

B. INSERCIONES

1

INSERCIÓN SOLICITADA POR EL SEÑOR DIPUTADO ESTRADA

Fundamentos de la disidencia parcial del señor diputado al dictamen en el proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

A pesar de haber recibido varios proyectos de dictamen, ninguno de ellos cambió en gran medida la proyección orientada por la mayoría de las iniciativas que presentaron los señores diputados y que fueron estudiadas por la Comisión de Legislación Penal.

He sido y sigo siendo de la opinión de que no debe buscarse siempre la solución en la sanción de nuevas leyes ante problemas determinados, sino aplicar las vigentes y sostener la independencia de la Justicia que, munida de lo elemental, puede dar satisfacción a las expectativas que la sociedad deposita en ella.

El artículo 1º propone la sustitución del nombre del título III del Código Penal, cambiando el término "Honestidad", por "Integridad sexual".

Pareciera que esto es una reacción en contra de la palabra honestidad como si antes hubiera existido una honestidad parcial. El valor del vocablo "honestidad" es sumamente elocuente y grafica un horizonte de protección de los valores que contiene el título III en forma más amplia que integridad sexual.

La interpretación doctrinal y jurisprudencial ya tuvo demasiados problemas para resolver el concepto jurídico de honestidad, y pueden pasar muchos años para que se fije el de integridad sexual. Por ello considero que el título III del Código Penal debe mantener la misma denominación.

En cuanto al artículo 2º debo criticar en primer lugar la técnica legislativa empleada no sólo para modificar el artículo 119, sino también el resto de los artículos. El exceso de casuística para describir hasta lo más extremo produce una rigidez de la ley que casi no deja margen al juez para conceder en su trabajo de interpretación y aplicación una mayor flexibilización a fin de captar con mayor exactitud distintas realidades delictivas dentro del cotidiano existir.

La eliminación del acceso carnal en el tipo penal pone en igualdad de condiciones al abuso deshonesto con la violación, confundiendo el resultado de uno

y otro delito. No es feliz la idea de sustituir el acceso carnal con penetración por cualquier vía, por cuanto ya se había encontrado la solución jurisprudencial a la situación de la *fellatio in ore* (sexo oral).

En cuanto al agravante del inciso a) por el cual debe resultar un grave daño en la salud física y mental de la víctima, constituye un delito de resultado; es decir que una acción que tuvo un resultado no querido se agrava por vía de la preterintención. Mi crítica a este agravante es que de no probarse el daño causado, la conducta que vulneró el bien jurídico protegido no se agravaría, y se sancionaría con la figura simple.

Otro inciso que considero contradictorio es el c), por el cual se agrava la figura de la violación cuando el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiere existido peligro de contagio. Si bien se trata de un delito de peligro, lo peligroso es que se castigue la cualidad, por lo cual al ser probable que el resultado del contagio no se produzca, se castigaría una condición. No debemos olvidar que por una ley complementaria del Código Penal se castiga a quien discrimina, entre otras situaciones, por razones de salud. Castigar, por un lado, la discriminación por ser enfermo de sida y, por otro, penar esa cualidad, es contradictorio.

El artículo 3º no merece mayores observaciones de mi parte.

El artículo 4º propone la derogación del artículo 121, referido al acceso carnal fraudulento, situación que en nuestros días es difícil de tipificar por los motivos señalados en los fundamentos de los numerosos proyectos, no encontrando objeción a la misma. La derogación del artículo 122 por lo normado en el nuevo artículo 119 ya ha sido analizado.

El artículo 5º propone la sustitución del artículo 125 del Código Penal que se refiere a la promoción y facilitación de la prostitución y corrupción de menores.

En el primer párrafo se mantiene la misma estructura, con la única modificación respecto a la edad del sujeto pasivo, que en el texto vigente habla de menores de edad y en la modificación propuesta se tiene como punto de referencia para la protección de la norma a los menores de 18 años, eliminando las diferencias de punibilidad de los incisos 1, 2 y 3 del actual artículo 125.

Debemos recalcar que siguen siendo acciones excluidas del tipo las siguientes: 1) El que hace intervenir al sujeto pasivo en uno o más actos perversos; 2) El que lo hace para que otro se beneficie económicamente; 3) El que se aprovecha de un estado de corrupción ya existente; 4) La acción de quien lleva a cabo conductas que pueden calificarse de normales, pero son reprochables éticamente, como son las relaciones incestuosas; 5) Queda también fuera del reproche penal la conducta de quien, aun con fines de lucro y aunque medie el deber de resguardo, promueva o facilite la entrega del menor a actos sexuales normales, como

el padre que induce a la hija a entregarse a su novio con ánimo de lucro.

En relación con el artículo 6º se incorpora el artículo 125 bis que tipifica la promoción o facilitación de la prostitución aunque mediere consentimiento. Debo criticar la insistencia en mencionar como modo de coacción del abuso de autoridad o de poder, terminología causística que no recuerda que los términos fuerza o intimidación son demasiado amplios y abarcativos. Similar observación expreso para el artículo 7º.

El artículo 8º constituye una tipificación nueva que se refiere a la conducta de quien explota el ejercicio de la prostitución y percibe ganancias. Si bien es una conducta reprochable, el resultado de percepción de ganancias será difícil de probar.

Los artículos 9º y 10 se refieren a las publicaciones pornográficas y a las exhibiciones obscenas. Encuentro acertada la inclusión del término pornográfico, a pesar de estar incluido en el vocablo más amplio de la obscenidad. Sin embargo, encuentro reparos en el hecho de que se tenga en cuenta la involuntariedad que es propia de toda víctima. Si una persona exhibe algo obsceno, no podemos sancionarla por la supuesta involuntariedad de quien observa, por cuanto quien no quiere mirar, fija su vista en otra dirección.

Los artículos 11 y 12 no merecen mayores observaciones.

En el artículo 13 se mencionan como agravantes la cooperación en los delitos de título a los ascendientes, descendientes, convivientes, hermanos y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o de poder asista cooperando en la perpetración de los tipos descritos. No se tiene en cuenta al artículo 45 del Código Penal que prevé la participación criminal, siendo el mismo amplio y contempla la situación a que se refiere.

Respecto de los artículos 14 y 15 la sustitución en el artículo 72 de las acciones dependientes de instancia privada; incorporando nuevos tipos, no me parece inadecuada. Pero encuentro en la redacción una terminología más apropiada para el Código Procesal Penal, dejando de lado a los códigos procesales de provincia que contemplan la situación de la víctima. En cuanto a la representación que se le pretende otorgar a entidades de ayuda a la víctima, o a otras partes del proceso, eso es una reforma al Código Civil, desde el artículo 1.068 en adelante, ya que se está modificando la representación especial.

Por último, quiero expresar que para sancionar las conductas moralmente reprochables, los jueces deben estar provistos por el legislador de las herramientas necesarias ampliando el campo de aplicación de los tipos penales. Sin pretender describirlos para cada caso, ajustando su rigidez. Eso es de estricto apego a los principios de legalidad y reserva (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional) dentro de un Estado de derecho que impide a los jueces tentarse de rebasarlos, por más censurable que resulte la conducta objeto del proceso.

INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA DIPUTADA CARRIO

Opinión de la señora diputada acerca del proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

El presente proyecto propone una reformulación integral de los delitos encuadrados en el título III del Código Penal, "Delitos contra la honestidad", en consonancia con lo dispuesto por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos cuyo rango constitucional fuera consagrado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994. En particular, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece en su artículo 2º incisos f) y g) que los Estados partes convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y se comprometen a "adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" y a "derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer".

Fundamentalmente, se trata de una reconceptualización total de este título III del Código Penal, a partir de la propia denominación que se propone: "Delitos contra la integridad sexual", cambiando la ideología subyacente al bien jurídico que se pretende tutelar. Esta reforma se basa en la necesidad de incorporar otras voces en el debate público y en el proceso de formulación de políticas criminales, en particular las perspectivas, valores y experiencias de vida de las víctimas. Esta reforma, por lo tanto, implica una ruptura del discurso hegemónico y excluyente de la actual redacción del Código Penal.

En efecto, la ubicación y conceptualización de las agresiones y vejámenes que afectan la integridad y el ejercicio autónomo de la sexualidad de las personas como delitos contra la honestidad, relaciona esos delitos con valores vigentes en épocas de Alfonso X, los cuales hacían referencia al honor mancillado (buena fama) de las mujeres afectadas por esos comportamientos sexuales, al hecho de que dejaban de ser honestas y por lo tanto resultaban doblemente victimizadas, por el agresor y por la sociedad. Pero sobre todo, se referían al honor y al nombre de quienes eran sus dueños, tutores o responsables (es decir, padres, esposos, tíos, padrinos, patriarcas familiares, señores, etcétera).

Es necesario puntualizar que las agresiones de referencia afectan no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque también afectan a la vez su libertad y a menudo equivalen a una privación de esa libertad, las personas afectadas viven esas situaciones sobre todo como atentados a su propia integridad,

privacidad e identidad, más allá de que esos delitos afecten también a sus familiares, tutores, al Estado, etcétera, correspondiendo por lo tanto concebir estos delitos como delitos contra las personas, al igual que otros delitos concebidos como tales.

Tal como lo ha expresado Silvia Chejter: "La inserción de los ultrajes sexuales... como delitos contra la honestidad es un significante de algo que quiere ser transmitido a través del Código Penal. Y puede ser visualizado como vestigio o perseverancia de estratificaciones persistentes del derecho a través de las épocas, como voluntad de recordar y sostener esos valores, o como huellas anacrónicas en desuso, que se resisten a desaparecer" (Silvia Chejter, *La voz tutelada*, 1990).

Estos delitos son actos de agresión y violencia que atentan fundamentalmente contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres. Es una agresión sexual contra la autodeterminación como mujeres, como personas libres para decidir sobre su sexualidad, sobre su propio cuerpo. Es la humillación, el sometimiento y el abuso de un ser al que se le considera inferior. El tratamiento de estos delitos ha considerado a las mujeres como si no fueran personas, como si se tratara de un caso de incorrección de las relaciones sexuales, o como si las mujeres fueran propiedad de algunos varones.

Tal como sostiene Susan Brownmiller en *Against our Will*: "Dado que los antiguos patriarcas concibieron la violación de las mujeres en los términos de su propio poder, como podrían ellos concebir la violación como un crimen de los varones contra las mujeres. Las mujeres eran completamente subsidiarias y no seres independientes. De esta manera, la violación no podía ser considerada como una cuestión de consentimiento o rechazo de la mujer ni podía existir una definición aceptable para los varones basado en la comprensión del derecho de las mujeres a su integridad corporal. La violación entró en el derecho por la puerta trasera, como si fuera un crimen contra la propiedad de algunos hombres por otros hombres. Las mujeres, por supuesto fueron consideradas como la propiedad".

Una percepción adecuada de las agresiones sexuales deben considerar al crimen estrictamente como una injuria a la integridad de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad o el honor de algún varón. Más aún, estos delitos implican una restricción de la libertad de movimiento de las mujeres, no sólo por el hecho de que un acto individual de violación restringe la libertad de movimiento de la víctima sino que la frecuencia de las violaciones y la amenaza de ser una víctima equivale a una coerción social. La razón de esto es que las agresiones sexuales no son una serie accidental de eventos individuales sino que están institucionalizadas. El punto importante aquí es que se trata de una práctica socialmente coercitiva que no es natural e inevitable sino que es social y alterable.

El nuevo encuadramiento que se propone pretende conceptualizar estos delitos teniendo como base que el bien jurídico tutelado es la integridad y la dignidad de las personas, independientemente de cualquier otra consideración. Por lo tanto, de acuerdo con este nue-

vo marco conceptual se proponen las modificaciones correspondientes de otros tipos penales (abuso deshonesto, rapto de la mujer casada, mujer honesta en el estupro).

Asimismo se propone modificar la definición del artículo 119 partiendo de un concepto más amplio y teniendo en consideración la defensa del bien jurídico mencionado: la integridad y dignidad de las personas. Se mantiene la figura del abuso, que en este caso se denominará abuso sexual y no deshonesto, partiendo de la concepción general del bien jurídico tutelado en este capítulo, y se modifica sustancialmente la figura de violación.

La víctima o el autor pueden ser, según la nueva definición, de uno u otro sexo, dado que la gravedad de la ofensa no debe ser ligada al género de la víctima. Asimismo, la concepción de la acción es más amplia que en el Código actual, ya que permite incriminar como violación a todo tipo de penetración, incluyendo casos como la *fellatio in ore* y la penetración anal. Asimismo, se reconocen otras situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración, como el *cunnin lingus* y utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, dado que implican un sometimiento sexual tan gravoso, o en situaciones, mayor, que la propia penetración. Partiendo de la nueva concepción del bien jurídico protegido, estas acciones constituyen violaciones tan graves a la integridad sexual de las personas que no se justifica un tratamiento diferente del derecho, toda vez que los daños son igualmente gravosos para la víctima.

Esta ampliación tiene su justificación en la comprobación de que los efectos psicológicos y físicos, emocionales y sexuales sobre la víctima son los mismos en estos casos que en los que mencionaba la figura tradicional. La violación fue definida por la ley como una ofensa heterosexual caracterizada por la cópula genital; sin embargo, los ataques sexuales no se limitan a la cópula genital forzada ni exclusivamente una ofensa de los varones contra las mujeres. La tradición y la oportunidad biológica han otorgado a la violación vaginal un lugar como un crimen con una particular historia política, pero la invasión puede ocurrir a través de la boca o del ano o por otros actos igualmente gravosos para la integridad de la víctima. Y si bien el pene sigue siendo el arma favorita de los violadores, no es de hecho su única herramienta. Palos, botellas y aún dedos son muchas veces sustitutos. ¿Quién puede decir que la humillación sufrida por la penetración anal u oral forzada es una violación menor de los espacios íntimos, privados, una menor injuria a la mente, al espíritu, al sentido de sí misma de la víctima? Todos estos actos de sexo forzados deben ser tratados conceptualmente como ofensas igualmente graves a los ojos del derecho dado que la vía de la penetración es menos significativa que la degradación a los efectos de la injuria del bien jurídico que se pretende tutelar.

Hasta ahora, para determinar si hubo o no violación se comprobaba la existencia de acoples o conexiones corporales. En este sentido, jurisprudencialmente se entendió que el acople se realizaba entre el "miembro

viril", "órgano masculino" y "una apertura vulvar o anal", "un vaso normal o anormal", "cavidad receptiva o conducto apto para receptar el coito", "cavidad bucal", etcétera. La imagen del cuerpo, que en función del discurso jurídico se proyecta, es un cuerpo diseccionado, donde nunca es totalizado. Entonces, la necesidad de parámetros mensurables, "objetivos", corta el cuerpo, lo mutila y lo fragmenta. Así, la violación se ha transformado en el acoplamiento de sexos, zonas erógenas u otras parcialidades, haciendo desaparecer el dolor, la humillación o cualquier otro sentimiento o deseo humano en aras de la imparcialidad, de la objetividad. Por lo tanto, despojado de efectos, de contextos y totalmente despersonalizado, determinar si hubo o no violación se torna un problema meramente técnico.

La definición de la violación que sigue inscribiéndose dentro de un modelo de sexualidad mecánico instintivo, referido solamente a la sexualidad del varón, donde hay un sujeto activo y otros pasivo, concibe a la mujer ultrajada sólo como un fragmento de cuerpo donde se perpetúa un ataque a otra cosa que no es ella, ya que para el actual ordenamiento jurídico ella no existe como persona (Silvia Chejter, *La voz tutelada*).

