al procedimiento judicial *in toto*, de ahí que también sea conocido como suspensión del proceso a prueba.



En Argentina así como en el resto del mundo se observa una alta predominancia de transgresiones al sistema penal cuya gravedad institucional es relativamente baja y que, sometidas al proceso de un juicio, se sancionarían con penas privativas de la libertad de baja duración.

La imposibilidad fáctica de llevar a prisión o reclusión a un gran número de delinquentes en razón de la superpoblación carcelaria, y la dudosa utilidad de penas breves de restricción de la libertad ambulatoria han encontrado respuesta en este Instituto, ya que la literatura es conteste con el escaso valor correctivo de las penas breves de privación de la libertad cuyo fin casi completamente expiativo es deletéreo para la resocialización del individuo (Vitale G. 2004, Devoto G. 2005, Aued N. y Juliano M., 2001).

Es de conocimiento común que el intento de rehabilitación del delincuente en cárceles colmadas conduce al fracaso, instalando en la psiquis de la persona detenida la idea de haber sido excluida de la sociedad en general, colocando sobre la misma el mote de “preso” con toda la carga negativa que conlleva la palabra, y aun empeorando la situación del condenado que se ve inmerso en una verdadera escuela de delincuencia carcelaria.



• 5. LA LEY 25.087 DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

Modificación del Código Penal del año 1.999 respecto de los delitos contra la integridad sexual.

Específicamente en lo que hace al desarrollo de este Trabajo, interesa el artículo primero de esta ley:

1. — Sustitúyese la rúbrica del Título III del Libro Segundo del Código Penal “Delitos contra la honestidad” por el de “Delitos contra la integridad sexual”.

Y el primer párrafo del artículo segundo:

2. —Sustitúyese el artículo 119 del Código Penal, por el siguiente texto:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.



Otros artículos de esta ley que interesan a menores en delitos contra la integridad sexual, v.gr. 3° (aprovechamiento por la inmadurez y preeminencia sobre la víctima), 5° (corrupción), 6° (prostitución), 9° (producción y/o publicación de pornografía y espectáculos sexuales), 10° (exhibiciones obscenas), 11° (sustracción y retención de personas con objeto de menoscabar la integridad sexual) y otros como el 13° donde se conmina a las personas en íntima relación con la víctima y que hayan cooperado con la producción de estos delitos, con la misma pena que a los autores, están relacionados con el tema bajo análisis pero serán sólo tangencialmente desarrollados con objeto de favorecer la brevedad del tema en estudio.



• 6. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Bases constitucionales de la protección de la niñez

Por ley 23.849 de octubre de 1990 se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, siendo incluida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional junto con otros tratados y concordatos de valor supralegal con jerarquía constitucional que imponen al Estado la obligación genérica de no incumplir con las obligaciones allí asumidas. (Sabsay D. et al, 2009)

Esta convención hace suya una parte de la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, específicamente en el preámbulo afirma: *“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal”*, que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial se encuentra también reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos ellos formando parte del artículo constitucional mencionado.

En el artículo 1 se define al niño como *“todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.



Con objeto de incluir sólo lo relevante para este Trabajo, sólo se transcriben los artículos 3, 19, 34 y 39 de la Convención, que sostienen: Art. 3 (1) *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*, y en el 19º: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”*. El artículo 34º en su primer párrafo afirma: *“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”*. Finalmente, en el artículo 39º se lee: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la 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”*.

Yesuron M. (2015) en forma didáctica enseña que una vez denunciado el abuso, es el Estado el responsable y garante de los derechos de las víctimas, en respeto a las convenciones y tratados internacionales de jerarquía constitucional asumidos por nuestro país. De esta manera, la Convención de los Derechos del Niño establece el interés superior del niño frente a cualquier otro derecho, razón por la cual se torna necesario esclarecer la problemática que presenta el agresor sexual, toda vez que este conocimiento aporta al tratamiento del tema desde la perspectiva de la protección de la infancia y desde el compromiso del Estado con los derechos de los ciudadanos.



• 7. EL DELITO DE ABUSO SEXUAL INFANTIL. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA Y RELACIÓN CON LA PROBATION

Consideraciones sobre la situación actual del problema. El artículo 119 del Código Penal. Definiciones operativas sobre abuso sexual y conductas delictivas que no constituyen el tipo. El ofensor sexual

7.1 Presentación.

El abuso sexual infantil en todos sus modos de presentación es un verdadero problema legal, social y médico de extensión casi universal. La Organización Mundial de la Salud en la “Actualización sobre la 69ª Asamblea Mundial de la Salud” del año 2016 estima que, hasta la edad de 18 años, una de cada cinco niñas será abusada, y lo mismo sucede con uno de cada trece niños. Considerada para nuestro país, ello significa un universo de unos dos millones de niños. (OPS OMS / 69 WHA contents)

El Legislador ha querido restrictivamente limitar como abuso sexual simple a aquéllas actividades sexuales donde no haya: 1) sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima y b) presencia de acceso carnal. (Figari, R., 2018)

Referido al abuso sexual infantil, el artículo 119 del Código Penal en su primer párrafo condena con pena de prisión o reclusión de seis meses a cuatro años al culpable de abuso sexual simple, cuando la persona de uno u otro sexo sea menor de trece años.



