



Trabajo Final de Graduación

Modelo de Caso - Temática: Genero

Selección de fallo: “C., F.D. p.s.a. producción de imágenes pornográficas de menores de 18 años, etc. - Recurso de Casación”. Sala Penal – Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba (2018).

Nombre: RIVA, Agustina Lucía

D.N.I.: 32.777.283

Legajo: VABG0692

Carrera: Abogacía

Tutora: LOZANO BOSCH, Mirna

2021

La Interpretación del Alcance del Término “Abuso Sexual” mediando el Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)

Sumario:

I.- Introducción. II.- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. III.- Ratio decidendi. IV.- Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V.- Postura del Autor. VI.- Palabras Finales. VII. Referencias.

I. Introducción:

El fallo que se analiza, nos ubica ante una situación actual, a la que todas las personas, pero principalmente niños y jóvenes se exponen diariamente, que son las tecnologías de la información y comunicación (TIC). Otro tipo de situación que también es moneda corriente por estos tiempos, es la violencia de género, la que se manifiesta, no solo en cuestiones físicas, sino que presenta muchas variantes.

En este fallo en particular, la violencia “se actualiza y se adapta, por lo cual, también se ejerce a través de las tecnologías de la información y comunicación” (MuMaLá, Mujeres de la Matria Latinoamericana;, 2019, pág. 3).

El objeto a analizar en la presente nota a fallo es el recurso de Casación interpuesto por el acusado de los hechos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, tras recibir su sentencia en la Cámara en lo Criminal y Correccional de 8va Nominación de la ciudad de Córdoba. El mismo versa sobre si la figura legal prevista en el Artículo 119, 2º párrafo del

Código Penal - abuso sexual-, tuvo correcta aplicación, ya que el accionar no se había dado en forma directa, sino mediante el uso de TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación).

El tribunal, por supuesto que efectúa el análisis que corresponde a cada cuestión impugnada, como se verá en el desarrollo de la presente, pero además toma como lineamiento fundamental el juzgamiento con perspectiva de género.

En cuanto al problema jurídico, nos encontramos ante un problema de tipo axiológico, esto es según Alchourrón y Bulygin (1987) “situaciones en las cuales, si bien existe una solución – por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas – la solución existente es axiológicamente inadecuada” (págs. 158, 159). Concretamente, lo que el tribunal busca dilucidar es si la aplicación del artículo 119, segundo párrafo, donde se tipifica al abuso sexual, cuando el mismo “por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”, es concordante con el hecho objeto de esta causa.

Esto no quiere decir que exista una laguna normativa; los mismos autores, y con acierto, hacen una distinción entre las lagunas axiológicas y las lagunas normativas: para que existan las primeras, es necesario que el caso tenga una solución; de lo contrario, estamos ante las segundas, y estas definiciones son mutuamente excluyentes (Alchourrón & Bulygin, 1987, págs. 159, 160). Se trata de una adecuación del artículo en cuestión, a un hecho que existió, que está comprobado, pero la solución existente si bien es la correcta, necesita un “ajuste” para subsumirla a los avances tecnológicos, que son los que dan un nuevo marco para cometer los ilícitos.

De esta forma, se convierte en precedente tanto por interpretar la norma aplicada al caso en miras a la actualidad, como por el enfoque respecto a este tipo de violencia no física, pero

que afectó la integridad y corrompió a sus víctimas, con el agravante de que pertenecen a grupos vulnerables, como son las mujeres y los niños.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

En la primera instancia se condena a C.,F.D. como autor penalmente responsable del delito de coacción calificada continuada en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el grave daño producido en la salud psíquica de su víctima, continuado (entre otros que no formaran parte de la exposición para no extender el enfoque), el que llevó a cabo en reiteradas oportunidades y con diferentes víctimas.