Asimismo, los conceptos de fuerza, intimidación o resistencia deben ser revisados para dar lugar predominante al libre consentimiento y otros factores que pueden anularlo. Al revisar el acto para determinar si el crimen fue cometido, el concepto de consentimiento que se debate en la doctrina y la jurisprudencia se basa en si la víctima ofreció suficiente resistencia al ataque, si su voluntad fue realmente superada por el uso de la fuerza o la amenaza de daño físico. Tal como lo sostiene Susan Brownmiller, la naturaleza peculiar de los crímenes sexuales violentos, así como la peculiar percepción histórica de los varones de su significado ha oscurecido la percepción del derecho del consentimiento. Es aceptado sin cuestionar que en el caso de un robo, la víctima no necesita probar que resistió al robo y nunca se infiere del hecho de que entregó el dinero que ha consentido el acto y por lo tanto el acto no es un crimen. En realidad, la policía usualmente aconseja a los ciudadanos no resistirse a un robo sino esperar pacientemente y luego informar del delito a la autoridad competente, dejando toda la cuestión en las manos del derecho. Más aún: en algunas ciudades, la gente que debe estar por las calles volviendo del trabajo tarde acostumbra llevar algún monto pequeño de dinero para conformar a los ladrones, dado que la amenaza del daño físico resulta peor que el riesgo de perder dinero. En el caso de un ataque sexual, el daño físico es mucho más que una amenaza; es una realidad, porque la violencia es una parte integral del acto. El contacto corporal y la invasión física es el propósito del crimen. Sin embargo, la naturaleza del crimen tiene algo en común con el robo, porque el propósito sexual del violador se asemeja al propósito económico del ladrón. Por lo tanto, en un crimen sexual la respuesta de una víctima puede ser semejante a la de la víctima de un robo. Bajo las reglas del derecho, las víctimas de

robos o asaltos no necesitan probar que ellos se resistieron, o que no consintieron, o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza, o suficiente amenaza de fuerza, para superar su voluntad, porque la ley presume altamente improbable que la gente se desprenda de su dinero voluntariamente, así como que la gente no se somete voluntariamente a sufrir daños corporales y secuelas permanentes. Pero las víctimas de violación necesitan probar estos requisitos porque el derecho usualmente no es capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado y una agresión sexual forzada.

Entonces, el consenso no es definido en función del acuerdo, de la aceptación, sino en virtud de la ausencia de datos que confirmen el desacuerdo y de una serie de indicios acerca de un presunto acuerdo exigiendo, por otra parte, que la resistencia haya sido constante. No oponer resistencia aunque sea brevemente, o porque el temor inhibió a la mujer, o porque ésta decidió preservar su vida en primer término, o porque se dio cuenta de que cualquier resistencia de todas formas sería inútil, sería sinónimo de consentimiento. No han sido pocos los casos donde no se han tomado en cuenta los riesgos de muerte o de daños graves que las mujeres pueden correr ni las circunstancias de desventaja física o instrumental evidente y se ha exigido, de todas formas, señales y huellas de resistencia —gritos, arañazos, ropas desgarradas, lesiones apreciables, vaginas desgarradas, etcétera. En este sentido, para la Justicia, la resistencia termina reduciéndose a datos verificables que puedan ser sometidos a peritaje de los técnicos forenses. Como sostiene Silvia Chejter, en estas condiciones, “la valoración de la resistencia de una víctima es más consecuencia de la incapacidad del agresor para proceder sin dejar huellas que un índice confiable de la voluntad de la víctima de consentir una acción que le repugna” (Silvia Chejter, *La voz tutelada*).

Asimismo, Brownmiller explica que sólo un porcentaje menor de las violaciones se producen con armas, y son los casos más proclives a ser creídos por el sistema. La mayoría de las violaciones se cometen sin el uso de armas, a través del uso de fuerza física, lesiones y golpes, amenazas de muerte o daños graves, la presencia de dos atacantes, la rotura de ropas, el ataque imprevisto y la inmovilización forzada de la víctima. Sin duda, cualquiera de estas circunstancias puede producir y produce un terror inmovilizante en la víctima, un terror suficiente para tornarla incapaz de resistirse o para hacerle creer que cualquier resistencia que pudiera emplear sería inútil. Los criterios aplicados para medir la resistencia o el consentimiento vis a vis la fuerza o la amenaza de fuerza nunca han sido capaces de captar precisamente el terror de la víctima, porque el terror es una reacción psicológica y no un criterio objetivo que puede ser leído en un parámetro varios meses después en los tribunales.

Por otra parte, no sólo se mide y pesa la respuesta de la víctima durante el acto sino que su propia historia sexual es sometida a un escrutinio bajo la teoría de que se relaciona con su “tendencia a consentir”, o que

refleja su credibilidad, su veracidad, su predisposición a decir la verdad o a mentir. Los juzgadores a los que se les presenta tal historia del pasado sexual de la víctima hacen uso de tal información para formarse una apreciación moral de su carácter, y aquí entran en juego todos los viejos mitos de la violación, dado que persiste la vieja creencia de que una mujer virtuosa no puede ser violada o no se mete en situaciones que la dejan expuesta a un ataque sexual. Por eso muchas veces se ha dicho que si la mujer no estaba provocando y es honesta, hubiera luchado hasta la muerte por defender su “virtud”. Asimismo, es imposible aceptar la defensa de que el atacante creía que la víctima consentía, considerando meramente el punto de vista del atacante pues ello implica adoptar desde el derecho el punto de vista que crea el problema.

Por ello, se amplían los factores que anulan el libre consentimiento más allá de la fuerza y la intimidación, incluyendo los supuestos de abuso coactivo de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

La propuesta reconoce la violación dentro de la pareja, ya sea unida en matrimonio legal o en unión de hecho. Durante muchos años se ha entendido que el marido podía exigir el débito conyugal o que la agresión sexual por parte del marido no implicaba una violación a la honestidad de la esposa. En estos casos se consideraba que no quedaba configurado el delito de violación, porque se consideraba que la esposa había prestado por anticipado el consentimiento para ser accedida carnalmente en virtud del débito conyugal incluido entre los deberes nacidos del matrimonio, y en los casos de uniones de hecho, que la concubina había prestado consentimiento por considerar que la cohabitación comprende la ejecución de la cópula.

En cuanto a los agravantes establecidos por el artículo 122, se amplían los supuestos incluyendo los casos en los que resultare un daño grave a la salud mental dado que no existe justificación alguna para limitarse a los daños físicos, cuando los perjuicios psicológicos pueden ser mucho más devastadores, como en los casos en los cuales el autor es cónyuge o conviviente. Otro criterio reflejado por la modificación propuesta es que la ley debe contemplar más allá de los daños objetivos, la manera en la cual el asalto fue cometido. Así como la ley distingue entre un ataque contra la propiedad cometido con armas o sin ellas, así debe distinguirse entre una violación cometida con armas en la cual la amenaza contra la vida de la víctima es evidente y manifiesta, y la cometida sin armas. De la misma manera se establece como agravante el hecho de que el delito hubiera sido cometido por dos o más personas o por personal policial o de fuerzas de seguridad en ocasión de sus funciones. Asimismo, se incluye entre las agravantes el hecho de que el autor sea portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y tuviere conocimiento de ello. Finalmente, se contempla la situación en que el autor es conviviente de la víctima menor de dieciocho años de edad, partiendo de una concepción amplia del abuso sexual incestuoso que radica no sólo en la consanguinidad sino en el tipo de vínculo que caracteriza la relación.

En cuanto al artículo 120, se suprime el requisito de "mujer honesta", partiendo de que el bien jurídico tutelado es la integridad y no la honestidad, y que en estos casos lo que se ve comprometido es la capacidad para asumir libre y plenamente el consentimiento. Asimismo, se extiende a personas de uno u otro sexo.

En este caso, si bien se eleva la edad, se propone penalizar aquellas situaciones en las cuales el autor se aprovecha de la inmadurez sexual de la víctima, independientemente de sus experiencias sexuales previas, en razón de una diferencia de edad significativa que implica una situación de predominio o ascendencia y no aquellas situaciones en las cuales existe una relación sexual libremente consentida y deseada entre jóvenes.

Con respecto al artículo 121, se deroga la figura del acceso carnal fraudulento por entender que es una situación que ya no se produce y, en todo caso, estaría encuadrada en la nueva definición del artículo 119 respecto del engaño. En el derecho comparado, por lo general, ya se ha suprimido esta figura, con la excepción del Código húngaro. Esta figura estaba basada en las épocas de gran flujo inmigratorio, en la cual solían celebrarse casamientos por poder, o propuestas epistolares de casamiento. La distancia y el escaso desarrollo de las técnicas de comunicación daban lugar a la posible comisión de fraudes y la víctima tenía pocas posibilidades de conocer el engaño al que había sido sometida.

En cuanto al actual artículo 125, se dividen las figuras relativas a la corrupción y a la prostitución de menores mediante la incorporación de un nuevo artículo 125 bis. Se elimina la graduación anterior de edades y se limita hasta los dieciocho años la edad de la víctima, estableciéndose un agravante cuando la víctima fuera menor de trece años.

Nuevamente, el bien jurídico tutelado no se centra en la honestidad de la víctima, sino que se protege a los menores por considerar que todavía no han desarrollado totalmente su autonomía para decidir plena y libremente sus planes de vida, teniendo en consideración que los actos de prostitución afectan su integridad física y psíquica.

El tipo de corrupción está dirigido a aquellas situaciones en las cuales, si bien no existe un pago por la realización de actos sexuales, sin embargo se pretende inducir al menor para satisfacer deseos propios o ajenos, intentando manipular las condiciones en las cuales es prestado el consentimiento.

En el caso del artículo 126, que incrimina a quien promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años bajo determinadas condiciones que violan el libre y pleno consentimiento, se incluyen los supuestos de abuso de una relación de dependencia o de poder, ampliando el marco de factores que impliquen esta violación de un consentimiento libre y pleno y tomando en consideración aquellos factores de subordinación que se encuentran presentes en las situaciones de prostitución.

El nuevo artículo 127 incorpora la vieja figura del rufianismo, apuntando a preservar a aquellas personas

que son inducidas a practicar la prostitución, con los fines de obtener ganancias o hacerse mantener sobre la base de situaciones de engaño, violencia, amenaza, abuso de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

Por su parte, el nuevo artículo 128 limita la incriminación de la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas a aquellas situaciones en que se expusiera a menores de dieciocho años, y se establece una pena acorde con el daño que dichas imágenes pueden producir a los menores involucrados.

Esta norma pretende llenar una deficiencia del Código Penal actual que no contenía una norma específica adecuada para responder a estas situaciones de violación de los derechos humanos de los menores y desincrimina aquellas situaciones que no revestían gravedad para ser tipificadas como delitos penales cuando no existiera daño a terceros.

Asimismo, se incrimina a quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años, en tanto que pueden afectar al menor de acuerdo con las pautas de su desarrollo.

En el caso de exhibiciones obscenas del artículo 129, se limita la punibilidad a aquellos supuestos en los que sean expuestas ante quienes no consienten o son involuntariamente sometidos a ellas, dado que en el caso de que existiera consentimiento forma parte de las acciones privadas de los hombres toda vez que no exista daño a terceras personas. Se exceptúa la situación de los menores de trece años por cuanto se estima que no han logrado un grado de desarrollo de autonomía que les permita expresar un consentimiento libre y pleno.

Con respecto al delito de rapto, se sustituyen las intenciones deshonestas por el concepto de intento de menoscabar la integridad sexual; de acuerdo con la conceptualización del bien jurídico protegido por este capítulo anteriormente descripto. Asimismo, y con la misma justificación, se elimina el agravante en caso de mujer casada que tendía a proteger un interés del esposo en lugar del de la víctima de acuerdo con la concepción tradicional del honor mancillado. Finalmente, se extiende a personas de uno u otro sexo, dado que no existe un motivo racional que fundamente hacer distinción entre víctimas de distinto sexo.

Se reformula el artículo 133 en consonancia con las modificaciones propuestas para las otras disposiciones encuadradas en este capítulo, incorporando a los cónyuges, convivientes, tutores, curadores y personas que con relación de poder, autoridad, dependencia o confianza cooperaren a la perpetración de los delitos contra la integridad de las personas, quienes recibirán la misma pena de los autores.

La derogación del actual artículo 132 elimina la existencia de pena por matrimonio de la víctima, sólo justificable en el marco conceptual en el cual el bien jurídico protegido era la honestidad en términos tradicionales de tener relaciones sexuales fuera del ma-

trimonio. Por otra parte, esta eximente ha llevado a situaciones de abuso donde la víctima resultaba sometida a matrimonios indeseados, y en las cuales el autor del delito contraía matrimonio al sólo efecto de la condonación de la pena.

El actual tipo penal del artículo 132 del Código Penal concibe a la violación como declaración de propiedad. Además, en este artículo, diferente de lo que sucede en los anteriores, hay un cambio importante en la denominación de los sujetos y de las acciones: así, en lugar de hablar de la "víctima", se la denomina: "ofendida"; en lugar de "delito", se habla de "ofensa". Ello se traduce en que la eximición de la pena no se establece en función al daño que se le causa a la víctima, sino con relación a valores patriarcales que se ven dañados mediante el acto; hecho que significa defender los derechos de los violadores que quedan eximidos de pena a través de la consumación del matrimonio, estableciendo una equiparación entre la pena de prisión y el matrimonio.

Pretender "reparar" los actos de violencia mediante el casamiento es un medio tendiente a legalizar la violencia dentro del matrimonio.

Como hemos dicho, los actos de violencia provocan daños psíquicos, físicos, sociales y diversas consecuencias profundas que ponen a la víctima en un estado de crisis, y también en muchos casos, de pérdida de la autonomía; y ello bajo ningún concepto se resuelve "restituyendo a la ofendida a casa de sus padres o a otro lugar seguro". Desde otro punto de vista, el mismo artículo establece que quedaría exento de pena si se casare con la ofendida, "prestando ella su consentimiento"; por las consecuencias que generan este tipo de violencias sobre sus destinatarios, no podría afirmarse que la decisión de la víctima sea una decisión libre, no condicionada por el miedo o la inseguridad. Teniendo en cuenta esta realidad, no estarían dadas las condiciones de libertad y autonomía y de igualdad para exigir a la víctima una respuesta matrimonial.

La exención de pena consagrada por este artículo constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres. Permitir que dicho artículo continúe vigente implica desconocer los avances que se han producido en la materia, que se han traducido en diversos instrumentos internacionales que tienden a modificar las situaciones de desigualdad de género que aún siguen estando vigentes en nuestra sociedad en general y en el orden normativo en particular.

3

INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA DIPUTADA TULIO

Opinión de la señora diputada acerca del proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

Tras un laborioso y fecundo trabajo de los legisladores hemos logrado consensuar una sustancial modifica-

ción de un capítulo del Código Penal que está referido a un tema muy sensible a la sociedad toda, como es la violación y el abuso de personas de ambos sexos, haciendo especial hincapié en los menores y la utilización de éstos con fines de pornografía o de prostitución.

El capítulo III del Código Penal a partir de hoy se denominará "Delitos contra la integridad sexual", no en forma casual, sino porque se ha interpretado que la situación creada por un delito de tipo sexual implica un daño psicofísico, atendiendo a lo que implica la protección que se debe brindar en las situaciones previstas en los distintos artículos modificados.

Se pena más severamente este tipo de delitos y se han disminuido las edades de las víctimas en algunos artículos, porque es inaceptable el aprovechamiento de la inmadurez de las o los menores con fines sexuales. Se ha considerado, además, un agravante importante al abuso de autoridad por parte de ascendientes, docentes, ministro del culto, reconocido o no, habida cuenta de que estas relaciones de poder vehiculizan la coacción que se puede ejercer sobre un menor y lo hacen pasible de abusos o de violación.

Son muchas y profundas las modificaciones que se han practicado en este capítulo III del Código Penal, porque se hacía necesario adecuar la normativa vigente a la realidad social de estos tiempos y a las exigencias que el derecho internacional nos impone —por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño de la cual nuestro país es firmante, y tiene rango constitucional—, atendiendo al derecho de igualdad de ambos sexos y a que las niñas y niños tengan la protección que se merecen frente a este tipo de delitos.