Respecto de la relación entre probation y abuso sexual simple de menores, este delito se encuentra conminado por una pena en abstracto que va de los seis meses a los cuatro años de reclusión o prisión. El primer párrafo del art. 76 *bis* del Código Penal es claro en este sentido y limita el instituto a aquellos delitos con una pena máxima de tres años por lo que de la mera lectura del mismo se desprendería la imposibilidad de su implementación.

Ciertas corrientes de pensamiento jurídico ven en el cuarto párrafo del citado artículo la oportunidad para su aplicación en delitos cuya pena supere el máximo de tres años prescripto, *cuando por las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso la condena aplicable* (Código Penal Argentino).

Debe tenerse en cuenta que la conducta de abuso tiende a repetirse con el tiempo, y los abusadores son renuentes a los tratamientos médicos actuales, ya sean farmacológicos, psicoterapéuticos o de internación. Si bien uno de los presupuestos fundamentales de la suspensión del proceso a prueba es impedir el encarcelamiento de delincuentes con penas de escaso tiempo de duración, no hay un consenso universal respecto de qué actitud legal, social o médica debe asumirse con el delincuente sexual, (Yesuron, M., 2015) y esta situación ya mala de por sí se agrava cuando debe resolverse no en el nivel teórico sino en el cotidiano, de las personas afectadas por este delito y que se presentan con enorme frecuencia ante los estrados judiciales.



7.2 Regulación: análisis de la estructura del artículo 119 del Código Penal.

Este artículo de nuestro Código Penal se encuentra en el Título III: DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL, Capítulo II, cuya última modificación corresponde a la ley 27.352 del 27 de abril de 2017 y que reza:

Artículo 119: Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:



- a) *Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;*
- b) *El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;*
- c) *El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;*
- d) *El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;*
- e) *El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;*
- f) *El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).



Con la puesta en vigor de la ley 25.087 de mayo de 1999 el antiguo nombre de delitos “contra la honestidad” se ha cambiado por el de “delitos contra la integridad sexual” ya que el bien jurídico tutelado no es la honestidad sino la integridad y libertad sexual.

Desde el punto de vista estructural, se destaca la siguiente configuración:

Párrafo 1º: abuso sexual simple.

Párrafo 2º: abuso sexual gravemente ultrajante.

Párrafo 3º: acceso carnal.

Párrafo 4º: abuso sexual gravemente ultrajante y acceso carnal, agravados.

Párrafo 5º: formas agravadas del abuso sexual simple.



7.3. Abuso Sexual: simple, calificado y agravado. Abuso sexual infantil.

Los delitos sexuales en todas sus formas de presentación son noticia casi cotidiana en nuestro país. Se nos presentan a través de los medios de comunicación masiva de un modo siempre llamativo y suscitan en nuestro interior un sentimiento de repulsa que no cede aun con la reiteración abrumadora de los hechos. Esta respuesta casi visceral se encuentra ligada al atropello de la libertad básica de elegir al compañero sexual y al convencimiento del injusto de ver frustrada la misma por la voluntad de otra persona. Por ello los crímenes sexuales tienen una especial connotación de humillación y vergüenza al ver expuesta la intimidad física de manera más o menos violenta y no elegida. El rechazo social es aún mayor cuando en el abuso se encuentra comprometido un niño, donde se entiende que a lo anterior se suma la lesión de lo que hubiera sido el normal desarrollo de la salud sexual física, psíquica y social.

Cualquier persona puede enfrentarse directamente al hecho, ya sea como lamentable víctima de la satisfacción de los deseos de otra, bien como profesionales de la Salud o del Derecho. En este último caso y afortunadamente, es habitual que la atención de quien ha resultado víctima esté relativamente bien organizada, a favor de las múltiples campañas de concientización, y resulta bastante claro dónde presentar la denuncia, cuáles son los derechos que amparan a la víctima, qué tipo de atención médica y psicológica esperar en agudo y luego de pasado lo inmediato del hecho.



Cuando se analiza la adecuación del instituto a los delitos sexuales, específicamente al abuso simple infantil es conveniente tomar una definición operativa a fin de su conceptualización: abuso sexual infantil es aquella actividad de índole sexual que involucra a un niño menor de trece años y que implica actividad sobre el cuerpo de la víctima, sin ánimo de penetración. (Villada, J., 2013)

Obsérvese que nada se expresa en la definición acerca del consentimiento de la víctima, ya que la legislación acepta que por debajo de la edad mencionada no hay consentimiento válido otorgable, siendo esta una presunción *iuris et de iure*, esto es, que no acepta prueba en contrario. (Núñez R., 2009) Esta posición es inconvencional aún si el niño ha participado abierta y no compulsivamente en el hecho.

La acción que cumple el tipo objetivo es “abusar sexualmente”, comprendiendo los actos de índole sexual de una persona sobre el cuerpo de otra (tocamientos inverecundos) afectando sus partes sexuales tanto genitales como paragenitales con aprovechamiento de la víctima, lo que termina de configurar el tipo.