El modus operandi era el siguiente: el imputado, ocultando su verdadera identidad, se contactaba por Internet, específicamente por Messenger, Facebook o Hotmail con sus víctimas, que no solo eran mujeres, sino que además, eran menores de edad. En una primera etapa, mantenía una conversación amigable, para entrar en confianza; cuando esto se lograba les prometía que si les enviaban una foto de sus pechos con corpiño, él les daría a cambio códigos de tarjetas telefónicas (elemento muy preciado en el momento histórico en que transcurren los hechos). Ya en una segunda etapa, y cumplida la primera, utilizaba esa fotografía que tenía en su poder, para exigirles a las víctimas, mediante diferentes amenazas, que envíen fotos impúdicas, videos con los cuerpos desnudos, obligándolas a realizarse tocamientos en las partes pudendas, entre otras exigencias que servían para satisfacer sus deseos, pero que menoscababan la integridad sexual de las damnificadas.

Si bien el accionar se origina con una imagen, tomada por voluntad propia de las afectadas, el hecho delictivo comienza a desarrollarse una vez obtenida la misma. Dice Jorge Buompadre que “el problema no reside en la conducta de la víctima -que puede haber sido imprudente al permitir la invasión de su intimidad personal-, sino en la conducta del autor, que realiza una acción no autorizada” (Buompadre, *Violencia de Genero en la Era Digital*, 2016, pág. 241).

Como se adelantara en la introducción, el punto central del fallo, recae sobre la interposición del recurso de Casación por quien fuera sentenciado como autor del delito de abuso sexual en los términos del Artículo 119, 2º párrafo del Código Penal, junto a otros supuestos. El mismo plantea que la aplicación de este artículo, no tiene el alcance suficiente para encuadrarse en él, ya que el accionar no se llevó a cabo en forma directa, sino mediante el uso de TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación).

Para ello, la defensa argumenta a su favor, lo que gran parte de la doctrina sostiene para establecer lo que el caso típico requiere para su concurrencia, esto es, según Núñez, “el abuso exige tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima. No puede cometerse a distancia ni de palabra” (Manual de Derecho Penal Parte Especial, 2008, pág. 117), y que los hechos no fueron lo suficientemente discutidos para llegar a la sentencia recurrida.

Correlativamente, se infiere que al quo realizó una interpretación analógica y extensiva del delito, la que da origen a la presentación de este recurso en contra de dicha resolución.

En igual forma pone de manifiesto que la decisión de primera instancia fue una decisión inconstitucional, por considerar que se aleja del principio de legalidad del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional (1994).

El Tribunal, a su turno, haciendo uso de sus facultades, falló rechazando el recurso. El mismo tomó como argumento principal el contexto histórico donde se desarrollaron los hechos. Consecuentemente, complementó la decisión en base a Tratados Internacionales teniendo en cuenta la perspectiva de género.

III. Ratio Decidendi

Para rechazar los agravios expuestos por el recurrente en la primera cuestión, la presidenta de la Sala, vocal doctora Aida Tarditti, realiza una argumentación en forma ordenada, y efectúa en cada punto las consideraciones necesarias para una resolución acorde a derecho.

En primer lugar, estima conveniente encuadrar el delito que se busca impugnar, en el contexto de los hechos: el uso de las TIC como medio de comisión. Este marco le otorgaba al impetrante posicionarse en el anonimato, ocultando su verdadera identidad, obteniendo el alcance necesario para llegar con facilidad a sus víctimas.

Ante el panorama brindado por el autor, se advierte de modo bien definido, la ventaja que tiene el actor de ser un sujeto desconocido, y la sensación de inferioridad que perciben las víctimas; considerando además que “existen patrones socio cultural que promueven y sostienen la desigualdad de género” (Medina, 2015, pág. 7), y el victimario aprovechaba esta situación.

Con este escenario definido, analiza en segundo lugar la locución “integridad sexual”. Para ello toma como referencia diferentes casos jurisprudenciales en conjunto con la legislación existente en nuestro Código Penal. Así, la Dra. Tarditti establece como base para interpretarla, que es “el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad”.

Otro de los puntos que se evalúa son los fines que tiene en miras el acusado al cometer el delito. Para esta explicación trae a escena el fallo “Laudín”, el cual adhiere a la idea de que “en el delito de abuso sexual lo determinante para la configuración del tipo es el carácter *objetivamente impúdico* de la conducta del autor, a lo que se agrega, *subjektivamente*, el dolo consistente en el genérico conocimiento de que se comete un acto impúdico y la voluntad de ejecutarlo, aunque el autor además tenga otros fines, como puede ser la humillación, la venganza, etc.”.