Estamos convencidos de que hemos hecho lo correcto y que era nuestro deber y responsabilidad haber mejorado la legislación penal en la materia, atendiendo a que para nosotros lo más importante es el bien jurídicamente protegido, que en este caso son los menores y quienes no siendo menores están indefensos ante sus victimarios.

4

INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA DIPUTADA CAMAÑO

Opinión de la señora diputada acerca del proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

No son de hoy sino de siempre las dificultades que padecen en nuestra sociedad todos los que se encuentran en estado de indefensión, sean menores, mujeres solas o quienes, por sus limitaciones físicas o psíquicas o su estado de dependencia espiritual o intelectual o situación de obediencia o subordinación, se ven sometidos a delitos que afectan uno de sus bienes más preciados: la honestidad, trasuntada fundamentalmente en acciones dolosas de raigambre sexual, y que por tanto, atentan directamente su integridad sexual.

Vemos con satisfacción que nosotros, integrantes de esta Honorable Cámara de Diputados de la Nación, hoy estamos dando sanción a este dictamen inserto en el Orden del Día N° 403, originado en proyectos de autoría de muchos de nosotros, que tienden a defender a nuestra sociedad en esos aspectos, poniendo un coto equitativo de seguridad y respeto, con la modificación que hoy proponemos al Código Penal.

Hace mucho que nos preocupan las víctimas de delitos sexuales; y como tal, también hace largo tiempo que conocemos los padecimientos de quienes son víctimas de esos hechos dolosos.

En abril del corriente año tuvimos oportunidad de asistir a un congreso nacional organizado por magistrados y juezas de menores de todo el país, junto a funcionarios judiciales, abogados, médicos forenses y otros especialistas con experiencia en el tema.

Ello nos confirmó en nuestra convicción no sólo de prevenir sino también de aumentar la edad del menor víctima, con la posibilidad de agravar las penas a quienes los ataquen; ampliar los tipos penales, para que no haya dudas en definir cuándo se han producido hechos aberrantes contra menores, mujeres y otras personas en estado de indefensión o dependencia; y aumentar las penas, al considerarlos dentro de los delitos que afectan a la persona en sus bases íntimas, como las que hacen a su sexualidad, que comprende no sólo un daño presente sino una perspectiva disminuida de futuro en cuanto a su proyección como persona individual y en su carácter de integrante del cuerpo social.

Sabemos que falta mucho camino por andar; pero este dictamen hoy aprobado nos alienta a seguir luchando por quienes nos han elegido y esperan de nuestra función legislativa una mejor esperanza de desarrollo integral de su persona, en un ámbito social que les brinde perspectivas de progreso y que impida que sean sometidos a delitos que dejan estigmas de por vida.

Con la confianza de que la Cámara revisora dará sanción definitiva a este proyecto y la esperanza de la pronta promulgación por el Poder Ejecutivo nacional, los invito a seguir trabajando en estos temas, y me congratulo por este consenso que nos permite hoy tener un proyecto necesario, con sanción legislativa.

5

INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA DIPUTADA CAILLET

Opinión de la señora diputada acerca del proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

El Honorable Congreso Nacional, empieza hoy a través de esta Cámara de Diputados a dar tratamiento a uno de los temas más importantes que desde hace tiempo viene planteando la sociedad en general.

Muchas han sido las inquietudes y proyectos de los señores diputados sobre el abuso sexual, que han pretendido dar una respuesta a los requerimientos de las víctimas de estos delitos.

El Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de los Niños, realizado en el mes de agosto de 1996 en la ciudad de Estocolmo, Suecia, aprobó un plan de acción destinado a endurecer las penas contra los pederastas y contra los que pervierten a menores de edad.

Los países del Tercer Mundo, que son los más afectados por esta lacra social, llegaron incluso a pedir la pena de muerte.

Esto está afectando a dos millones de niños en el mundo; un millón sufre abusos sexuales y el otro corresponde a los que se ven obligados a prostituirse para sobrevivir.

Los gobiernos de ciento treinta países han acordado endurecer las penas contra los delitos sexuales cometidos con niños.

Las Naciones Unidas reconocen que el temor al sida ha hecho aumentar dramáticamente el comercio de niños.

La legislación argentina es una de las más avanzadas y más duras en este tema; sin embargo hay conductas que no se encuentran debidamente contempladas por la ley penal. Tal es el caso de la utilización de menores para la realización de fotografías o películas pornográficas.

Si bien podría llegar a interpretarse dentro de la corrupción el hecho de que la interpretación judicial no ha sido del todo amplia al establecer los requisitos para que esta conducta se tipifique, se hace necesario considerar en forma independiente esta conducta.

En efecto, algunos jueces exigen para que se configure la corrupción, la perversión o la desnaturalización de la relación sexual; de modo que si tal relación se realiza en apariencia normal, una filmación no constituiría un caso de corrupción. Ello debe estar penalizado independientemente de la publicidad o no del material.

Como antecedente más reciente de esta conducta en el mundo tenemos el caso de la policía austríaca, que detuvo a tres individuos pertenecientes a una red de pornografía infantil entre los cuales se encuentra el jefe de la banda, de 35 años, dedicado a proporcionar niñas entre 7 y 14 años a clientes vieneses interesados en fotografías o filmar tomas pornográficas e incluso abusar sexualmente de ellas. Los clientes recibían un catálogo a todo color con fotos de las menores en diferentes poses. Además, cada imagen presentaba un número codificado para hacer más fácil el encargo.

Este nuevo suceso muestra una modalidad diferente de la pederastia, que se comete con el consentimiento del inocente, de las propias víctimas, y de los atroces padres a cambio de promesas que jamás se harán realidad.

El *modus operandi* es el de contactar niñas entre 7 y 15 años en los barrios humildes a cambio de promesas. En el caso específico denunciado se utilizó con

70 niñas una actitud sutil porque jamás obligaba a las víctimas. Paso a paso y sin prisa se enseñaban las formas de satisfacer a los clientes de siempre respetando el tiempo que cada una de las niñas necesitaba para perder todo su pudor.

La Interpol sospecha que existen 10 mil menores que son víctimas de diferentes bandas que se dedican a estas actividades en un sector al oeste de Europa.

Otro aspecto importante de esta reforma es la modificación del artículo 120.

Se elimina el concepto de mujer honesta ya que tal existencia es parcial y discriminatoria porque dicho requisito se exige exclusivamente para la mujer.

Existe una profusa doctrina acerca del tema de la honestidad de la mujer entre 12 y 15 años tratando de justificar esa exigencia discriminatoria para no proteger a las menores.

Así cae la norma y la justificación en una contradicción insalvable. En efecto, si el bien jurídico protegido es la inexperiencia sexual ello significa que la norma no se aplica a quienes tienen experiencia sexual. Ahora bien, cabe preguntarse cómo puede adquirir una menor entre 12 y 15 años experiencia sexual cuando existe una norma que penaliza las relaciones con ella aun mediando consentimiento. Finalmente, la experiencia sexual no es deshonestidad.

El bien jurídico que protege esta figura es la integridad física y moral de los menores de esa edad, quienes carecen de discernimiento como para tener un acabado concepto sobre el alcance de sus actos y evitar el aprovechamiento de esa inmadurez por personas mayores.

Tal como estaba redactado deja librado a la interpretación judicial la honestidad de una niña. Recalco el concepto de "niña" toda vez que un chico entre doce y quince años no es más que eso: un chico.

Si analizamos la jurisprudencia vigente podemos ver que en la mayoría de los casos que no se penaliza el estupro, el agresor se excusa en el hecho de que se trata de mujeres de mala fama o deshonestas.

Es decir, la misma ley está dando la posibilidad de librarse de la pena a quien se ha aprovechado de una niña. Como si eso fuera suficiente, se le permite al agresor, para poder salvarse de la pena, echar un manto de sospechas sobre la honestidad de la víctima.

Finalmente, también se atiende a la necesidad de extender la posibilidad de denunciar este tipo de delitos, cuando se cometen contra los menores, a otras personas que tengan conocimiento del caso en particular, e incluso a la propia víctima, aunque se trate de un niño, para que éste tenga la posibilidad de expresarse sobre lo que le pasa.

Hoy estamos saldando una gran deuda con la comunidad, al darle normas adecuadas y verdaderas herramientas de prevención de estos delitos, con severas sanciones que impidan a los autores en la mayoría de los casos contar con los beneficios de la excarcelación.

INSERCIÓN SOLICITADA POR EL SEÑOR DIPUTADO RUBEÓ

Opinión del señor diputado acerca del proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

Expreso mi beneplácito hacia la labor de mis pares integrantes de las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad, que han logrado sintetizar los más de treinta proyectos elaborados sobre el tema por otros tantos diputados de distintas bandadas.

El dictamen contiene iniciativas que he propiciado en los proyectos que he presentado el 16 de septiembre de 1996, reiterado en marzo del corriente, y otro que presenté a principios del año en curso, donde fui acompañado por la diputada Godoy.

Omite, en cambio, dos aspectos que considero sustanciales, relativos a la prostitución infantil, debiendo insistir en su inclusión en este proyecto, no por una actitud personalista, sino por ser consecuente con lo que expresara en los fundamentos de los proyectos que al respecto oportunamente presentara, sin perjuicio de destacar más adelante otras cuestiones con las cuales tampoco coincido.

Sostuve entonces y reitero hoy que la Nación asumió compromisos internacionales para sancionar más duramente esta actividad, así en el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, celebrado en Estocolmo en agosto de 1996, la Argentina votó por la aprobación de una declaración y un programa de acción, destinado a combatir a aquellos que ejercen tan vil comercio, comprometiéndose a adecuar nuestra legislación en tal sentido.

Por tal motivo, a los pocos días de finalizado el congreso de Estocolmo, presenté ante esta Honorable Cámara y ante el Parlamento Latinoamericano, sendos proyectos orientados en esa dirección, habiendo sido seguido en el Parlatino con otras presentaciones de colegas de distintos países.

El plan de acción elaborado en Estocolmo fue establecido teniendo en cuenta conclusiones y recomendaciones del comité sobre los derechos del niño, del relator especial sobre venta de niños, de la Interpol, de la declaración de la Organización Mundial de Turismo de 1995 sobre la prevención del turismo sexual organizado, y la recomendación R-91 del Consejo de Europa relativa a la explotación sexual, pornografía, prostitución y tráfico de niños y jóvenes adultos, entre otros.

Los puntos 7º y 8º de la Declaración de Estocolmo, resumen perfectamente la situación: "Los delincuentes y las redes delictivas intervienen en la búsqueda y canalización de los niños vulnerables hacia la explotación sexual comercial y la perpetración de dicha explotación. Estos elementos criminales satisfacen la demanda del mercado del sexo creada por los clientes,

especialmente hombres, que buscan la gratificación sexual ilegal con los niños. La corrupción y colusión, la ausencia y/o la legislación inadecuada, la laxitud en el cumplimiento de la ley y la limitada sensibilidad del personal encargado de la aplicación de la ley en relación con los efectos nocivos sobre los niños, constituyen un grupo de factores adicionales que conducen, directa o indirectamente, a la explotación sexual comercial de los niños. Esta puede implicar acciones de personas individuales o la organización en pequeña escala (familia y conocidos) o en gran escala (redes criminales).

"La explotación sexual de los niños es practicada por una amplia gama de individuos y grupos a todos los niveles de la sociedad, entre éstos se encuentran intermediarios, familiares, el sector de negocios, proveedores de servicios, clientes, líderes comunitarios y funcionarios del gobierno, todos los cuales pueden contribuir a la explotación mediante la indiferencia, la ignorancia de las consecuencias nocivas sufridas por los niños o la perpetuación de actitudes y valores que consideran a los niños como mercancías económicas"

No tengo ninguna duda que cuento con el consenso de mis colegas para introducir al proyecto que estamos tratando agregados que sancionen severamente tanto las organizaciones que lucran con el aprovechamiento sexual de menores, como a los pedófilos que a ellas recurren en la búsqueda de víctimas con las que satisfacen sus desviadas apetencias sexuales.

No me refiero a aquellos que por circunstancias de tiempo, modo y lugar son inducidos a error sobre la edad de la víctima, sino a aquellos que a sabiendas buscan a los niños, o a quienes se los facilitan, para complacer sus viles instintos. Nuestros jueces vienen diferenciando estas situaciones con acierto en reiterada y pacífica jurisprudencia de larga tradición.

Es por todo ello que en mi proyecto de reforma al artículo 125 del Código Penal, propuse aumentar la edad de protección de los menores víctimas de la prostitución o la corrupción, con un notorio incremento en las penas y también el agravamiento si la prostitución o la corrupción de los niños "fuese desarrollada con el concurso de dos o más personas, o simulando empresa comercial u ofreciendo la actividad reprimida en el presente artículo como servicio de una empresa real" con el fin de combatir el turismo sexual cuyo incremento ha sido notorio en estos últimos años, además de la actividad en sí misma.

También sostuve, en el mismo artículo, que a quienes utilizaran la explotación sexual de menores para satisfacer deseos propios, es decir los clientes, se los sancionara con prisión de 4 a 8 años.

Así como tanto empeño se ha puesto en ampliar la protección de la mujer, lo que cuenta con mi mayor beneplácito, exijo, ruego y exhorto a mis pares, mayor dedicación para proteger a nuestros niños.

Quiero hacer referencia ahora al resto de las discrepancias que mantengo con el dictamen en tratamiento.

El dictamen de las comisiones, que pretende modificar los delitos contra la honestidad, contiene errores de tipificación, de falta de coherencia entre las penas que se aplican a distintos delitos, de falta de precisión en la descripción de conductas y disminución de la protección de los menores al utilizar la edad de 18 años como tope, así como también despenaliza algunas conductas que en el Código actual se consideran delito y que en mi proyecto eran específicamente agravadas.

El Código Penal describe conductas y requisitos de las mismas, que son consideradas delitos y que son sancionadas con distintas penas, debiendo existir un juego armónico entre los delitos y las penas.

La descripción de las conductas —el tipo penal— debe ser clara y concreta, sin ambigüedades. De lo contrario, el juez no podrá encuadrar la conducta del individuo dentro del tipo penal y por lo tanto no quedará configurado el delito, dado el esquema rígido que impera en el derecho penal. No se puede condenar por analogía ni por aproximación.

El proyecto deroga la sistematización vigente en el Código actual, mezclando en dos artículos lo que en el Código figura con mayor precisión en varios y en capítulos distintos, que el dictamen también se encarga de suprimir.

Mezcla violación con abuso deshonesto y abuso deshonesto con estupro como si se tratara de los mismos tipos.

El Código actual reprime la violación en el artículo 119, mientras que en el proyecto en dicho artículo tratan el abuso deshonesto, "el abuso deshonesto agravado", la violación y agravantes para la violación, para el abuso deshonesto agravado (o sea el agravante del agravante) y también para el abuso deshonesto "simple".

Respecto de estos agravantes el identificado con la letra f) seguramente generará conflictos de interpretación cuando se requiera su aplicación concreta.

Es requisito tipificante del abuso deshonesto que no exista acceso carnal; por eso está legislado en el Código actual, en el artículo 127, en el capítulo III, mientras que violación y estupro (en ambos se requiere acceso carnal) están en los artículos 119 y 120 del capítulo II.

"Abuso deshonesto agravado": Esta nueva figura que propone el proyecto impone de cuatro a diez años de prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, configure un sometimiento sexual gravemente ultrajante.

Como se ve la descripción de la conducta es ambigua, porque ¿cuál debe ser la duración?, ¿cuáles deben ser las circunstancias?, y ¿qué es sometimiento sexual gravemente ultrajante?

El Código prevé una pena mínima y una máxima para el abuso deshonesto, de seis meses a cuatro años; si lo que pretende el proyecto es castigar más severamente el abuso basta con aumentar el máximo de la pena, sin que sea necesario describir una conducta ambigua, como hace el proyecto, que para colmo de males la equipara al estupro, donde debe existir acceso carnal, mientras que en el abuso éste no existe.