El acto ha de ser:

1-objetivamente impúdico, y

2-de contenido sexual



Surge de lo expuesto que debe tocarse el cuerpo de la víctima, por lo que miradas lascivas, proposiciones deshonestas y palabras obscenas no configuran el tipo, como tampoco lo hace: grabar a alguien desnudo o masturbándose, obligar al desnudamiento, el así llamado “*child grooming*” y otras conductas que caen bajo otras ópticas penales, como es la coacción para la primera, privación agravada de la libertad para la segunda y ciberacoso para la última. También comete el delito de coacción (y corrupción si es un menor) quien se hace tocar en las partes pudendas por la víctima, o hace que ésta toque a otra persona de similar manera. Quien se hace contemplar realizando actos impúdicos comete el delito de exhibiciones obscenas y eventualmente corrupción si es contemplado por un niño.

Tocar a una persona, con ánimo sexual, pero en zonas no genitales o paragenitales no se considera abuso sexual, existiendo gran divergencia dogmática acerca de si el beso ya sea en la boca o en otras partes del cuerpo del sujeto pasivo debe considerarse como tal.

El tocamiento genital, aun originado en otros motivos que los meramente sexuales (como ira, venganza o desprecio) también son considerados abuso sexual, ya que la conducta es objetivamente impúdica y percibida de contenido sexual por la víctima y eventuales testigos. De esto surge que no es exigido el contenido subjetivo de la acción por parte del agresor para determinar la existencia de abuso: un médico que examina genitalmente a una paciente podría obtener satisfacción sexual de su acción, pero mientras que la conducta realizada no cumpla con los puntos señalados no habrá abuso sexual de ningún tipo. Por lo demás, en el examen médico hay consentimiento y faltan los medios previstos en el primer párrafo del art. 119.



Respecto de la edad de la víctima esquemáticamente podemos representar al abuso simple de la siguiente manera:

- Menor de 13 años: Abuso Sexual Infantil, carece de excepciones por lo que en este grupo será una presunción *iuris et de iure*. Abuso deshonesto era el nombre con que se conocía anteriormente a este delito.

- Entre 13 y 15 años: Abuso Sexual por aprovechamiento de la inmadurez de la víctima. Previamente conocido como estupro.

- 16 años y mayor: Abuso Sexual por violencia, amenaza, intimidación, abuso coactivo, relación de dependencia, autoridad o poder o cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

El abuso sexual infantil (ASI en lo sucesivo) es un delito doloso de dolo común -no existe el tipo culposo-, que como ya se explicó no requiere de ningún elemento subjetivo para su realización. Delito de carácter material, instantáneo y de resultado, se consuma cuando se ejecuta el acto sobre el cuerpo de la víctima.

¿Por qué se lo castiga? Para comprender la sanción que conmina al ASI es necesario separar claramente los términos moral, pecado y ética -que carecen de valoración penal- de Derecho, delito y concepto de lo prohibido. Así, sólo en el Derecho se funda la justificación de la prohibición, y la definición de delito cuando se la transgrede. (Tenca, A. 2013).

Ya que el ASI es un delito de resultado admitiría la tentativa (=cuando el sujeto activo ha realizado todos los actos necesarios para producir un resultado delictivo pero éste no llega a materializarse por causas ajenas a su voluntad).



Dadas las características especiales del abuso simple, este extremo puede ser extraordinariamente difícil de comprobar, y se encuentra mayormente basado en las circunstancias que rodean al hecho para determinar si hay un peligro concreto y real para el bien protegido o sólo se trata de una manifestación equívoca de una eventual voluntad criminal (Lascano C., 2005): una persona que es descubierta llevando a un niño a un lugar apartado para presumiblemente abusar de él pero que no concreta el abuso por ser descubierto.

El ASI no es privativo de raza, posición social o cultura alguna, y atraviesa a la sociedad en forma endémica con hasta un 5-10% de niños de uno y otro sexo que durante su desarrollo han enfrentado algún tipo de abuso sexual. (Criado M. y Eleta, G. 2008). Según el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de 2018, 7 de cada 10 víctimas menores de 18 años eran niñas. De ellas, el 38% eran menores de 11 años.

La Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un análisis de casos ocurridos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el período 2009 a 2013 registró 136 denuncias de violencia sexual para el grupo etario de 0 a 10 años, con clara tendencia a la afectación mayoritaria de niñas sobre niños (75%-25%). En la provincia de Buenos Aires entre los años 2014 a 2016 se denunciaron 12.663 casos de abuso sexual de todo tipo, correspondiendo a víctimas mujeres y niñas hasta el 83% de las denuncias.



7.4 El victimario.

En razón de la importancia que presenta para una de las conclusiones de este trabajo, es que se presentará brevemente una caracterización del ofensor. Dependiendo de la gravedad del hecho denunciado y de las características del mismo el acusado puede perder inmediatamente su libertad ambulatoria, o quedar imputado sin pérdida de la misma mientras se sustancia el proceso. Razonablemente, éste es el caso del abuso sexual simple, ya sea se trate de víctimas adultas o niños. La intrínseca dificultad probatoria de un hecho que generalmente ocurre puertas adentro y sin testigos atenta contra la realización de la misma, debiendo soportarse en otras pruebas que adquieren enorme relevancia como el examen psicológico en la modalidad de cámara Gesell. Si de las pruebas arrimadas al proceso surge la robustez de la demanda y continuidad del juicio es posible que el representante del victimario presente a pedido del mismo el beneficio de la suspensión del juicio a prueba o “probation”.