Y para terminar de adecuar las circunstancias al marco de realidad en que se sucedieron los hechos, la Señora Vocal incorpora la Ley 26.485 (2009) y tratados internacionales para concluir que el obrar del imputado constituye la denominada *violencia de género*. La recomendación general N° 35 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 2017), sobre la violencia por razón de género contra la mujer, actualiza la recomendación general N° 19, y define que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el artículo 1 de la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que constituía una violación de sus derechos humanos.

Con todos estos argumentos, el tribunal rechaza el recurso. Los lineamientos que presentan Alchourrón y Bulligyn sobre el problema axiológico en cuestión, hacen una diferenciación que enmarca a esta solución:

“En la doctrina alemana suele distinguirse a veces entre lagunas primarias (originarias) y secundarias (derivadas). Lagunas primarias – se sostiene – son las que existen en un orden normativo desde el momento de la creación de él; las lagunas secundarias aparecen con posterioridad, ya sea a consecuencia de una modificación en la situación fáctica (por

ejemplo, mediante el progreso técnico) o a causa de un campo de las valoraciones”.

(Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 1987, págs. 166, 167)

Por lo que es acertada la decisión de la Vocal Dra. Aida Tarditti, de considerar que la sentencia de la primera instancia fue correcta, y entender que para que se configure el abuso sexual, no es estrictamente necesario el contacto físico. Migliorisi considera que los delitos configurados como clásicos en el Código Penal, encuentran en la informática una nueva forma de comisión (Informática y Delito. Reunión preparatoria del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal -AIDP, 2014, pág. 271), y este fallo es un ejemplo de ello.

Los Vocales que asisten a la señora Presidenta, María Marta Cáceres de Bollati y Luis Enrique Rubio, estiman correcta la decisión del primer voto, por lo que adhieren en todos los puntos, rechazando el recurso.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Este fallo tiene como figura principal al abuso sexual. La historia ha ido modificando y adecuando este concepto, teniendo en cuenta que constituye un delito que afecta a la integridad sexual de las personas.

Nuestro Código Penal no lo define, pero sí lo cuantifica según las diferentes circunstancias que lo conforman. En el segundo párrafo (que es el que motiva el recurso de este fallo) dice: “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”. Y aquí lo que se destaca es el sometimiento que causa degradación a la víctima por la duración o circunstancias.

Este nuevo artículo, el que se conocía antes de la reforma como *abuso deshonesto* que castigaba “al que abusare deshonestamente de persona de uno y otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias de la violación sin que haya acceso carnal”, mantiene esta cuestión de intervenir en la integridad de una persona, particularmente en lo que a sexualidad se refiere, pero “sin precisar en qué consiste el acto de abuso” (D`Alessio & Divito, 2004, pág. 160).

Nos dice Zurzolo Suárez, que:

“El problema radica en que no existe acuerdo en torno al alcance del concepto de abuso sexual. Esto no es novedoso, pues en el sistema anterior del Título III del Código Penal sucedía algo similar con el concepto de abuso deshonesto” (Observaciones sobre el concepto de Abuso Sexual, 2018, párr. 7).

Entonces es importante delinear cuales son los requisitos que deben existir para que se configure el delito. Autores clásicos, como Núñez, consideran que el abuso sexual “consiste en un atentado a la reserva sexual de la víctima sin consumir o intentar la realización del acceso carnal” por lo que de esa interpretación se infiere que es condición *sine qua non*, que exista el contacto físico.

Zurzolo Suarez continua explicando que ante la vaguedad del concepto,

“las opiniones se dividieron entre las denominadas tesis subjetiva y objetiva. La primera requiere que el autor se proponga desahogar un apetito de lujuria. Exige un elemento material-objetivo consistente en la realización de actos libidinosos no tendientes al acceso carnal, y otro subjetivo que se caracteriza por la voluntad de realizar un acto

objetivamente impúdico al que agrega un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, que se identifica con el propósito libidinoso. La ausencia de este conduce a la atipicidad. En cambio, la segunda entiende que se restringe indebidamente el tipo al reclamar que actos con claro contenido sexual requieran como elemento subjetivo distinto del dolo el propósito libidinoso. Los actos objetivamente de esta naturaleza son siempre abusivos y bastan para fundamentar una imputación al tipo” (Zurzolo Suárez, 2018, párrs. 9, 10 y 11).