Si hay acceso carnal es violación o es estupro pero no puede ser nunca abuso deshonesto, por más "agravado" que se quiera poner.

El estupro en nuestro Código significa la seducción de una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años, mientras no se use fuerza o intimidación o la víctima estuviera privada de razón o de sentido o que por cualquier causa no pudiera resistir.

Ahora, además de que el abuso deshonesto agravado, puede llegar a convertirse en estupro, se protege a una persona, de más de trece y menos de dieciséis años, para que el que lo realice no se aproveche de su inmadurez sexual, en razón de su mayoría de edad, su relación de preminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente.

Además del defecto ya señalado de que no se puede mezclar el abuso con el acceso carnal, la falta de precisión en la descripción de la conducta la torna de complejo entendimiento. Para que se dé debe existir inmadurez sexual de la víctima; mayoría de edad del autor, relación de preminencia de éste respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente, lo que no se sabe a ciencia cierta qué significa, toda vez que la frase "u otra circunstancia equivalente," figura en la redacción separada de la última frase por una coma no se sabe si la circunstancia se refiere a la relación de preminencia o a todo el resto de los requisitos.

La redacción actual del Código es mucho más clara y concreta y prevé la misma pena. Si lo que se intentó fue la equiparación de los géneros y la eliminación del requisito de la honestidad, bastaba con suprimir la frase mujer honesta.

En el proyecto de mi autoría mantuve el requisito de mujer honesta y aumenté la edad de protección de los menores.

Un acierto del dictamen lo constituye el haber sustituido el actual requisito del acceso carnal para la tipificación del delito de violación, por la penetración sexual por cualquier vía.

Ello resulta comprensivo de la sanción de la práctica del sexo oral como violación, cuando se encuentran reunidos el resto de los elementos configurantes del tipo.

De este modo se recibió el proyecto que recientemente presenté para la punición de esta modalidad delictiva, conforme reclamo unánime de nuestra comunidad y posición crecientemente favorable en doctrina y jurisprudencia. Era menester brindar a los magistrados el instrumento idóneo que les posibilitara la concreción del fin supremo del derecho: hacer justicia.

En este sentido es el conjunto social el que determina cuáles son las conductas que repugnan su espíritu y por ende deben ser sancionadas.

Fue en ese entendimiento, el de interpretar el sentir social mayoritario, el que como en toda mi ya extensa trayectoria legislativa primó al redactar cada una de las exposiciones propuestas a esta Honorable Cámara.

Y es esta misma condición la que me impele a señalar las deficiencias que en este dictamen observo y que someto a su consideración.

Resulta contradictorio entre los agravantes que el proyecto dispone para el estupro el identificado con la letra f) del cuarto párrafo del artículo 119, donde se protege a un menor de 18 años cuando el autor del hecho tenga situación de convivencia preexistente. En este caso la pena es de ocho a veinte años, ahora en el estupro la pena es de tres a seis años si es "simple" y de seis a diez si es agravado, siendo uno de los agravantes el de la letra f): en ese caso ¿qué pena se aplica? ¿De 6 a 10 o de 8 a 20?

Previo a continuar con el desarrollo de mis discrepancias con el resto del articulado del dictamen que estamos tratando, deseo manifestar mi desacuerdo por la derogación del artículo 121, que no está justificada por razón jurídica alguna.

Como más arriba ya expresé mi opinión con respecto a las organizaciones y a los clientes que explotan la prostitución infantil, me referiré ahora a otros aspectos contenidos en los artículos 125 y siguientes del dictamen.

En el artículo 127 del proyecto se propone castigar con una pena menor al que explote el ejercicio de la prostitución de una persona, sin diferencias de edad, que aquel que la promueve o facilita, tanto de mayores como de menores, conforme lo expuesto en los artículos 125 bis y 126 del mismo texto.

Castiga con menor severidad al que explota la prostitución de persona, sin distinción de edad, que al que promueve o facilita la corrupción y/o la prostitución de menores de 18 años, cuando debiera de aplicarse como mínimo la misma pena. De esta forma el que está explotando la prostitución de un menor le dice al juez "yo ya lo encontré prostituido, lo único que hago es explotar su prostitución" y de esta forma se coloca en una mejor posición procesal.

Pasa lo mismo con el artículo 127 bis, que no es derogado por el proyecto y por lo tanto facilitar la entrada o salida del país de menores de edad para que ejerzan la prostitución tiene menos pena que prostituirlos o corromperlos; es obvio que quien está facilitando el ingreso está promoviendo la prostitución.

En cambio en el proyecto que elevara oportunamente, consecuentemente con el objeto de luchar contra la prostitución infantil las penas eran elevadas notablemente.

El que promueva o facilite la prostitución de un menor de 18 años, merece un castigo más severo que el que lo hace con mayores de esa edad y no el mismo, como proponen los artículos 125 bis y 126 del proyecto, no aportando la descripción de las conductas tipo elementos que justifiquen la igualdad, ya que el ánimo de lucro o la satisfacción de deseos ajenos definen la prostitución, y el consentimiento de un menor de 18 años carece de toda validez jurídica.

Separa corrupción de prostitución y crea la explotación de la prostitución, de forma tal que genera una incoherencia en los montos de las penas, reiteración de figuras y de conceptos, suprimiendo conceptos y conductas que están vigentes en el Código.

Entiendo que la edad de protección de los menores establecida en los artículos 125, 125 bis y 126, si bien es aumentada de 12 a 13 años la edad menor, la desprotección es mayor, toda vez que establece como edad máxima la de 18 años y no la mayoría de edad, que es de 21 años.

Es por ello que en mi proyecto aumenté las edades mínimas de protección, y actualicé la mayoría de edad hasta los 21 años, razón por la cual el campo de protección era mayor.

Despenaliza la pornografía de mayores o la producción de objetos pornográficos, actualmente contemplada en el artículo 128 del Código Penal.

Reprime la producción o publicación de imágenes pornográficas de menores de 18 años, igual que el que organiza espectáculos pornográficos en vivo con dichos menores, todo ello con la misma pena de 6 meses a 4 años.

Solamente si hay explotación económica del menor habría corrupción, es decir que si tales exhibiciones, espectáculos pornográficos, producción de imágenes, videos, fotografías, etcétera son realizadas a título gratuito, para este proyecto no hay corrupción.

Se castiga con un mes a 3 años de prisión al que facilite el acceso a espectáculos pornográficos o suministre material pornográfico a menores de 14 años, cuando en el Código actual esto es corrupción.

Disminuye la protección de los menores de edad, que en el Código vigente es hasta los 21 años, mientras que en el proyecto se habla de menores de 18 años. Pero aumenta el mínimo de la pena cuando la víctima es menor de 13 años, elevando la protección a esa edad (modificación al artículo 125).

La propuesta contenida en el artículo 128 del proyecto no puede ser aceptada bajo ningún punto de vista, por las siguientes razones:

1º) Despenaliza la actual situación, con lo cual toda aquella persona que fabrique, publique o reproduzca la pornografía más cruda, mientras no intervengan menores de 18 años, quedaría sin sanción.

2º) No es posible sancionar con la misma pena al que publica imágenes pornográficas de menores de 18 años, que al que organiza espectáculos de esa índole en vivo con ellos, o al que distribuya las imágenes.

3º) La pena que prevé para quienes faciliten el acceso a espectáculos pornográficos o le suministren material de ese tipo a menores de 14 años, resulta demasiado benigna.

4º) No sanciona conductas afines como la reproducción, importación, financiación, exhibición, puesta en circulación, etcétera.

5º) La inadecuada técnica legislativa que implica que solamente cuando hay explotación económica del menor, se incurre en un delito más severamente penado, supeditando la corrupción del menor a la gratuita o no del servicio.

A todo ello le sumo razones de tipo ético, moral y religioso, más el profundo sentimiento de no desear

que la Argentina se convierta en el paraíso de la pornografía.

Siempre con la mira puesta en la protección de nuestros niños yo propuse incorporar el artículo 128 bis, castigando al que utilizara a los menores en producciones pornográficas, con penas que impiden la excarcelación, que van de 4 a 8 años de prisión, más multa de 10.000 a 150.000 pesos, y de 6 a 10 años de prisión y multa de 50.000 a 300.000 pesos al que hiciera de esta vil actividad su medio de vida habitual.

El actual artículo 129 del Código Penal tipifica correctamente las exhibiciones obscenas, por lo que no avizoro la razón de la modificación del tipo, aunque comparto el agravamiento propuesto cuando hay intervención de menores de edad, pero no la redacción del proyecto. Deben ser agravadas cuando se dirigen a menores y aún más si se las hace protagonizar a ellos.

Ese es el sentido de la modificación contenida en el proyecto que presenté agregando dos párrafos a la redacción vigente, donde se castiga con prisión de uno a 4 años si las exhibiciones obscenas son dirigidas a menores de 18 años. Prevé penas de 4 a 8 años de prisión, de forma tal que se impide la excarcelación de aquella persona que hiciere ejecutar a un menor estas exhibiciones, tanto en lugar público o privado.

Indudablemente, entre mi propuesta y el dictamen de las comisiones existe una diferencia abismal y estoy plenamente convencido de que los menores cuentan con mayor protección en el proyecto que presenté que en el que estamos tratando.

Iguales conflictos se plantean cuando en el proyecto de modificación del artículo 130 se pretenden congregar las disposiciones de los artículos 130 y 131 del Código actual: en éste se diferencia claramente el rapto con miras deshonestas (artículo 130) del rapto simple (artículo 131), con descripción de conductas, requisitos y penas distintas.

En este dictamen el artículo 130 contiene en su primer párrafo una descripción similar y una pena idéntica al del Código actual.

En los párrafos segundo y tercero del mismo artículo se pretende incluir los contenidos del artículo 131 actual, pero sin tipificar adecuadamente cada situación.

Por eso encontramos la contradicción de que en el segundo párrafo se castigue con una pena mucho menor si la víctima tiene menos de 16 años, y se obra con su consentimiento. En el primer párrafo, como requisitos del tipo se habla de uso de la fuerza, intimidación o fraude lo cual invalida el supuesto consentimiento, siendo ésta otra contradicción en la redacción del tipo.

En el tercer párrafo se castiga al que retuviere o sustrajere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de 13 años, con el mismo fin, o sea menoscabar su integridad sexual. Resulta indudable que sustraer o retener violentamente a un menor de 13 años constituye un delito aunque no se tuviere el fin de menoscabar su integridad sexual.

Al mezclar los artículos 130 y 131 del Código actual quedan planteadas situaciones absurdas y dejan de ser delito actos que en este momento lo son (rapto con miras deshonestas y rapto impropio). El artículo 130 vigente castiga al que con miras deshonestas sustrajere o retuviere a una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude, agravándolo si la mujer fuera casada.

Mientras que el artículo 131 vigente castiga al que rapta a una menor de 15 y mayor de 12 años, con su consentimiento (el típico caso de la chica que se fuga con el novio), el castigo es más severo si es menor de 12 años, con o sin su consentimiento.

Por ello es más adecuada la redacción y sistematización actual del Código al separar las conductas en dos artículos, forma que en mi propuesta preferí respetar limitándome en el artículo 131 a aumentar las edades de protección y a impedir la excarcelación del autor del rapto de una menor de 14 años, con o sin su consentimiento.

En el artículo 132 del Código actual se prevé la exención de pena del autor de este tipo de delitos si existe matrimonio con la ofendida.

En el Código actual si el autor de la violación, estupro, rapto o abuso deshonesto se casa con la ofendida, queda exento de pena, mientras que el proyecto dice que la víctima mayor de 16 años podrá proponer un avenimiento con el imputado, o sea pretende cambiar matrimonio por avenimiento. El diccionario la define como acción y efecto de avenir y por esto se entiende concordar, ajustar las partes discordes, antiguamente se usaba como concurrir, juntarse, o sea puede ser arreglo económico o concubinato o ambas cosas juntas. Reemplazar una institución de nuestro derecho civil como el matrimonio, por un "avenimiento" que no se sabe a ciencia cierta qué significa, resulta un despropósito.

Por todo lo cual exhorto a este alto cuerpo a reflexionar acerca de las consecuencias que la sanción de este dictamen, tal como ha ingresado, acarreará a nuestros conciudadanos.

Estoy persuadido de que las mejores intenciones han animado esta propuesta.

Pero las profundas falencias apuntadas, las contradicciones, la incoherente técnica legislativa a las que me he referido *ut supra*, ameritan un estudio más meduloso que incorpore armónicamente una normativa superadora de la actual, con especial consideración a las importantes recomendaciones de los foros internacionales y de los compromisos asumidos por la Nación.

Del mismo modo deberá recoger la impronta social de quienes nos han honrado con su mandato y exigen rápida respuesta y punición severa para los execrables sujetos que corroen el entramado comunitario.

Es por ello que constituye un imperativo insoslayable esta crítica fundada, acompañada del aporte necesario para su corrección, que hoy propongo, solicitan do vuestra aprobación.

7

INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA DIPUTADA MARTINEZ (S. V.)

Opinión de la señora diputada acerca del proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

El actual Código Penal necesita ser reformado en varios de sus capítulos formulados en otros tiempos y desactualizados. Fundamentalmente porque una mirada distinta, imprescindible, más justa, que ya alienta en nuestra sociedad, está esperando de nosotros, ser expresada en nuestras leyes. Una mirada que iguala a todos los seres humanos, hombres y mujeres de todas las edades para protegerlos de todos los abusos de poder, de todas las formas de violencia, de todos los sometimientos y humillaciones, de todas las discriminaciones. En particular, es necesaria respecto del efectivo cumplimiento de los derechos de las mujeres y de los niños, expresados en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ratificada por ley 23.179; y la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849, ambas con sus reservas y declaraciones, y que desde 1994, tienen jerarquía constitucional.

El dictamen que hoy presentamos a la consideración de esta Honorable Cámara quiere modificar el título III del libro segundo del Código Penal para contribuir a detener el avance de los dos delitos que más denigran la condición humana, el abuso y la explotación sexual. De un modo particular y con toda dureza cuando las víctimas son los niños, no sólo aumentando la cuantía punitiva, sino buscando formas más adecuadas de tipificar los delitos.

No es una novedad este flagelo social. Las múltiples formas de abuso sexual, desde el incesto en los niños a la prostitución femenina son antiguos fenómenos, aceptados y/o negados que al decir de Cecilia Lipszyc: "Una nueva conciencia permite hoy visualizar en su dimensión atroz. La novedad es que hoy al niño o la niña abusados y prostituidos pasan a formar parte de una muy bien estructurada 'industria del sexo infantil' en este mundo globalizado que parece no tener límites para el lucro y la eficiencia comercial", intentando reemplazar a los valores fundamentales de la humanidad.

Pero debemos también revisar el "modelo cultural" que legitima la prostitución de adultos como un derecho y/o como una institución "necesaria" para la sexualidad humana. Estoy convencida de que por el contrario transforma al ser humano en "objeto al servicio" del otro, negando además su propia sexualidad.

La existencia de las redes comerciales de prostitución infantil en nuestro país son denunciadas en los medios de comunicación cada vez con mayor frecuencia por quienes tienen dentro del Estado el mandato de cuidar de nuestros niños.

En 1996 Arsenio Mendoza, defensor del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, detalla paradas de prostitución infantil en Paraná, Concordia, Concepción del Uruguay y Gualeguaychú. Hilda Manchioni, asesora del Ministerio de Asuntos Institucionales de Córdoba, enumera: la Terminal de Omnibus, el Parque Sarmiento, el Mercado del Abasto y la Cañada Cordobesa.

El entonces director del Consejo del Menor bonaerense Guillermo Luque denuncia las estaciones de trenes, las quintas de Florencio Varela donde se rescató a chicas paraguayas compradas por los quinteros, "la calle de los farolitos" en Dock Sud, etcétera.