El abusador tiene un perfil seductor, se impone lentamente a su víctima generalmente sin violencia, casi inexorablemente es del círculo íntimo de la víctima o muy cercano a él, por lo que aquélla lo conoce bien y hay una cierta relación de confianza entre ambos.

Los perpetradores del abuso sexual infantil pertenecen al grupo de ofensores no violentos. La ausencia de lesiones en el cuerpo de la víctima de ninguna manera implica que el acto no acarree secuelas graves y prolongadas particularmente en la psiquis de la misma. Los delincuentes sexuales pueden encasillarse en una de dos áreas bien definidas: personalidad de tipo neurótico, con mayor chance de curación y rehabilitación, y antisocial o sociópata en donde la posibilidad de recuperación es casi nula (Zazzali, J., 2009)



Es a este grupo donde se desea dirigir la atención con objeto de eliminar la posibilidad de otorgar el beneficio de probation, ya que careciendo el delincuente de empatía subestima el sufrimiento que causa y repetirá la experiencia. Necesariamente, para aislar esta personalidad es menester el auxilio de la medicina forense que asesorando con conocimientos específicos puede presentar datos objetivos que demuestren esta caracterología.



• 8. EL INSTITUTO DE LA PROBATION EN EL ABUSO SEXUAL INFANTIL

Improcedencia de la aplicación del instituto al abusador sexual infantil. Posiciones encontradas de los más altos Tribunales Judiciales de la República Argentina respecto de su otorgamiento.

El uso de probation en los casos de delitos sexuales debe ser cuidadosa y restrictivamente valorado, no solamente porque el artículo 119 del Código Penal en su primer párrafo referido al abuso sexual simple eleva la pena máxima hasta cuatro años, sino que la especial psicopatología involucrada en el accionar del victimario y su íntima relación con Tratados Internacionales y la franca relación asimétrica entre víctima y ofensor se oponen a ello.

La Constitución Nacional por su art. 75 inciso 22 otorga jerarquía constitucional a la “Convención Sobre los Derechos del Niño” la que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución N° 44/25 de fecha 20 de noviembre de 1989, incorporada al derecho interno por la ley 23.849 sancionada el 27 de setiembre de 1990 y promulgada de hecho el día 16 de octubre de 1990.

La C.D.N. fija estándares mínimos que el Estado argentino debe respetar en relación con las personas menores de dieciocho años de edad que hayan resultado víctimas de delitos –artículos 19°, 34° y 39° del cuerpo normativo- encontrando razón en la vulnerabilidad de la niñez a padecer violaciones de sus derechos.



El *corpus iuris* de los derechos de los niños se conforma por tratados regionales y universales, códigos y leyes especiales. Así en nuestro país la sanción de la ley 26.061 obedece a la manda de la C.D.N. El art. 9º de esta ley de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” reconoce la protección contra el trato violento, discriminatorio o humillante, la prohibición de que la niña, niño o adolescente sea explotado económicamente, torturado o abusado y el derecho a la integridad física, sexual, psíquica y moral (“Dr. Jorge Orona s/ Denuncia (TCN) Expte 11.605/17, Juzgado de Primera instancia de Puerto Deseado, Santa Cruz).

Los debates generados en torno a la aplicación del instituto en estos delitos plantean puntos de vista disímiles, bien fundados y atendibles, que deben tenerse en cuenta ya que nos involucran a todos como sociedad y exigen una respuesta razonable del sistema judicial en el manejo de problema.

Diferentes y atendibles corrientes de pensamiento jurídico han atacado la redacción del artículo 76 *bis* en particular en el cuarto párrafo, cuya exégesis amplía el horizonte de delitos contemplados por la norma, con lo que del rígido encasillamiento original del mismo se ha pasado a una situación práctica donde los límites impuestos por el Legislador se encuentran bajo mirada crítica, que permite en algunos casos avanzar sobre los mismos y otorgar el instituto en situaciones punibles originalmente no contempladas.

La Pena para el abuso sexual simple va de los seis meses a los cuatro años de reclusión o prisión. Ciertas corrientes de pensamiento jurídico ven en el cuarto párrafo del citado artículo la oportunidad para su aplicación en delitos cuya pena supere el máximo de tres años prescripto, *cuando por las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso la condena aplicable* (Código Penal Argentino).



En este punto, estas escuelas consideran atendible el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba en razón de la pena aplicable por los Jueces que no supere los tres años, independientemente de cuál sea aquella con que la ley reprime el delito en cuestión. Así, se han planteado las llamadas tesis amplia y tesis restrictiva para su utilización (Vitale G., 2004).