En el caso “Dávila” se realiza una apreciación sobre el instituto:

“Precisamente, la *acción típica* consiste en contactar a un menor de edad por los medios aludidos y con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual, lo cual vislumbra la existencia de un *delito de peligro abstracto* en donde el *mero contacto con un menor a través de dichos medios con los fines requeridos* consuma el tipo. La figura exige la concurrencia de un tipo subjetivo de índole doloso, específicamente dolo directo, conjuntamente con un especial elemento subjetivo: el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual del menor” (TSJ, Sala Penal, “Dávila” S. N° 122, Expte. 2007248 – Causa con imputados, 19/04/2018).

Por su parte el objetivo del tipo penal, es proteger el bien lesionado. Jorge Buompadre nos dice que:

“El bien jurídico protegido en este tipo de abuso sexual es la libertad sexual de las personas, que se ve agredida en el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo con su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales” (Buompadre, 2020).

Lo que nos lleva a concluir, si bien hay posturas que entienden que el abuso sexual exige el contacto, en este caso se materializa con la intención del abusador de cometer el hecho y con el accionar sobre el cuerpo de la víctima, de manera física o no, generando el sometimiento sexual del que habla el artículo.

Pero, ¿es suficiente este recorrido doctrinal para justificar el rechazo del recurso de casación? Aquí es donde ingresa una nueva manera de juzgar que se incorpora no solo desde las leyes locales sino que encuentra su raigambre en el ámbito internacional, y es la perspectiva de género. Parafraseando a Graciela Medina, hay que entender sobre la importancia de que no se puede ser neutral cuando nos enfrentemos a estos casos; de lo contrario se estará juzgando con una mirada patriarcal y estereotipada, como se viene haciendo durante mucho tiempo, y la situación que pone a las mujeres en estado de vulnerabilidad, no tendrá fin (Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?, 2015, pág. 7).

Las normas internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), con sus Recomendaciones así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para), dan las bases para que la legislación nacional (Ley 26.485) y provincial (Ley 10.352) apliquen este nuevo modelo.

Así, el artículo 5, inciso 3 de la Ley 26.485 define a la violencia sexual como:

“Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo

la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.”

Debe considerarse, que la violencia contra la mujer es, además, una forma de discriminación, que impide que la mujer, goce de los derechos y libertades a la par que el hombre (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 19, 1992).

Graciela Medina explica que “es erróneo pensar que la necesidad de juzgar con perspectiva de género se limita a la violencia intrafamiliar o al femicidio” (Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?, 2015, pág. 1).

Por lo que se puede concluir que la decisión del tribunal, de adecuar este concepto abierto de abuso sexual, que en el caso en cuestión fue cometido existiendo distancia física – la que no fue eximente para el sometimiento ultrajante -, fue correcto, y más aun considerando que logró “inferiorizar” a las víctimas, obligándolas a actuar sobre sus propios cuerpos, bajo amenazas.

La visión de género, realiza el aporte distintivo. Medina sostiene que por más leyes nacionales y supranacionales que existan, si esta perspectiva se ignora y el caso se trata igual que cualquier otro proceso, no solo se comete un error porque la decisión que se toma va a ser injusta, sino que además, esta ineffectividad judicial discriminatoria, desalienta a que disminuya la violencia contra las mujeres, al no fijar antecedentes de que el Estado castiga estos actos (Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?, 2015, págs. 3, 4).

Se evidencia con claridad la intencionalidad del autor, la que se contrapone con el estado de vulnerabilidad de las víctimas.

V. Postura del Autor:

Este caso refleja una situación que es más común de lo que se piensa. La combinación de nuevos medios de comisión de delitos, con el escenario recurrente de acoso que vivencian las mujeres en distintos espacios públicos y privados, nos ofrece como resultado, casos como el presente.

Es de destacar, que si bien en el artículo 131 de nuestro Código Penal encontramos la figura del “*grooming*”, aquí lo típico es que – al margen que habla solo de menores de edad - no exige el menoscabo de la integridad sexual, sino que basta con la intención del autor. Podemos asimilarla, en cuanto a esta tesis subjetiva que la figura presenta.