En 1997 la asistente social Mariela Teodolou, de Esquel, Chubut, denunció la lentitud de una causa en la que había denunciado la existencia de una red de prostitución infantil con los denominados niños de la calle.

Según el presidente de la Asociación de Magistrados de Menores, juez Julio Roggiano, en Santa Fe, se cotiza a cada niña entre 5.000 y 10.000. Las llevan al interior a sitios donde los boliches de buen nivel, cobran 25 por cliente y deben mantener 5 encuentros por noche, si no las golpean.

La jueza de menores Silvia Bustos Rallé, de Salta, afirma que la oferta de prostitución infantil creció porque hay demanda y culpó de esta situación a los adultos.

Como a lo largo de toda la historia de la humanidad, adultos victimarios y niños víctimas inocentes, adultos queriendo ignorar lo evidente y en muchos casos transformando las víctimas en victimarias, sobre todo si son adolescentes o muy jóvenes, cuando son los adultos los delincuentes, los abusadores, los explotadores, los infames.

En 1996 el entonces presidente del Consejo Nacional del Menor y la Familia, doctor Atilio Alvarez convocó a una Jornada contra la Explotación Sexual de Niños, con un doble objetivo: homenajear a don Alfredo Palacios, y prepararnos para el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños que se realizó en Estocolmo, Suecia entre el 27 y el 31 de agosto de 1996.

El doctor Alvarez nos recordó entonces que: "Fue don Alfredo Palacios quien tuvo que bregar por la represión de la corrupción y la prostitución de mujeres y menores, de modo absoluto y proclamándola en todos los idiomas. La ley 9.143, de 1913 sus antecedentes y su debate, son un ejemplo de voluntad política. Era un momento en que hombres de diversos partidos políticos, Palacios desde el socialismo, Agote desde los cívcos porteños, Sáenz Peña desde un conservadurismo republicano, Yrigoyen desde el radicalismo, para nombrar algunas vertientes, coincidían en una preocupación común por las mujeres y los menores de edad, fruto de una creciente coincidencia sobre los problemas sociales. En aquel momento se requería de un gran valor cívico para romper con los esquemas de su tiempo, superar el individualismo y la discriminación en contra de algunos niños".

Tengamos presente lo que ocurría con anterioridad, a la sanción de esta ley. Así el reglamento municipal de prostitución del 5 de enero de 1875 decía que: "Las prostitutas adscritas a las casas de prostitución deberán ser mayores de 18 años, a no ser que se pruebe que antes de esa edad se hayan entregado a la prostitución".

Es decir que si las niñas ya habían sido prostituidas no merecían más protección.

Nuestro actual Código Penal se redactó en 1921 y en lugar de tomar como antecedente la ley Palacios, se basó en ese Reglamento de Tolerancia de 1875. Un verdadero retroceso.

Escuchemos lo que al respecto decía el legislador Bas defendiendo en el debate que precedió la ley 9.143: "En una gran parte de esta República está establecido el Registro Civil. Esta fue una conquista de la libertad de culto, por tratarse de un país en que se cuentan por millares extranjeros de distintas confesiones religiosas. Pero vea usted lo que sucedió a una joven de 18 años que deseaba casarse: acudió con el que debía ser su marido a la oficina de Registro Civil. El empleado, al saber que es menor de edad, le dice que necesita la autorización de su padre. -No tengo padre, señor (contesta la muchacha). -Traiga usted la de su señora madre. -Mi madre ha muerto también. -La de su tutor, entonces. -Tampoco tengo tutor. -En ese caso, señorita, yo no puedo casarla. Debe usted presentarse al juez de primera instancia para que le nombre tutor; y después concurrir con él para que le dé el consentimiento. Puede ser, aunque no se lo garanto, que el juez, después de ciertos trámites, le acuerde su consentimiento supletorio.

Todo esto está muy bien, dirá usted. Veo que en este país se presta mucha atención al cuidado de las menores. -Sí, pero ahora vea el reverso de la medalla.

Si esa misma niña, en vez de ir al Registro Civil, se dirige a la oficina municipal y dice: "Quiero ser prostituta"... el empleado la inscribe en el acto.

Durante dichas jornadas se propuso la reforma de diversos artículos del Código Penal, en el título de los delitos sexuales, los que integraron el anteproyecto de ley de mi autoría. Recién ahora a un paso de entrar al milenio, la atención de la sociedad se vuelca sobre este terrible flagelo y muestra el valor necesario para intentar erradicarlo.

Así, los participantes del Seminario contra la Explotación Sexual de Niños y Adolescentes de las Américas reunidos en Brasilia, en abril de 1996, en preparación para el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños (Estocolmo, Suecia) en agosto del mismo año y propugnando la implementación de la Convención de los Derechos del Niño y la aceptación del Protocolo Opcional de la Convención (sobre venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil) denuncian: "La explotación y el abuso sexual de niños y adolescentes en el ámbito de la familia; la explotación sexual de niños y adolescentes realizada a través de la prostitución, la pornografía y del tráfico; la expansión de la explotación sexual de niños y ado-

lescentes en redes globalizadas y la industria del sexo, principalmente a través del turismo sexual; la morbilidad y mortalidad de niños y adolescentes causada por la explotación sexual y la prostitución; la falta de responsabilidad de los gobiernos a nivel local, estatal y federal en la recolección de datos e informaciones sobre la explotación sexual de niños y adolescentes; la omisión y la falta de voluntad política de los poderes públicos para punir a los agresores y explotadores sexuales de niños y adolescentes”.

Entre las recomendaciones de este seminario figuran: “Que los gobiernos castiguen a todos los agentes públicos involucrados en la explotación sexual de niños y adolescentes; el compromiso por parte de los gobiernos con la promoción y elaboración de proyectos de investigación sobre la explotación sexual en general y específicamente de niños y adolescentes que permitan con base en diagnósticos cuali-cuantitativos del problema formular políticas de prevención, protección y de atención a este segmento de la sociedad, con la dotación de los recursos necesarios; que los medios no utilicen en sus prácticas, la imagen de erotización y sexualización de niños y adolescentes, a través de la pornografía, publicidad en general, películas y videos; que los parlamentarios desarrollen acciones conjuntas en la elaboración de leyes y acompañen la realización de acuerdos multilaterales a través de una red articulada por los mismos parlamentarios; que los parlamentarios creen, donde no existan, comisiones para investigar, denunciar y dar directivas para erradicar la explotación sexual de niños y adolescentes”.

Nuestra propuesta buscaba la equiparación de la legislación civil y penal en cuanto el tema de las edades, por lo que se aumentaba a menor de 14 años la víctima del delito de violación, edad hasta la cual el Código Civil considera “menor impúber” y por lo tanto incapaz absoluto, y mayor de 14 y menor de 16 a las víctimas de estupro. Asimismo, se reformaban las edades de los restantes delitos sexuales con este criterio. La necesidad de obtener el consenso político que permitiera el traer al recinto el dictamen que hoy consideramos, fijó finalmente la edad en 13 años, creo que es un paso importante y espero que en el futuro pueda elevarse a 14 años.

Paso ahora a fundamentar la reforma propuesta puntualmente en algunos de sus artículos:

Artículo 2º: Modificación del artículo 119.

Se aumenta la edad de la víctima que no tiene capacidad para comprender el sentido de la relación sexual, por lo cual no puede prestar válidamente su consentimiento para ésta. Este aumento, de 12 a 13 años en la edad en que, por presunción *iuris et de iure*, no se tiene ninguna capacidad para entender su propia sexualidad, máxime cuando los victimarios casi siempre son mayores, busca aumentar el espectro de los niños protegidos.

Artículo 3º: Modificación del artículo 120.

Se modifican las edades mínimas y máximas de este delito, aumentadas ahora a menores de 16 años y mayores de 13 y exigiendo la presencia de determinadas

circunstancias. La redefinición del bien jurídico protegido en este título, acompañada por la protección del normal desarrollo de la sexualidad de los niños en una etapa de gran vulnerabilidad por la disparidad entre la maduración biológica y psicológica y por lo tanto de gran atractivo para el adulto depravado, determinó esta reforma. No se busca penar la libertad sexual de los niños entre 13 y 16 años, o de éstos con otros menores. Se intenta reprimir a quienes abusan de su inmadurez sexual, o bien de su situación de preminencia sobre ellos.

Artículo 4º: Derogación de los artículos 121, 122 y 123.

Asimismo, la derogación de los artículos 122 y 123 obedece a que dichas figuras agravadas se encuentran incluidas dentro de las figuras básicas de las artículos 119 y 122.

Artículo 5º: Modificación del artículo 125.

En el artículo 125 vigente se encuentran superpuestos en un mismo artículo, las figuras básicas de la corrupción y el proxenetismo.

El artículo 125 en su nueva redacción tipifica únicamente la corrupción. Como toda la presente reforma, se pone especial énfasis en la protección de los menores. Por ello se establece una nueva escala penal, más grave ahora, aumentada de 4 a 6 el mínimo, equiparando la escala con la de la violación, en el caso de las víctimas menores de 13 años, edad también modificada para hacer concordar ésta con la de los sujetos pasivos del artículo 119 reformado.

Para definir la corrupción coincidimos con la dada por Creus, diciendo que la corrupción típica es el estado en el que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución (con respecto a la edad de la víctima), sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal —para su propia conducta— la depravación de la actividad sexual. Coincidiendo con el nuevo bien jurídico protegido, la integridad sexual, lo que se busca es la protección del normal desarrollo de la sexualidad de los menores.

Artículo 6º: Incorporación del artículo 125 bis.

Se aumenta la escala penal, ahora de 4 a 10 años para las víctimas menores de 18 años, y de 6 a 15 años, cuando se trate de menores de 13 años, atendiendo a los reclamos que se vienen sucediendo en todos los foros internacionales en la materia, que consideran la explotación sexual de los niños una violación fundamental de sus derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño, exige a los Estados partes la protección del niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. La prostitución típicamente se concibe como un estado, es decir, como conducta o comportamiento relativamente habitual, por ello, lo que se promueve o facilita en este delito es el estado de prostitución. Este tiene consecuencias graves, duraderas de por vida, para el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social de los niños. A los efectos de dar una mayor protección efectiva a los niños, y garantizar su derecho a disfrutar de su infancia y a llevar una vida adulta pro-

ductiva, gratificante y digna se sanciona la presente reforma.

Artículo 7º: Modificación del artículo 126.

La reforma de este artículo busca hacer coincidir el mismo con el anterior, por lo que se disminuye la edad de la víctima a mayor de 18 años, y no mayores de edad, y a su vez, elimina la corrupción como integrante del mismo, la que se encuentra penada por el artículo 125. Se amplía y modifica la definición abuso de autoridad, reemplazándola por abuso de una relación de dependencia o de poder, ... cualquier otro medio de intimidación o coerción. La intimidación es abarcativa de todo procedimiento tendiente a que la víctima tema efectivamente una consecuencia dañosa si no se presta al acto depravador, y la coerción supone que el autor ejerce, por cualquier medio distinto del suscitamiento del temor de sufrir un daño, una actividad de imposición de la voluntad sobre la víctima.

Artículo 8º: Modificación del artículo 127.

Se vuelve a penar como delito a la rufianería. Se trata de una figura con numerosos antecedentes en la legislación comparada y en nuestro país estuvo vigente con la sanción de la ley 17.567, derogada luego por la ley 23.077. El delito consiste en explotar económicamente a una persona que ejerza la prostitución mediante circunstancias intimidatorias o coercitivas para que ésta entregue el producto de su triste estado, sin que el sujeto pasivo tenga obligación alguna de hacerlo.

Artículo 9º: Modificación del artículo 128.

Se penaliza fuertemente incorporando una nueva figura, la utilización de niños para la producción de imágenes o espectáculos pornográficos.

Artículo 10: Modificación del artículo 129.

Asimismo, y en forma coincidente con el espíritu que anima toda la presente reforma de protección a los niños, se crea una figura agravada cuando las víctimas de este delito fueran menores de 18 años. Igualmente se establece una presunción *iuris et de iure* cuando se trate de afectados menores de 13 años, eliminando la posibilidad del consentimiento de éstos, ya que a esta edad se considera que nunca tienen capacidad de prestarlo.

Artículo 14: Modificación del artículo 73.

El superior interés del niño, vigente desde la sanción de la ley 23.849 que ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, exige que en caso de existir intereses gravemente contrapuestos entre éstos y quienes son los titulares de la acción en estos delitos, se pueda actuar de oficio. Esta reforma se efectúa para evitar la impunidad cuando el único titular es el autor del delito o se encuentra vinculado en alguna forma con el victimario que lo lleva a no denunciar o hacer uso de la acción para proteger a éste en detrimento del niño.

Artículo 16: Modificación del artículo 127 bis.

El artículo 127 bis vigente se divide dando un tratamiento distinto en el caso de menores y de mayores. Cuando se trata de menores de 18 años la escala es de 4 a 10 años, y de 6 a 15 años cuando fueren menores

de 13 años. También en la figura agravada, cuando exista intimidación, coerción o deber de cuidado o de ascendencia, se aumentó el mínimo a 10 años. De esta manera se da un trato diferenciado y de mayor protección a los niños que a los mayores hasta hoy equiparados. Ante la denuncia internacional de una mayor proliferación de delitos de tráfico de niños destinados a la explotación, se intenta dar de esta forma una mayor protección a los niños, así como también considerarlo un delito más grave, y consecuentemente con mayor pena.

Artículo 17: Incorpora artículo 127 ter.

Con la incorporación de este artículo se diferencia la trata de blancas de mayores de la de los menores explicada en el artículo anterior.

Nuestra voluntad es lograr la modificación penal, símbolo de una fuerte decisión política, pero sólo tendrá sentido cuando la sociedad toda asuma la necesidad de proteger a sus miembros contra todas las formas de abuso y explotación sexual.

Para terminar mi homenaje en las palabras de dos mujeres a todas las mujeres que dentro y fuera de esta Cámara hicieron posible este proyecto, a las legisladoras de todos los bloques, a las que integrando asociaciones de defensa de los derechos de las mujeres y los niños, o individualmente nos acompañaron, en las audiencias y los debates públicos. Dice Françoise Dolto en su obra *La causa de los niños*: "El niño no tiene todos los derechos pero no tiene más que derechos, los padres no tienen sobre su persona ningún derecho, sólo tienen deberes".

Y la maravillosa y valiente Alfonsina Storni en 1919: "... Pudiera ser que todo lo que en verso he sentido / no fuera más que aquello que nunca pudo ser / No fuera más que algo vedado y reprimido / de familia en familia, de mujer en mujer.

"... A veces en mi madre apuntaron antojos de liberarse, / pero se le subió a los ojos una honda amargura, / y en la sombra lloró.

"Y todo eso mordiente, vencido, mutilado, / todo eso que se hallaba en su alma encerrado, / pienso que sin quererlo, lo he liberado yo".

8

INSERCIÓN SOLICITADA POR EL SEÑOR DIPUTADO CAFFERATA NORES

Opinión del señor diputado sobre los artículos en particular del proyecto de ley por el que se modifica el Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

Artículo 1º: Se ha redefinido el bien jurídicamente protegido, que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima, como ocurre ahora.

Una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón.

La vieja idea del honor, asociada a ciertos tipos penales, refleja no sólo una dimensión, ideológica, ligada al temor por el escándalo, sino que facilitan la imposición de valores culturales dominantes, propios del mundo masculino.

En definitiva, las agresiones de referencia afectan, no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque también afectan a la vez a su libertad y a menudo equivalen a una privación de esa libertad, las personas afectadas viven esas situaciones sobre todo como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá que esos delitos afecten también a sus familiares, tutores, al Estado, etcétera, correspondiendo, por lo tanto, concebir a estos delitos como delitos contra las personas al igual que otros delitos concebidos como tales.