Sin embargo, la sentencia plenaria de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Kosuta” (Cámara Nacional de Casación Penal en Pleno – “KOSUTA, Teresa R. s/ recurso de casación” –17/08/1999.) ha determinado que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art 76 bis y subsiguientes del Código Sustantivo es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no supere los tres años, con una interpretación literal del artículo.

En el año 2010 la Suprema Corte emitió un fallo que obliga a una interpretación inversa de este artículo (CSJN “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1er párrafo ley 23.737”) donde sostiene que se estaría imponiendo una interpretación irrazonable de la norma, donde de la exégesis del artículo 76 bis surge la limitación técnica en la redacción del mismo, que posibilita la interpretación de su cuarto párrafo como una apertura a condenas que en concreto -no en abstracto- superen los tres años por lo que entiende que los tribunales podrán otorgar el beneficio en estos casos, basados en el principio legal *pro homine* que tiende a privilegiar la interpretación que más derechos otorguen a la persona frente al poder estatal.

Los Tribunales Superiores de Justicia han tenido visiones contrapuestas respecto del tema en estudio, en el fallo “P., M. de los A. p.s.a. abuso sexual simple -Recurso de Casación-” (Expte. “P”, 38/2011) de julio de 2012 del STJ de la provincia de Córdoba se negó la procedencia del instituto considerándolo “inaplicable” en base a la peculiar relación asimétrica y considerando que:



“el caso concreto se encuadra claramente dentro de los de la clase de violencia de género y en contra de la niñez, en donde el sujeto activo se ubica en la posición dominante y fuerza a su víctima, mediante amenazas o abuso de poder, a la realización de conductas hostiles para sí misma” (Id).

En la Causa n° 3779, "O. R. H. s/ abuso sexual simple" la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires falla en sentido contrario otorgando la probation a un imputado de delito sexual simple.

Debe tenerse en cuenta que en la actualidad el delito de abuso sexual infantil ha dejado de ser un delito de acción privada, siendo actualmente perseguible por instancia pública e investigado de oficio. Ello resulta así dado que por la ley 27.455 de octubre de 2018 se reforma el artículo 72 del Código Penal, que, si bien mantiene como acciones privadas a las que nacen por transgresión del artículo 119, agrega que se procederá de oficio cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz.

Esta modificatoria retira una dificultad en la adecuación del Instituto de la Probation en al abuso sexual, ya que la redacción del artículo 76 es clara cuando establece que: “El imputado de un delito de acción pública.... podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba”



• 9. CONCLUSIONES FINALES

La Probation no debe aplicarse al abusador sexual infantil, en particular a aquél con características sociopáticas.

Medidas de prevención del abuso sexual infantil.

En este Trabajo Final de Graduación se examinó la procedencia de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba en delincuentes sexuales acusados de abuso sexual simple en la infancia. Es fundamental la evaluación de la asimetría entre víctima y victimario para configurar el decisorio negativo: la muy evidente relación desigual de poder, edad, conocimiento y capacidad de manejo que se establece entre el abusador y su víctima debe llevar al Juez del proceso a evaluar todos los casos traídos a su conocimiento con objeto de no acceder libremente a soluciones que de alguna manera generan una sensación de impunidad, imponiendo una medida cuasi conciliatoria que se encuentra amparada en la norma, pero que vulnera completamente el derecho del niño víctima de tan grave delito, en contradicción con la tutela constitucional referida en la CDN. (Bentivegna A., 2014).

Desde que la interpretación del cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal habilita –no pacíficamente- el otorgamiento del mismo excediendo el límite temporal máximo de tres años, una herramienta que permita distinguir con aceptable grado de certeza entre aquéllos ofensores con posibilidad cierta de reincidencia de los que no lo harán puede también usarse por el Juez Director del proceso para fundar la denegación, no sólo por la cuantía de la pena máxima conminada a este delito que excede los tres años, sino también por el peligro cierto de que el acusado recree nuevamente esta conducta criminal.



Ya que una vez imputado y demostrado el abuso sexual infantil al victimario le cabe solicitar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba por medio de su representante legal, el otorgamiento o negación es facultad del Juez de la causa, quien evaluará las características del caso, la anuencia o no del Ministerio Público Fiscal y procedencia según lo ya nombrado respecto de la exégesis del artículo 76 del CP.

El peligro de reincidencia deberá ser evaluado, ya que un alto score en la valoración del mismo debería ser óbice para su otorgamiento. Con este propósito, es extremadamente eficaz la valoración del abusador por el equipo pericial psicológico, psiquiátrico o grupo interdisciplinario del Cuerpo Médico Forense a fin de que se expida acerca de la conveniencia de proporcionar el beneficio y las razones en que se funda.

Esta es una herramienta procesal que si bien existe desde hace tiempo es de escaso uso ya que se desconoce por lo general la capacidad que presenta para separar personas que han delinquido sexualmente y que razonablemente no volverán a hacerlo de aquéllas que muestran riesgo aumentado de recurrencia.

Así, quien presente rasgos de personalidad antisocial o psicopática asociada a un alto número de predictores estáticos y dinámicos debería ser excluido del otorgamiento del instituto, permaneciendo en prisión o reclusión por todo el tiempo de la condena.