Pero lo interesante de esta sentencia, es que el Juez integró de forma correcta cada aspecto al caso concreto. La forma de realización, el medio utilizado, el tiempo que duró el hecho, y por supuesto, la calidad de las víctimas, algunas de ellas menores de edad. La necesidad que se presenta en la actualidad de juzgar con perspectiva de género, hacen que el resultado al que arriba sea el adecuado, para demostrar que el Estado tiene la capacidad de equiparar el principio de igualdad de sus habitantes, reconociéndole a las mujeres los derechos que se ubicaron debajo de los de los hombres, y hacia toda la sociedad, de demostrar que se puede realizar una deconstrucción sobre los patrones socioculturales que vienen desde tiempos históricos.

VI. Palabras finales:

Este fallo nos permite visualizar que en todos los ámbitos nos enfrentamos con situaciones de violencia. En algo que pensamos como algo natural, cotidiano, como conectarnos a la tecnología, aun allí no estamos exentos de ella.

Lo positivo es que nuestros juzgadores tomaron una decisión adecuada, analizando objetivamente el hecho de abuso sexual que motivó este recurso. Si bien el abogado del acusado, planteó que el acto sexual no se llevó a cabo directamente por el autor, no pudo desconocerse que las víctimas sufrieron el menoscabo y se afectó la integridad sexual.

Por otra parte es de destacar la visión con la que se argumentó, que pone de manifiesto la capacidad de nuestros jueces de entender la situación actual a la que nos enfrentamos las mujeres. Coincidiendo con los argumentos de la doctrina, de nada sirve que existan leyes de género, si no hay quienes las apliquen.

Hemos llegado al final de este trabajo, que esto sirva para dar amplitud a nuestra realidad; que podamos cambiar, que acabemos con las diferencias. Es momento de dejar de aceptar que algunas cosas son así porque “socialmente” ya están construidas. El estado tiene en gran parte, la posibilidad de reeducarnos mediante las leyes y los tratados que nos respaldan. Y de velar que se cumplan. Por nuestra parte, tenemos la responsabilidad de llevar a la práctica, pequeñas y grandes tareas cotidianas, que permitan ir modificando estos patrones.

Hagamos foco en realizar un trabajo mancomunado para que no tengamos que seguir lamentando víctimas de violencia, y que este fallo sea uno de tantos que nos dé el alivio de sentir que no estamos solas.

VII. Referencias:

- Alchourrón, C. E., & Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Buompadre, J. (2016). *Violencia de Genero en la Era Digital*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Buompadre, J. (2020). *Revista Pensamiento Penal*. Obtenido de Código Penal comentado de Acceso Libre: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>
- CEDAW. (1992). *Recomendación General 19*.
- Convención Constituyente. (1994). *Constitución de la Nación Argentina*. Boletín Oficial, 23 de Agosto de 1994.
- D'Alessio, A. J., & Divito, M. A. (2004). *Código Penal Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley.
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (1984). *Código Penal (Ley 11.179)*. Boletín Oficial del 03 de Noviembre de 1921.
- Honorable Consejo de la Nación Argentina. (2009). *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ambitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley 26.485)*. Boletín Oficial, 14 de Abril de 2009.
- Medina, G. (2015). Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*.
- Migliorisi, D. F. (2014). *Informática y Delito. Reunión preparatoria del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal -AIDP*. Infojus.

MuMaLá, Mujeres de la Matria Latinoamericana;. (Noviembre de 2019). *Violencia Online contra Mujeres e Identidades Feniminizadas en Argentina*. Obtenido de

<https://www.mumala.ar/>

Naciones Unidas. (2017). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. CEDAW, 26 de Julio de 2017.

Nuñez, R. C. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Córdoba: Lerner Editora S.R.L.

Zurzolo Suárez, S. (06 de Julio de 2018). *Observaciones sobre el concepto de Abuso Sexual*.

Obtenido de IJEditores.com:

https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=c9177f88d5373bad5460ea3991be3ccc&hash_t=28e7f4f63528d6f502ce7b49338c31df