Artículo 2º: Con la fórmula propuesta se logra establecer tres gradaciones de abusos sexuales. Se trata de una figura progresiva. La figura básica es la figura del abuso deshonesto (en el actual proyecto, y basados en los mismos argumentos esgrimidos en el cambio del nombre del título, se denomina abuso sexual) del artículo 127 del Código Penal vigente. El abuso con sometimiento gravemente ultrajante es ciertamente también un abuso, pero de mayor gravedad. Y por último un abuso calificado por el acceso carnal, que cerraría el tipo normativo constituido por la figura básica del abuso sexual mencionado, con tres gradaciones agravantes.

Los conceptos de fuerza, intimidación o resistencia ínsitos a la violación son revisados y ampliados para dar un lugar predominante al libre consentimiento y nuevos factores coactivos o intimidatorios, que puedan anularlo.

Es preciso garantizar que al examinar judicialmente un acto para determinar si un crimen sexual fue cometido no se exija que la víctima pruebe haber ofrecido suficiente resistencia al ataque, sino sólo que su voluntad fue quebrada.

Paradójicamente, las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellas se resistieron o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza, o suficiente amenaza de fuerza, para superar su voluntad. No obstante, a las víctimas de violación se les exige prácticamente probar estos requisitos porque el derecho usualmente no ha sido capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado de una agresión sexual forzada.

Se ha criticado esa fórmula con el argumento de que cualquier pérdida de frenos inhibitorios de una persona, por razones imputables a ella misma (verbigracia estado pasional), será motivo suficiente para afirmar que la víctima no pudo consentir libremente la acción.

Sin embargo, se considera conveniente limitar la interpretación tribunalicia para que en los hechos no se exija la prueba de esta resistencia, sin dejar abierta la posibilidad para algún tipo de situación imaginaria que, por cierto, no está comprendida en la expresión planteada.

Existen situaciones que no son contempladas por la legislación vigente. Situaciones de ultraje grave que no llegan a la penetración y la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino deben ser reguladas de modo tal que puedan satisfacerse las demandas sociales en este tema, sin dejar excesivamente abierto el tipo penal. Pero no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de "sometimiento" de la víctima, de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical.

La fórmula incorporada pretende retribuir suficientemente vejámenes que no lo están en el marco del Código Penal vigente, mediante una expresión que agrava de modo progresivo conductas que son altamente dañosas para la víctima.

Se amplían los factores que anulan el libre consentimiento más allá de la fuerza física y la intimidación, incluyendo supuestos coactivos o intimidatorios de abuso de poder o de autoridad, aun cuando fuera en el marco de las relaciones conyugales, e incorporando otras relaciones de autoridad y jerarquía que fuercen el consentimiento.

Cuando se incorpora como agravante el daño a la salud mental de la víctima se piensa en un grave plus dañino al daño que de por sí ocasionan los abusos, en un resultado, en una secuela. Se ha considerado conveniente cubrir esta hipótesis no contemplada en la redacción original —no obstante alguna opinión en contrario que sostiene que estaría subsumido en el daño físico— ya que pueden ciertos perjuicios psicológicos ser mucho más devastadores, y en ocasiones son excluidos al aplicar la agravante, a pesar de que la Organización Mundial de la Salud entiende que la salud es un concepto abarcador de todos los aspectos del ser humano.

La agravante producida por la comisión del hecho por dos o más personas deja claramente establecido que basta el incremento del número de personas para considerar al hecho como más violento. La incorporación de las armas también tiene relación con un aumento de la violencia por parte del/los sujetos activos y el peligro adicional para la víctima que de ese uso se deriva. Así como la ley distingue entre un ataque contra la propiedad cometido con armas del cometido sin armas, así debe distinguirse entre una violación cometida con armas, en la cual el peligro para la vida de la víctima es evidente y manifiesta, a la cometida sin armas.

Cuando se menciona que las conductas previstas por este tipo penal se agravan cuando la víctima es menor de dieciocho años y se aprovecha de la situación de convivencia, se ha querido proteger al menor del abuso de una situación de cercanía. Con esta agravante quedarían incluidos casos en los que, por ejem-

plo, el conviviente de la madre viola a la hija de ésta menor de dieciocho años. Estos actos, en general, ocurren en el segmento de población más indefensa ante situaciones como las descritas.

Artículo 3º: Se suprime el requisito de "mujer honesta", partiendo de que el bien jurídico tutelado es la integridad y no la honestidad, y que en estos casos lo que se ve comprometido es la capacidad para asumir libre y plenamente el consentimiento. Asimismo, se extiende a personas de uno u otro sexo.

En cuanto a los cambios producidos en la edad, y luego de escuchar a especialistas (médicos, psicólogos, psiquiatras) se coincidió en que dieciséis años es una edad razonable para proteger determinados ámbitos del menor, dado que aún se encuentran dentro de grupos etarios de mayor "vulnerabilidad".

También es destacable consignar que se quiere castigar el abuso del sujeto activo de la inexperiencia o de la inmadurez del sujeto pasivo, abuso que resulta posible por las condiciones personales o situaciones de aquél. La fórmula elegida "aprovechándose de su inmadurez sexual en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente" permitirá evitar punir simples relaciones sexuales entre menores —que son más habituales actualmente—, dado que es más frecuente que la vida sexual se inicie en edades más tempranas. El sexo entre dos adolescentes libremente decidido en condiciones de igualdad, no es lo mismo que el aprovechamiento, por ejemplo, de un profesor de la inmadurez de su alumna menor de 16 años.

Artículo 4º: El artículo 121 que hace mención del error de una mujer que tuviere acceso carnal con una persona que se finge su marido ha sido derogado en razón de considerarse obsoleto. Cuando esta figura fue creada, era muy común el casamiento por poder. Actualmente, y aunque uno podría imaginar hipótesis —poco probables— en que efectivamente se produjera un engaño, los casos serían tan marginales, que es preferible eliminar preceptos normativos que han caído prácticamente en desuso.

Artículo 5º: Se han separado en dos artículos la corrupción y la prostitución, que en el Código Penal vigente se encuentran fundidos en un sólo tipo penal, con el objetivo de aportar claridad al texto normativo y permitir una pena diferenciada.

Artículo 6º: En el caso de los menores, es clara la necesidad de protección —exista o no consentimiento de la víctima— para situaciones de abuso y explotación. El tipo se agrava cuando existen condicionamientos —ya sea en el modo o por el sujeto activo— que forman parte de los elementos del hecho típico.

Artículo 7º: La intimidación o coerción constituyen el centro del ilícito, en el sentido de que el derecho no puede inmiscuirse en los planes de vida individuales. En otras palabras, prescribir qué es lo que se debe hacer o no en materia de moral individual. Por ello lo que se sanciona es el atentado a la persona explotada.

Artículo 9º: En relación al texto vigente, se desincrimina la producción de imágenes u objetos obs-

cenos en los que estuvieren en juego exclusivamente imágenes de personas adultas.

El objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográficas.

Se ha colocado especial acento en evitar punir a quien no conoce el material que está distribuyendo, sino que quien sea pasible de sanción sea aquel que a sabiendas distribuye el tipo de material mencionado.

Este precepto normativo también amplía la incriminación a fin de abarcar los actos pornográficos que no son filmados, grabados o fotografiados, sino directamente actuados en vivo, a modo de espectáculos.

Asimismo, se reemplaza el discutible concepto de "lo obsceno" por el término "pornográfico".

Artículo 10: Es destacable como requisito de la tipicidad penal que los actos de exhibiciones obscenas estén expuestos a ser vistos involuntariamente por terceros. La falta de consentimiento, en el caso de mayores, es lo que convierte en delito el hecho.

Artículo 11: Se elimina el rapto de la mujer casada, que evidencia el mayor peso que se le adjudicaba a la institucionalización de las relaciones, considerando que el daño era mayor no por el menoscabo de su integridad, sino por las consecuencias que podía acarrear a terceros.

Se elimina también la referencia al sujeto pasivo como mujer, abriendo la posibilidad de que la víctima sea de cualquier sexo.

Artículo 12: Las conductas contempladas en el artículo 131 vigente están previstas en el artículo 11 del presente proyecto.

Artículo 13: Se incorporan las figuras de los convivientes, tutores y curadores, por considerarse que por su función pueden equipararse al resto de las mencionadas por el artículo vigente.

Artículo 14: Se incorporó en este artículo el último párrafo, que proporciona al menor una protección más consistente, ya que el fiscal podrá actuar de oficio en las situaciones descritas.

También podrá no hacerlo cuando así lo aconseja el interés superior del niño. Es un caso de disponibilidad de la acción penal.

Artículo 15: Se elimina la exigente de pena por matrimonio con la víctima, sólo justificable en el marco conceptual en el cual el bien jurídico protegido era la honestidad en términos tradicionales de tener relaciones sexuales fuera del matrimonio. Por otra parte, esta exigente ha llevado a situaciones de abuso donde la víctima resultaba sometida a matrimonios indeseados. Asimismo, se equiparaba simbólicamente la pena de prisión con el matrimonio.

Otro argumento importante de considerar es que las consecuencias que generan este tipo de violencias sobre sus destinatarios hace poco probable que sus decisiones sean libres, no condicionadas por el miedo o la inseguridad. Teniendo en cuenta esta realidad, no estarían dadas las condiciones de libertad y autono-

mía y de igualdad para exigir a la víctima una respuesta matrimonial.

Hay que tener en cuenta, además, que en la mayoría de los casos el nuevo modelo de reacción frente al abuso sexual será orientado hacia un sistema que puede ser punitivo o no punitivo, hacia un modelo, en cierto sentido, compositivo aun cuando conserve la sanción penal. La sustitución del matrimonio por el avenimiento, judicialmente controlado y aprobado, que puede dar lugar a la extinción de la acción penal, en forma inmediata, o luego de un período de prueba, mantiene la anterior posibilidad de un final no punitivo, sólo que con otra base que se ha reducido, indebidamente, a una relación personal preexistente, cuando nada justifica semejante condicionamiento, pues también pueden existir otras circunstancias que hagan deseable a la víctima un final no punitivo. Negar esta posibilidad significaría una sustitución autoritaria de la voluntad y el interés de la víctima, por un presunto interés público. Y también cuáles son los casos en los que puede aplicarla.

Es preciso señalar que esta vía se presenta como una excepción, y que su habilitación está sometida a fuertes condiciones que deberían ser objeto de un estricto control judicial, lo que neutralizaría el peligro de manipulación sobre las víctimas.

Tampoco hay que olvidar que en el caso de los delitos sexuales cuyas víctimas son mujeres, al maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización que para ella significa la exposición al procedimiento penal.

Es por ello que se consigna específicamente que la víctima podrá actuar bajo la representación y contar con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas, para que encuentren un apoyo en un procedimiento que puede tener efectos traumáticos y que no significa otra cosa que la exposición pública de un suceso que plantea efectos muy nocivos para la víctima.

No es posible dejar de mencionar el control de los tribunales sobre las alternativas de solución que abarcará también estos aspectos. Los jueces pueden asesorarse por expertos en la materia o por personas de confianza de las partes. Al considerar como condición necesaria que el avenimiento de la víctima haya sido realizado en condiciones de plena igualdad y libremente expresado soslayan la potencial desigualdad entre víctima e imputado, neutralizan cualquier exageración de sus pretensiones y restan posibilidad de privatización del derecho, acentuando la participación estatal en la solución del conflicto.

Asimismo, eliminan cualquier posible actuación abusiva del imputado.

Creemos que, de este modo, se satisface la pretensión punitiva del Estado, así como también se toma en cuenta el reclamo de la víctima de que se atiendan sus intereses, recurriendo a una alternativa legítima cual es

la de participar, decidiendo el conflicto de acuerdo a los puntos de vista de los protagonistas.

Cualquier crítica a esta norma (que seguramente las habrá) debería estar precedida, para ser coherentes, por la propuesta de excluir los abusos sexuales que ella se refiere del régimen de la instancia privada. Es que si la simple voluntad de la víctima puede evitar ex ante la persecución y punición, no parece fácil encontrar argumentos para que no pueda evitarlos ex post (salvo que tengan un sentido especialmente "tutelar").

9

INSERCIÓN SOLICITADA POR EL SEÑOR DIPUTADO QUINZIO

Opinión del señor diputado acerca del proyecto de ley sobre modificación del Código Penal en materia de delitos contra la honestidad

Señor presidente:

Vengo por el presente a fundamentar mi disidencia parcial con el dictamen de las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad, las que han considerado los proyectos de los señores diputados Carrió, Caillet, Schiaretto, Sobrino, Domínguez, Bortolozzi de Bogado, Godoy, Alvarez, Sat, Fayat, González Gaviola, Corchuelo Blasco, Cafferata Nores, Banzas de Moreau y otros, Fernández Meijide y otros, Martínez Drisaldi, Cafiero, Rubeo, Roy y Aramburu, Rubeo y Godoy, Godoy y Camaño que proponen la modificación al Código Penal en relación a los delitos contra la honestidad.

Quien formula esta disidencia parcial no considera conveniente la sanción del proyecto de ley aprobado por las comisiones mencionadas, para el caso de que su texto quedara tal cual está concebido, mientras que si fuera ineludible dictar una reforma del derecho penal argentino en orden a los delitos sexuales, se permite entonces aconsejar el reemplazo del texto proyectado, por el que contiene esta disidencia.

PRIMERA PARTE

Del escepticismo ante el texto aprobado por las comisiones y la propuesta de un proyecto alternativo

El proyecto aprobado por las comisiones es el resultado de múltiples sesiones de entre muy variados proyectos, de tendencias a veces opuestas en aspectos fundamentales. A su vez, en los meses finales, en que justamente se produjo mi incorporación a este cuerpo, fue propuesto un texto que motivó un extenso dictamen disidente de mi parte que condujo a nuevas reformas, en parte transaccionales. El texto definitivo aconsejado en el dictamen, por ende, recoge algunas propuestas por mí concebidas, pero sigue siendo el resultado final de una serie continua de transacciones no regidas por un punto orientador común. Por ello, no puedo callar mi verdadera opinión de que si el texto fuera sancionado por ambas Cámaras con la redacción propuesta, no mejoraríamos nuestro derecho pe-

nal en orden a los delitos vinculados a la libertad e integridad sexuales, sino que lo empeoraríamos.

Se trata, en verdad, de una situación frecuente. El derecho penal es fuente continua de instrumentalización con fines políticos, de transformación en mero "derecho penal simbólico" ("simbólico", dicho aquí en sentido despectivo), por medio de lo cual se hace uso y abuso de múltiples normas penales para disimular la escasa idoneidad del Estado en la solución de los verdaderos problemas (falta de educación, de sistemas de salud, de seguridad social, de empleo, etcétera). Se utiliza así el derecho penal para hacerle creer al ciudadano que, con una nueva norma penal, tendrá mayor seguridad, mayor "protección de sus derechos", en definitiva, una vida más justa y digna de ser vivida. En este discurso, la culpa de lo mal que le puede ir a una sociedad en cada ciclo de su desarrollo reside siempre "en los delincuentes", no en el grupo como tal. El mensaje es recibido como correcto, porque cuanto más adherida a intuiciones primitivas se halla una sociedad, más acepta este culto a la reforma constante del derecho penal, como ilusión de estar en tránsito hacia el progreso.

Las normas penales, sin embargo, sólo pueden cumplir la misión de estigmatizar la conducta desviada, de reafirmar con la pena que el quebrantamiento de la norma es considerado como incorrecto por la sociedad, como no determinante de una pauta del grupo; se opone así al mensaje del autor del delito, cuyo quebrantamiento de la norma indica que, para él, la norma no rige. Más que esta reafirmación simbólica (pero en este sentido, simbólica en sentido positivo, no despectivo) no puede producir el derecho penal. No debemos hacerle creer a nadie, pues, que la integridad sexual de las personas pasará a estar "más protegida" de hecho por una reforma punitiva.