En el ambiente carcelario es hartamente conocido que los delincuentes sexuales presentan un muy buen desempeño en el área de la conducta, ello permite que, transcurrido un cierto tiempo de prueba, pasado más de la mitad del tiempo de condena y cumpliendo a un programa de tratamiento el interno pueda acceder al beneficio de las salidas transitorias, régimen de semilibertad y aún egreso anticipado del centro de detención en el que se encuentra alojado.



Es también para la evaluación de estas personas que el método señalado se muestra promisorio a fin de seleccionar criteriosamente a quien se beneficiará con estos institutos.

Las medidas de prevención del abuso sexual infantil incluyen propuestas para llevar a cabo una lucha eficaz para prevenir y erradicar este flagelo en todas sus formas, tanto en la infancia como en la edad adulta. El cumplimiento total de la condena separando al ofensor de la sociedad es sólo una de ellas. Otras que se han sugerido son:

-Registro de ADN. La creación del registro de ofensores sexuales fue sancionada por el Congreso en el año 2013: la ley 26.879 crea el registro nacional de datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual, el que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Esta excelente medida encuentra gran resistencia para su aplicación práctica, pese a que sólo se encuentra dirigida a quienes se encuentren detenidos con sentencia firme por delitos sexuales.

Se ha propuesto que esta medida sea extensiva a todos los detenidos por delitos violentos y graves. Su puesta en marcha permitiría confrontar evidencias biológicas halladas en la escena del crimen: sangre, pelos, semen u otros fluidos corporales contra un banco nacional de datos genéticos que curiosamente ya existe, el Registro Nacional de Datos Genéticos o RNDG cuya función es actualmente muy acotada pero que es el inicio de los que en otros países ya existe, con una base más amplia y que incluya a toda la población para construir bases de datos generales.

-Penas de mayor cuantía. Esta muy discutida propuesta de endurecimiento de la sanción penal en el caso de los delincuentes sexuales tiene como objeto no solo la idea de prevención primaria y secundaria, sino que subyace en su estructura el deseo más o menos encubierto de separar al delincuente sexual de la sociedad por el mayor tiempo posible, sin morigeración alguna.



Véase a este efecto el fallo en causa N° 15.156 de la Sala 1 de la Cámara Federal de Casación Penal (rechazada para reconsideración por la CSJN) en “Alvarez Albarracín Fabricio s/ recurso de casación” registro 23.361 donde se impuso al acusado la pena de 50 años de prisión de cumplimiento efectivo.

-Una vez cumplida la condena: someter al liberado a control de un Patronato, con rígido apego a un tratamiento psicológico y psiquiátrico, debiendo optarse por internación en ambiente controlado a la persona que demuestre signos de inestabilidad mental que ponga en riesgo su integridad física y la de terceros.

-Medidas de acción general: aumento de la velocidad de la Justicia en el tratamiento de estas causas donde un excesivo tiempo de expediente conspira contra el sentido de justicia, tanto para el acusado como para la víctima. Aumento del número de profesionales de la Justicia y de médicos especializados en el tema. Mejoramiento de las estadísticas oficiales para una racional distribución de los recursos técnicos y humanos.



• 10. DEDICATORIA

Este Trabajo Final de Grado se encuentra dedicado a María Sofía Casas, fallecida en el año 2011, víctima inocente de abuso sexual infantil.



•11. BIBLIOGRAFÍA

11.1 Doctrina

a) Libros

1. -Aboso, G. (2015) *Derecho Penal Sexual. Estudio Sobre los Delitos Contra la Integridad Sexual*. (1ª. Ed.) Buenos Aires: Euros.
2. -Achával, A. (2009) *Medicina Legal. Derechos Civil y Penal*. (1ª Ed.) Buenos Aires: La Ley.
3. -Aued, N. y Juliano, M. (2001) *La Probation y Otros Institutos del Derecho Penal* (1ª. Ed.) Buenos Aires: Universidad.
4. Breglia Arias O. y Gauna R (2007). *Código Penal y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*. (6ª Edición). Buenos Aires: Astrea
5. Chiara Díaz, C. (2011). *Código Penal y Normas Complementarias. Comentado, Concordado y Anotado*. 1ª Edición. Rosario, Argentina: Nova Tesis
6. -Criado M. y Eleta, G. (2008) *Evaluación Física Médico Forense del Abuso Sexual Infanto-juvenil* (1ª Ed.) Buenos Aires: Dosyuna
7. -Devoto, A. (2005) *“Probation” e Institutos Análogos* (2ª. Ed.) Buenos Aires: Hammurabi.



8. -Donna E. (2012) *Código Penal Sistematizado*. 2ª Edición. Buenos Aires: La Ley
9. -Fraraccio, J. (2005) *Medicina Forense Contemporánea* (1ª. Ed.) Buenos Aires: Dopsyuna.
10. -González del Solar, J. (2003) *Protección Judicial del Niño y el Adolescente de la Provincia de Córdoba*. (1ª Ed.) Córdoba, Argentina: Mediterránea.
11. -Lascano C. (2005). *Derecho Penal Parte General* (1ª Ed. 1ª Reimpresión) Córdoba, Argentina: Advocatus
12. -Núñez R. (2009). *Manual de Derecho Penal Parte Especial* (4ª Edición actualizada) Córdoba, Argentina: Lerner
13. -Podestá, M. y Rovea, O. (2003) *Abuso Sexual Infantil Intrafamiliar* (1ra Ed.) Buenos Aires: Espacio
14. -Sabsay Daniel et al. (2009) *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Tomo 1: artículos 1/35. Buenos Aires: Hammurabi
15. -Tenca, A. (2013) *Delitos Sexuales* (2ª Ed.) Buenos Aires: Astrea
16. Terragni M. (2013) *Tratado de Derecho Penal*. Tomo 1: Parte General. (1ª Ed. 1ª Reimpresión). Buenos Aires: La Ley
17. -Villada, J. (2013) *Delitos Sexuales* (2ª Ed.) Buenos Aires: La Ley
18. -Vitale, G. (2004) *Suspensión del Proceso Penal a Prueba* (2ª. Ed.) Buenos Aires: Del Puerto.

19. -Zazzali, J. (2009) *Introducción a la Psiquiatría Forense* (1ª Ed.) Buenos Aires: La Rocca.
20. -Zazzali, J. (2013) *La Pericia Psiquiátrica* (2ª. Ed.) Buenos Aires: La Rocca.

b) Revistas y publicaciones

21. -Beloff, M., Deymonazz, V., Freedman D., Herrera, M. y Terragni M. (2012) *Convención Sobre los Derechos del Niño Comentada, Anotada y Concordada. La Ley*
22. -Bonari Claudio. *Probation: oportunidad procesal y paradigmas metodológicos*
<https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/probation.htm>
23. -Garrido, V. (1989) *Psicología de la Violación. Estudios de Psicología*. 38: 91-110
24. -González, E., Martínez, V., Leyton, C. y Bordi, A. (2004) *Características de los Abusadores Sexuales. Revista SOGIA*, 11(1): 6-14
25. -Irish Statute Book (1907). *Probation of Offenders Act. Chapter XVII*
26. Núñez Gaitán, M. y López Miguel, M. *Implicaciones en el Concepto de Imputabilidad. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminalística* 11(r2): 1-7
27. -Ortiz-Tallo, M., Sánchez, L. y Cardenal, V. (2002) *Perfil Psicológico de los Delincuentes Sexuales. Un Estudio Clínico con el MCMI-II. Revista de Psiquiatría, Facultad de Medicina de Barcelona*. 29(3): 144-153
28. -Pitlevnik, L. (2013) *Violencia de Género y Suspensión del Juicio a Prueba. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (15): 177-203
29. -Pozo Hurtado, J. (1973) *La Condena Condicional. Revista Derecho* (31): 60-80
30. -Jiménez Martínez, C. (2012) *Revista de Derecho Penal y Criminología*. p. 13-49. *La Libertad Vigilada en el CP De 2010. Especial Mención a la Libertad Vigilada Para Imputables Peligrosos*. Madrid, España



31. -Fígari, R.(2018) en Revista Pensamiento Penal: Código Penal Comentado disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>
32. -Villanueva Sarmiento Ibeth (2013) *El Abuso Sexual Infantil: Perfil de Abusador, la Familia, el Niño Víctima y Consecuencias Psíquicas del Abuso*. Psicogente, Vol 16 Núm 30, pp 451-470 Universidad Simón Bolívar, Colombia
33. -Finkelhor David (2000). *The International Epidemiology of Child Abuse*. Child Abuse & Neglect. 18: 409-417
34. -DSM-V *Diagnostic an Statistical Manual of Mental Disorders*. EEUU(2013) Quinta ed.
35. -Yesuron M. (2015) *Perfil Psicopatológico de Delincuentes Sexuales*. Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología, UNC, Vol 2, N° 1: 192-203
36. -U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. NCS 239686

11.2 Legislación

a) Nacional

37. -Código Penal de la Nación.
38. -Código Procesal Penal de la Nación.
39. -Constitución de la Nación Argentina.
40. -Ley 24.316 de reforma del Código Penal (1994).
41. -Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005).



42. -Ley 23.849 de aprobación de la Convención Sobre los Derechos del Niño (1990).
43. -Ley 25.087 de los Delitos contra la Integridad Sexual (1999).
44. - Ley 27.352 del 27 de abril de 2017 de reforma del Código Penal.
45. -Ley 26.879 de Creación del Registro Nacional de Datos Genéticos Vinculados a Delitos Contra la Integridad Sexual
46. -Convención de los Derechos del Niño
47. -Ley 11.179. Código Penal de la Nación de 1921.
48. -Ley 27.455 de modificación del artículo 72 del Código Penal

b) Internacional

49. -República Federativa do Brasil: artigo 77 e ss do Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98
50. - República Federativa do Brasil: artigo 385 do Código Processo Penal - Decreto Lei 3689/41
51. -EEUU: New York State Penal Law. Consolidated laws of New York's Penal Code
52. -Francia: Code de Procédure Pénale Français