En las normas fundamentales de la sociedad, aquellas que marcan qué es lo más intolerable para el grupo, y cuáles son, en cambio, sus expectativas esenciales, debemos ser cautos en materia de reformas. Lo principal del derecho penal ha de estar en su estabilidad. Una sociedad que cambia sus normas penales constantemente, y que cree que con ello progresa de verdad, será una sociedad completamente insegura de sí misma e incapaz de lograr una identidad como grupo humano.

El "derecho penal sexual", para así llamarlo en este dictamen, felizmente quedó sustraído durante mucho tiempo a las continuas reformas de nuestro Código Penal, que tanto lo enredaron y empobrecieron desde 1922 hasta hoy. Creo que no me equivocaría —aunque la ratificación segura de esta intuición requeriría una investigación detenida que no puedo encarar aquí— si dijese que nuestro sistema penal sería acaso superior, al menos en coherencia, si suprimiéramos mentalmente todas las reformas habidas desde su sanción hasta el presente y nos imagináramos como regidos por el derecho viejo. Posiblemente el campo de los "delitos sexuales" quedó al margen de fiebres reformistas.

La abrumadora cantidad de proyectos que intentan reformarlo, tanto en una Cámara de este Parlamento

como en la otra, habla de que esa situación sólo se conservará por poco tiempo, pero no asegura en absoluto que no nos pase lo que casi siempre: lograr un producto inferior a lo que ya teníamos.

Ciertamente hay algunos puntos del derecho penal sexual que deberíamos pulir, tal como la eterna desorientación acerca del alcance de la expresión "acceso carnal", en el tipo penal dominante de este título III del libro segundo del Código Penal, pero sólo respecto de un caso frecuente: la penetración compulsiva del órgano viril en la boca de otra persona por fuerza o intimidación. Hay otros aspectos también puntuales que requerirían una clarificación. Pero estas tareas se lograrían bien con sólo introducir breves interpretaciones auténticas en los tipos penales con aspectos límite largamente discutidos. Ello sería bien preferible, antes de cambiar, como ahora se pretende, toda la estructura de estos delitos, con una técnica legislativa deficiente, ya hasta en el uso del lenguaje, con una forma de descripción típica vaga y confusa, que aumentará en mucho la arbitrariedad judicial en lugar de circunscribirla, y que tocará así en sus fibras íntimas un tabú de toda sociedad: la oscura relación entre moral privada y delitos sexuales, que tan frecuentemente lleva a tratar como "delitos" meros pecados, o incluso acciones inocuas o decididamente correctas.

Sería lo ideal a mi juicio —tal la tesis que he sostenido reiteradamente en mi participación como senador de la Nación primeramente y como diputado ahora— que las fuerzas políticas buscarán el consenso suficiente para establecer un nuevo Código Penal largamente estudiado por una comisión, cuyo trabajo permitiera devolverles a las normas penales la coherencia que tuvieron en otro tiempo. En esta función, los políticos deberíamos distanciarnos en alguna medida de la faena, y dejar que un grupo de expertos señale las directrices fundamentales, dentro del marco de nuestras tradiciones. Si el Código Civil argentino hubiera debido ser debatido como los proyectos de leyes que hoy son moneda de cambio en el discurso político, en la intermediación de votos, estaríamos aún perdidos en el oscuro laberinto de las viejas fuentes españolas que rigieron hasta la labor de Vélez Sarsfield, o acaso peor.

Nuestro derecho fue siempre un derecho de recepción, europeo o angloamericano, según las materias. Y técnicamente era muy superior cuando dicha recepción era casi global, que hoy en día, en que cada cual puede lograr —cuando lo puede— el retoque de una norma aislada, si goza del espacio político suficiente para hacer sancionar esto o aquello.

El derecho penal, a diferencia de otras áreas del derecho, gana efectividad cuando más larga y establemente permanezcan sus disposiciones.

a. Todo esto haría pensar que en lugar de una disidencia parcial, debiese proponer yo un rechazo completo del proyecto aprobado por las comisiones. Pero, dado que, por un lado, al menos ciertas precisiones por interpretación auténtica son de todos modos necesarias —al menos para terminar con inseguridades, por más que varias soluciones disímiles sean individualmente

plausibles— y que, por otro, la tendencia reformista ya desatada en este campo parece irrefrenable, habré de sugerir un texto que opere como proyecto alternativo, y que en esta Cámara de Diputados, o en el eventual pase del proyecto al Senado, pueda ser tenido en cuenta cuando menos para aspectos particulares.

La aspiración más profunda de una tarea de vasto alcance en materia penal, modernizando las estructuras típicas sobre la base de la experiencia europea, tan asentada en la tradición de nuestra cultura jurídica, ha de quedar para otros tiempos de un consenso responsable de las fuerzas políticas.

SEGUNDA PARTE

Consideración crítica del proyecto aprobado por las comisiones

1. Generalidades

Si hubiera que describir el norte fundamental que inspira a la propuesta de reforma, apenas sería posible establecerlo. Al tiempo de mi incorporación a este cuerpo y a la Comisión de Legislación Penal, el consenso había arribado a diversos puntos que, en su momento, critiqué en el seno de la comisión como errados en su gran mayoría.

Un estudio pormenorizado de todos los argumentos esgrimibles sería impropio de este dictamen. En su lugar habré de ofrecer, pues, un análisis crítico de los dos artículos centrales de la reforma proyectada, los artículos 2° y 3°, que pretenden regular de un modo enteramente nuevo los artículos 119 y 120 del Código Penal, absorbiendo en ellos también las agravantes de los artículos 122 y 123, que, como disposiciones autónomas, quedarían derogadas, e incorporando al primero el abuso sexual simple (el abuso deshonesto del actual artículo 125) como figura básica rectora (quedaría derogado, por ello, también el artículo 125).

Luego de ello pasaré a una propuesta propia, que no implicará decir que representa un modelo ideal (para esto habría que constituir una comisión de estudios en que las fuerzas políticas ocupen el lugar menos relevante), sino el modelo de lo que podríamos hacer, respetando la estructura actual y mejorando sólo aspectos particulares.

2. Particularidades

I. El artículo 2° del proyecto en estudio (artículo 119). La nueva regulación del abuso sexual ("violación")

A. *La descripción típica de las tres figuras.* El artículo 2°, como se dijo, pretende configurar de nuevo modo el artículo 119, prevé la descripción típica del hecho que se halla en el centro del tabú sexual: la violación.

Concediendo en este aspecto una sugerencia de mi parte, las comisiones conformaron al delito de violación como una modalidad del género del abuso sexual,

hasta hoy denominado "abuso deshonesto". La violación se presenta, así, como el "abuso sexual" más grave, como un "abuso especialmente calificado". A su vez, se establece una escala de disvalor de tres grados: en un extremo se halla el abuso simple (correspondiente al abuso deshonesto actual); en el otro, el abuso que se corresponde con la violación actual (aunque descrita de otra forma); en el grado intermedio, se incorpora la innovación de una figura algo vaga en sus contornos, pero aceptable, en mi criterio, como modo de jerarquizar la gravedad de ciertas formas de abuso sin acceso carnal que, a pesar de la falta de penetración, son manifiestamente oprobiosas para la víctima.

Para dicha figura "intermedia" había propuesto en mi dictamen de discusión, una escala penal menos grave que la aprobada por las comisiones: 3 a 10 años de pena privativa de libertad, en lugar de un marco de 4 a 10, como reza el proyecto; incluso sugerí que sería posible también una escala algo más leve aún: 2 a 8 años. Las comisiones, siguiendo la tradición de las leyes penales de estos últimos años, en que se enarbola la bandera de "la protección de bienes por medio del derecho penal", propone una escala penal que, según las leyes procesales vigentes, impedirá la excarcelación. De nuevo nos sumergimos más y más en la idea de que el anticipo de la prisión al comienzo del juicio es el reaseguro de la felicidad social, como si las garantías constitucionales no significaran una protección —una protección no sólo "simbólica"— para todos nosotros. Ciertamente el efecto oclusivo de la libertad durante el juicio está dado también en los demás delitos que superan la gravedad de éste. Pero esta cuestión sólo podría ser combatida si aceptáramos —como regla— la excarcelación de todos los delitos, con independencia de su gravedad. Mientras nuestros prejuicios punitivos impidan una solución de esa índole debemos ser reacios a incorporar figuras penales —pues el "abuso intermedio" es, en definitiva, una nueva incriminación, o bien una pronunciada agravación de ciertos casos de abuso deshonesto— que impongan una escala penal incompatible con la libertad durante el proceso.

En lo demás, tal abuso ha sido descrito con una fórmula que, a pesar de cierta indeterminación, puede ser plausible: "La pena será de cuatro a diez 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" Aquí se registra algo a favor.

Pero, con ello, posiblemente, terminen los aciertos. El artículo 119 proyectado reúne, al describir el abuso simple, las circunstancias que harían delictivo el acto sexual de que se trate (tocamiento, acceso, etcétera). En el derecho vigente cumplen esa función los incisos 1, 2 y 3 del artículo 119 (violación), que valen también para el artículo 125 (abuso simple). Tales casos del derecho vigente son:

— La edad inferior a doce años.

- La falta de razón o de sentido, o la enfermedad u otra causa por la que la víctima no puede resistir.
- La fuerza o intimidación.

En los tres casos la reforma quiere "abrir surcos", creando —a mi juicio—, en algunos puntos, riesgos muy serios. La fórmula textual es, además, un giro colectivo de diversas menciones, de esta naturaleza: "...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".

En orden a la minoridad, el proyecto sube a 13 años la edad límite, con lo cual se amplía la punibilidad. No es que haya nada decisivo para estar en contra de esta reforma, pero tampoco es seguro que haya algo a favor. Un límite formal de esta clase es, casi siempre, una decisión sin mayor sustento que la necesidad de establecer el límite en algún punto. Pero, por eso mismo, no se justificaba modificar un límite de edad que rige desde hace tantos años. Sugiero mantenerse en la norma existente: 12 años.

El segundo caso del derecho vigente (artículo 119, inciso 2º) sería reemplazado por la fórmula "...aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción". Pero, al estar prevista gramaticalmente en una misma frase, la parte final: "...no haya podido consentir libremente la acción", abre el tipo a límites indeterminados para todos los casos (llevado al extremo, incluso para el límite de edad de 13 años, pues si la víctima tuviera ya esa edad, pero, por su escaso desarrollo, fuera equiparable a un niño de 10 años, se podría llegar a decir que "no ha podido consentir libremente la acción", por ser demasiado infantil). La conjunción de los antiguos tres subcasos en un solo conjunto es especialmente grave por la posibilidad de desdibujar la violación prototípica, es decir, el acceso carnal con fuerza. Porque vaya a saber uno qué significa "no poder consentir libremente la acción". Llevado al extremo: la mujer querrela a su amante porque la ha poseído después de hacerle beber demasiado vino, lo cual significa para ella perder todo freno inhibitorio, lo que el muy malvado sabía de antemano. O peor aún: la mujer pone su querrela porque estaba tan excitada que no pudo consentir libremente, sino dominada ya por el deseo. Cuando una formulación textual es tan abierta que, literalmente, permite incluir en el tipo un caso claramente ajeno a él es seguro que la fórmula elegida no es la correcta. Decididamente, estoy en contra de esta formulación.

Y no es sólo por el aditamento general de "no poder consentir" —que parece calificar a todos los casos de manera abierta—, sino por los subcasos de violación descritos de modo particular lo que también debe alarmar a todo aquel que se tome el derecho penal en serio. La fórmula actual del artículo 119, inciso 3º, "por fuerza o intimidación" establece un límite típico que deja, naturalmente, zonas borrosas, pero que pone en

el centro, con toda claridad, aquello que sí debe ser delito. En cambio, la fórmula del proyecto ofrece un abanico de indeterminaciones: "...cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder..." Si en todos estos casos se estuviera requiriendo, como mínimo, una "intimidación" (aunque también esté contenida la "violencia"), la fórmula no contendría más casos que la vigente: fuerza o intimidación. Es cierto que se podría proponer esa interpretación, porque de todos modos el texto habla de un abuso coactivo o intimidatorio, pero el agregado más o menos desorbitado de "una relación de dependencia, autoridad, poder", hará posible sostener que basta cualquier riesgo de un empeoramiento de la situación laboral para que el acceso carnal que sigue a ello sea violación. Ejemplo: el jefe le dice a su empleada: —Mire, yo no necesito secretaria; si la tomé, fue sólo porque tengo dificultades para conquistar mujeres; concretamente, ¿quiere salir conmigo?, porque, si no, no la necesito. Formal y textualmente, esta escena burda se podría entender como abuso coactivo de una relación de dependencia (= violación); si, en cambio, nos atenemos al requisito: fuerza o intimidación, eso nunca sería suficiente. El texto del derecho vigente, por ende, es preferible, además de partir de un uso de más de 75 años de aplicación, lo que conlleva una doctrina y jurisprudencia.

En concreto, la fórmula escogida encierra en sí la posibilidad de llevar el límite del tipo penal a dimensiones exorbitantes. Si en la práctica judicial se le fueran poniendo restricciones, ello ocurriría más como consecuencia de la fuerza de la tradición ("una violación es una violación") y de la desconfianza de los jueces a las reformas legislativas poco reflexivas, que a razones directamente vinculadas al texto.

Lo único rescatable de todo el giro que describe en conjunto los casos correspondientes a los actuales incisos 1, 2 y 3 del artículo 119, es la incorporación del verbo "aprovecharse", en la mención de lo que en el derecho vigente es el inciso 2º: el acceso carnal con mentecatos o desvalidos. Porque, en el texto vigente, da la impresión de que la demencia en sí, por ejemplo, fuera causal suficiente para que nadie se le acerque sexualmente al enfermo, privando pues a los enfermos mentales de vida sexual, o compeliéndolos a tenerla a riesgo de que su compañero sea condenado, o bien a mantener trato sexual solamente con otros desvalidos, que pudieran ser considerados inimputables. El requisito de que el autor "se aproveche" de la situación restringe en alguna medida la tipicidad, aun cuando no sea suficiente para que podamos distinguir con precisión cuándo está prohibido tener relaciones sexuales con una persona demente.

Tampoco es para nada feliz el reemplazo del giro tradicional "tener acceso carnal" por "penetración sexual por cualquier vía", no por el agregado: "por cualquier vía", sino por el uso de "penetración", en lugar de "tener acceso carnal". Pues, hasta hoy, esto fue entendido, en general, como penetración del órgano viril (pene) en orificios del cuerpo; lamentablemente, hubo discusiones acerca de si la boca estaba contenida o

no entre las partes pasibles de "acceso", pero hubo seguridad acerca de qué era lo que podía "penetrar" de modo típico ("acceder"). Al reemplazarse una formulación tradicional por otra nueva se crearán incertidumbres. Pues "penetración sexual" se podría entender abarcadora de cualquier parte del cuerpo (por ejemplo: un dedo, o la lengua), mientras sea con ánimo lascivo, o en contextos de juegos amorosos. Algo peor estaban las cosas en el proyecto anterior que circuló en la comisión que integro, al hablarse de "penetración por cualquier medio", pues, bajo esta formulación, entraba también un lápiz o incluso un termómetro, mientras se lo hiciera en el contexto de apetitos sexuales. Pero el riesgo de tratar como "violación", es decir, como "abuso sexual de tercera categoría", casos de esa índole, sigue existiendo en el texto propuesto, porque tales episodios son descriptibles bajo la expresión "penetración sexual", al menos mientras el orificio de entrada perteneciera a órganos claramente referidos al trato sexual o eventualmente referibles a ello (genitales, ano, boca). ¿Qué problema hay en usar una expresión de larga tradición y que todo el mundo entendería, como "acceso carnal"? Si, en cambio, el problema es el orificio o vía de entrada, se puede agregar una fórmula de interpretación auténtica, como yo propongo, o el mismo aditamento de "por cualquier vía", para calificar al ya conocido "acceso carnal" y no una desconocida "penetración sexual". Cuando un intérprete se enfrenta a un texto nuevo, puede sentirse obligado a interpretarlo de modo diferente al texto anterior. Si, en cambio, siempre hubiéramos tenido en el Código la expresión "penetración sexual", en lugar de "acceso carnal", yo no propondría ningún cambio, sino que mantendría el concepto existente, mientras hubiera sido interpretado de modo razonable.