11.3 Jurisprudencia

53. -TSJ de Córdoba, Sala Penal, S. n° 331, "BORDONI, Jorge Luis y otros p.ss.aa. propagación culposa de enfermedad peligrosa y contagiosa agravada -Recurso de Casación-". 2011
54. -Cámara en lo Criminal de la Segunda Circunscripción Judicial, Caleta Olivia "RODRÍGUEZ, Matías Eduardo s/lesiones leves en concurso real con amenazas", Expte. N° 3.371/12. TOMO: XXXVIII – INTERLOCUTORIOS, REGISTRO: 5019 FOLIOS: 198/200 Caleta Olivia, mayo de 2.014.
55. -Cámara Nacional de Casación Penal en Pleno – "KOSUTA, Teresa R. s/ recurso de casación" –17/08/1999.
56. -Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Causa: "P., M. de los A. p.s.a. abuso sexual simple -Recurso de Casación-" (Expte. "P", 38/2011) Fecha:25 de julio de 2012
57. -CSJN "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1 párrafo ley 23.737"
58. -Juzgado de Primera Instancia de Puerto Deseado. "Dr. Jorge Orona s/ Denuncia (TCN)" Expte 11605/17.
59. -Cámara Federal de Casación Penal. Causa N° 15.156 "Alvarez Albarracín Fabricio s/ recurso de casación" registro 23.36



11.4 Otros

a) Metodología en la investigación jurídica

60. -Programa de Metodología de la Investigación Jurídica (2014). Departamento de Derecho y Ciencias Políticas. Carrera de Abogacía. Universidad Nacional de La Matanza
61. -García Fernández D. (2015). La Metodología de la Investigación Jurídica en el Siglo XXI. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
62. -Sánchez Zorrilla, M. (2011). La Metodología en la Investigación Jurídica: Características Peculiares y Pautas Generales para Investigar en el Derecho. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 14, 2011, pp. 317-358
63. -Villafuerte, D. (2006). Manual Metodológico para el Investigador Científico. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú.
64. -Yuni J. y Urbano C. (2014) Recursos Metodológicos para la Preparación De Proyectos de Investigación. Tomo 1. Córdoba, Argentina: Brujas



b) Artículos periodísticos

65. -Faure V. (2017) Can an 11-Year-Old Girl Consent to Sex?
The New York Times Electronic Edition
Disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/10/05/opinion/sex-consent-france.html?ref=nyt-es&mcid=nyt-es&subid=article>
66. -Caldiero F. (2017) Condenan a un padre que filmaba videos porno con su hija de 6 años.
FM Blue. Rosario, Santa Fe
Disponible en: <http://www.radioblue.com.ar/nota.php?Id=9713>
67. -Los curiosos motivos de un fallo que protege al abusador antes que a la víctima.
Infobae.com.ar
Disponible en: <https://www.infobae.com/2014/07/19/1581805-los-curiosos-motivos-un-fallo-que-protege-al-abusador-antes-que-la-victima/>
68. -Manchini L. (2011) La probation debe aplicarse restrictivamente.
Diario Río Negro On Line, Río Negro
Disponible en: http://www.rionegro.com.ar/cartas/la-probation-debe-aplicarse-restrictivamente-JQRN_764409
69. -Hoy se conocerán las sentencias por el crimen de Micaela García
Infobae.com.ar
Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2017/10/17/hoy-se-conoceran-las-sentencias-por-el-crimen-de-micaela-garcia/>
70. -Puerto San Julián apoya el Registro de Agresores Sexuales
Tiemposur.com.ar Disponible en: <http://www.tiemposur.com.ar/nota/138492-puerto-san-julian-apoya-el-registro-de-agresores-sexuales>



71. <https://www.infobae.com/tendencias/2018/12/17/abusos-sexuales-en-la-ninez-y-adolescencia-cifras-y-definiciones-que-evidencian-la-agenda-de-genero-pendiente-en-la-argentina/>

c) Consulta en la red

72. -Bentivegna, A. (2014) Incidencia de la probation en torno al abuso sexual infantil y la violencia de género. Microjuris.com
Disponible en: www.bentivegnaestudio.com.ar/publicaciones/mj-6-10-14.pdf
73. -Comentario al fallo *Góngora, Gabriel A. s/Causa 14.092*. Dr. Daniel R. Pablovsky
Disponible en: Revista de Derecho Procesal Penal N° 1, julio de 2013.
74. -La Probation, ampliada. Comentario al fallo “Acosta”. Dr. Gustavo Carballo
Disponible en: <http://www.saberderecho.com/2008/04/la-probation-ampliada.html>
75. -www.uba.ar
76. -www.uesiglo21.edu.ar
77. -www.medlineplus : enciclopedia médica
78. -www.fcs.com.ar (Fundación Científica del Sur): Diagnóstico por Imágenes

79. -Unicef Argentina: Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Disponible en: [*https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp\(1\)*](https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Esp(1))
80. -Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en: www.who.int/es/

d) Otras fuentes

81. -Diccionario Ilustrado Latino-Español Español-Latino VOX. (1992) Buenos Aires, Argentina: REI Argentina S.A.