En mi opinión, es preferible darle contornos claros al órgano sexual requerido para que exista "acceso carnal" (aunque esto generó discrepancias sólo aislada-mente hasta hoy), mediante una interpretación auténtica, que propongo definir como "penetración del órgano viril en el cuerpo de otra persona"; mientras que con relación al problema del lugar en que se produce la penetración, sería factible que la interpretación sea complementada, por ejemplo, de este modo: "...por cualquier orificio; queda especialmente comprendida la penetración por vagina, ano o boca".

B. Las agravantes del actual artículo 122, trasladadas al artículo 119. También tengo serias diferencias con las agravantes incorporadas en el proyecto en el artículo 119, en los subincisos a), b), c), d), e) y f).

He tratado esta cuestión con sumo detalle en las sesiones de comisión, y en mi dictamen interno. Vuelco aquí sólo algunos puntos clave. Las agravantes tradicionales del artículo 122 deberían restringirse a casos prototípicos, quitando del grupo agravado las hipótesis que son similares a las centrales, pero no tan graves. Así, una cosa es el "tutor", por ejemplo, y otra "el encargado de la educación o guarda". El primero constituye jurídicamente una "institución", en la que están claras sus funciones obligatorias de protección. El se-

gundo tiene ribetes de alguna similitud, pero puede darse también en casos en que tal agravación es exorbitante. De hecho, el "encargado de la guarda" ha sido interpretado de modo muy amplio, de tal modo que incluso quien tiene a la víctima a su cargo por razones coyunturales responde como un sujeto "particularmente obligado". Aquí, nuevamente, el tabú de la moral sexual invade el derecho penal. En aquella medida en que los casos no centrales tienen algo de semejante con los que sí lo son, la escala penal del delito respectivo es ya suficiente para una medición de la pena justa, que tome en cuenta que se trata, por ejemplo, de un "encargado de la guarda", alguien de alguna similitud con un "tutor" (institución jurídica de límites definidos). Más que esto no hace falta.

Lo mismo ocurre con algunos casos de parentesco, como el "afín en línea recta". ¿Por qué se habrá de estar ante la nuera o la suegra en calidad de garante especial de su integridad sexual? Una cosa es el ascendiente y el descendiente, que debe abstenerse especialmente de atentar contra su pariente, en tanto el concepto del incesto siga siendo dominante en nuestras concepciones. Pero de allí a que haya que abarcar también a la "afinidad en línea recta" —tal la solución del derecho vigente, mantenida en el proyecto—, como si el abuelo del marido cometiera, al violar a la esposa de éste, un hecho tan grave como el del padre con la hija, hay una distancia. También aquí sería suficiente con el marco penal, para graduar la pena dentro del marco, con especial consideración al agregado —que bajo ciertas circunstancias puede llegar a ser hasta incoloro (ejemplo: el suegro viola a su nuera, a quien sin embargo apenas conoce porque residen en ciudades distantes)— del parentesco por afinidad. Una agravación como la del artículo 122 actual, que el proyecto mantiene en el artículo 119, inciso b), no hace falta.

En particular es por demás errada la inclusión del "ministro de algún culto", ministro que se quiere concebir de modo tan amplio, que se aclara: "...de algún culto, reconocido o no". Con ello se amplía en mucho la fórmula existente de "sacerdote". Con la previsión acordada, cualquier "gurú" que abuse de una "discípula" pasaría a cometer un abuso agravado, mezclándose ya, con el mayor oscurantismo, el tabú del sexo con el de la religión. Si se une a ello que la descripción típica básica es carente de contornos racionales "no pudiese consentir libremente", nos vamos al infierno. Ejemplo: la querellante declara ante el juez de instrucción que su director espiritual le dijo que no habría nada más noble que mantener relaciones sexuales entre sí, lo que ella consintió sólo porque el ascendiente espiritual era tan grande, pero tan grande, que ella no podía ya "consentir libremente el acto" (violación... y, además: agravada!). La inclusión del "ministro de cualquier culto" da toda la impresión de que se quiso ser moderno, amplio, igualitario con las iglesias, y lo que se lograría sería el ampliar la incidencia de las religiones dominantes en la represión sexual. Lo ideal sería suprimir la agravación por sacerdocio, que no hace ninguna falta, y en lugar de incluir a todos los pastores por igual. Se puede ser igualitario, sin represión. Si

el carácter de ministro de culto del autor del hecho puede implicar en casos especiales mayor contenido de disvalor —por ejemplo, porque el voto de castidad hubiera hecho confiar a la madre de un menor que su hijo estaría en buenas manos—, eso podrá ser suficientemente retribuido con una graduación justa dentro de la escala.

Otras inclusiones nuevas del proyecto, en cambio, me parecen aceptables, como se verá al ver que, en mi proyecto, algunas de ellas son recogidas en el artículo 122, que yo mantendría sin fundirlo con el artículo 119, aunque sólo por razones de tradición.

II. El artículo 3° del proyecto en estudio (artículo 120). La nueva regulación correspondiente al "estupro"

No más feliz me resulta la regulación propuesta para el delito de estupro, si es que se quisiera seguir llamando así a la conjunción de conductas sexuales contenidas en el proyectado artículo 120.

Ya la figura del estupro actual es de dudosa legitimación. No se trata de un delito de daño, sino de mero peligro abstracto, partiendo de la base de que el acto sexual con mujeres menores de cierta edad, en principio, puede ser nocivo, aun cuando no hay ninguna prueba, en cada caso, de que lo sea efectivamente. Para muchas mujeres el llegar a su primera experiencia sexual es una meta a la que aspiran desde temprana edad y cuya falta es vivida con frustración. La incriminación de ese acto para el compañero ocasional, por vía de la punición vigente del "acceso carnal con mujer honesta menor de quince años", puede ser una mala solución.

Sin embargo, tampoco estamos dispuestos a borrar de un plumazo el juicio disvalioso que en principio nos despierta la conquista sexual que un hombre relativamente adulto hace de una chica de segundo año del secundario. No se ve, pues, de qué modo podemos mantener la represión de ese hecho sin incluir casos cuya punición es, con frecuencia, la peor salida. El proyecto propone derogar, además, la excusa absolutoria de casamiento ulterior con la ofendida, lo cual podrá parecer "muy moderno", pero agrava la situación en aquellos casos en que el hecho ocurrió realmente en el seno de una pareja que terminó evolucionando tempranamente hacia el trato sexual de adultos. Con todo, dicha excusa absolutoria tiene la desagradable reminiscencia de que lo delictivo es el sexo extramatrimonial, fundiéndose allí delito y pecado en una aleación irreversible. Pero, como contrapartida, hay que ofrecer algo correspondiente. Si desaparece la excusa absolutoria del matrimonio posterior al delito, debemos concebir otra causal de desincriminación para ciertos casos. El proyecto intenta hacerlo en el artículo 15, que sustituye el texto del artículo 132 Código Penal por otro nuevo) con una fórmula que se inspira, por lo que me parece, en mi propuesta de dejar en manos del juez la posibilidad de eximir de pena cuando mediaren entre autor y víctima relaciones personales que lo justificaran. Pero la regulación alternativa propuesta por el texto aprobado en comisiones es algo intrincado y con-

fuso, sujeto además a las cláusulas de importante injerencia estatal, de los artículos 76 ter y 76 quater del Código Penal vigente, mientras que de lo que se trata es de buscar la forma de desincriminar aquellas conductas que realizan el hecho típico, pero en las que es claro que no se da la posibilidad del riesgo temido en el peligro abstracto. Sigo creyendo preferible mi propuesta, por ende, a la del proyecto.

Pero no es sólo la forma en que se puede salir de la incriminación la que me separa de la propuesta oficial, sino la enorme ampliación de la tipicidad que se produce al incluir, además de a la mujer como víctima, también a los varones; y al sustituir la restricción a víctimas que carecieran de experiencia sexual, o mejor, que guarden conducta de pudor y castidad en la vida social (como lo hace la ley vigente con la formulación tradicional de "mujer honesta", que no es un desacierto, como se cree con cierta ligereza), por una fórmula nuevamente genérica y vaga. En apariencia, se trata de lo mismo: "...aprovechándose de su inmadurez sexual..." Pero esta apariencia engaña: al agregarse ejemplos de tal aprovechamiento, tales como: "en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente" (!), podrá ocurrir que el "preeminente" termine preso, a pesar de que la víctima, como tal, sabía a qué se exponía y consintió el acto con los riesgos que cualquier persona asume en el inicio (o continuación) de su vida sexual.

Los riesgos de esta disposición son enormes, y se amplían al llevar la edad límite de estupro, de 15 años, a 16. No es que este límite sea exagerado como tal; de nuevo: si siempre hubiera regido así, cabría continuar la tradición. Pero si hasta hoy el límite estaba dado por "la fiesta de 15", ¿por qué haría falta llevar la edad un año más arriba si, a diferencia de hace 75 años la mujer tiene hoy, desde niña, una vasta información sobre sexo y sus consecuencias? En todo caso se entendería, sí, una reducción, de 15, a 14 años; pero un aumento, al menos a mí, me parece irrazonable y socialmente innecesario. Esto no significa que no pueda haber algunos casos en que el llevar a una relación sexual a una adolescente de 15 años cumplidos, o acaso más, pueda ser muy reprochable (tanto más reprochable cuanto mayor y experto fuera el autor y menos desarrollada fuera la víctima en su madurez, intelecto y espíritu). Pero eso puede ocurrir incluso con mujeres o varones de 23 años inseguros ante el sexo. Y si queremos incluir todo caso imaginable en una formulación amplia, también es seguro que por esa vía se incriminarían muchos comportamientos que entran en el orden más normal imaginable de la vida cotidiana, y que algunos padres, incluso, propician. ¿Es que serían instigadores de un delito?

Todos estos riesgos se potencian, por último, con la inclusión, como conducta típica, no sólo del "acceso carnal", sino de los casos de "sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima", del artículo 119 propuesto. Por definición, en el artículo 120 estamos ante casos en que la víctima consiente el acto; pero si la nueva modalidad del "abuso intermedio" también es

incluida en el artículo 120, habrá que partir del presupuesto de que ciertos actos, incluso consentidos, son "gravemente ultrajantes para la víctima". Si unimos todo esto al hecho de que se eleva la edad, se amplían las personas que pueden ser víctimas y se flexibiliza la restricción de la "conducta pudorosa" ("honestidad") al cambiarla por "aprovechamiento por preeminencia", se estará dentro de "lo delictivo" en un número de casos difícil de determinar, pero seguramente en situaciones en que el hecho no se apartaría para nada del orden social deseable.

Respecto de las agravantes, valen consideraciones similares a las formuladas supra, punto I.

III. La derogación del estupro por fraude (artículo 121)

El artículo 121 del Código Penal vigente contiene una regulación que puede mover a risa al observador poco avezado, pero que, dado que ha existido hasta hoy, y que la solución político-criminal dada al caso, hoy teórico, no es errada, sería preferible conservarla tal como está, o más bien ampliarla al fraude que una mujer hiciera con un hombre incauto.

Se trata de la punición del "tener acceso carnal abusando del error de una mujer fingiéndose su marido". En tiempos de matrimonios por poder, y entre personas que no se conocían, o que se conocían muy vagamente, en tiempos, además, en que las relaciones extramatrimoniales eran menos generalizadas o sospechadas socialmente de disvaliosas, el tipo penal tenía una razonabilidad que hoy, con seguridad, ha perdido. En esto concedo un punto de razón a la derogación, que el proyecto propone a este respecto.

Es cierto, en efecto, que con ello no se produciría ningún problema político-criminal, porque, normalmente, el hecho en sí no ocurre nunca. Pero, pregunto: ¿Y si ocurriera? En los tiempos corrientes no es usual el matrimonio por poder entre personas poco conocidas; pero esto es así en nuestro contexto cultural. Al ámbito de aplicación del derecho penal argentino, sin embargo, pueden entrar sujetos provenientes de otras culturas, en las que acaso el hecho no sea tan infrecuente ni incoloro para la víctima. Por lo demás, los adelantos actuales en materia de "efectos especiales" hace factible la caracterización de una persona con un aspecto idéntico al de otra. Los casos de hermanos gemelos implican, por lo demás, un riesgo siempre existente de que el hecho, en sí, pueda ocurrir.

Desde el punto de vista estrictamente dogmático, el caso es paralelo a lo que técnicamente se denomina "error sobre el motivo" (o bien: "error de motivación"): la víctima no es engañada acerca de lo que hace, sino acerca de alguna circunstancia que incide sobre su significación, una significación que de haberla conocido, no realizaría esa conducta. *Exempla docet*: Por perversidad, un médico le dice a una mujer embarazada que su hijo tiene un cromosoma excedente, y que, por tal razón, se está gestando con malformaciones graves; la mujer, aunque sabe que eso no es causa de justificación jurídica de la interrupción del embarazo, lo considera de todos modos éticamente suficiente como para

tornar aceptable un aborto, y así lo hace. El niño era normal. Aquí no hay un error sobre el hecho típico (aborto), ni sobre su justificación, pero sí hay un error de motivación que, para gran parte de la gente, puede tornar razonable la conducta en cuestión. Ello agrava la situación del médico, como si se tratara de "aborto sin consentimiento de la mujer" (técnicamente: autoría directa de aborto con consentimiento + autoría mediata de aborto sin consentimiento). Es lo que la doctrina tradicional describía bajo la confusa fórmula de que el consentimiento de la mujer no debía tener "vicios de voluntad". En suma, habría respecto del médico un aborto sin consentimiento de la mujer, a pesar de que ella, realmente, consintió, y que, por eso mismo, es punible por su consentimiento en sí dado. El error de motivación tiene que tener, sin embargo, el significado análogo al de la suposición de circunstancias justificantes (cuasi-justificación). Por ello, no tendría el mismo efecto el error de motivación por el cual la mujer practica el aborto por la creencia de que, de ese modo, el novio seguirá saliendo con ella, lo que luego se revela como falso.

Llevada la misma estructura esto al acto sexual, el carácter simulado de ser el esposo (una hipótesis extraña en la vida moderna, pero no inconcebible) determinaría un error de motivación también relevante, que dejaría de serlo, por ejemplo, si se engañara a la compañera acerca de la cantidad de fortuna de que se dispone (aun cuando, subjetivamente, el dinero del partner fuera realmente la razón excluyente de prestarse al acto con él, mientras que el matrimonio en sí le resultara, a esa compañera, indiferente). Y si se piensa, en que el proyecto define la violación del artículo 119 por medio de un genérico "no haya podido consentir libremente esta innovación", unida a la derogación del artículo 121, conduciría a que, si se diera realmente el caso descrito en el artículo 121, habría que aplicar la pena de la violación (6 a 15 años de reclusión o prisión), en lugar de la prevista por el artículo 121 vigente, equivalente a la del estupro. Por ello, especialmente si se mantiene la desatinada previsión sobre violación por "falta de consentimiento libre" en el artículo 119, sería preferible mantener la regulación del artículo 121.

Aunque mi proyecto define la violación del modo tradicional, igualmente entiendo que el mantener el artículo 121 no produce ningún daño real y cubre de eventuales vacíos para el improbable caso de que el hecho suceda de verdad. Más, en razón de que aquí lo decisivo no es la penetración con órgano viril, sino el fraude en sí, propongo extender, como dije, el tipo del artículo 121, al caso de la mujer que obtiene el acto sexual fingiéndose la esposa de su compañero. Concedo que desde el punto de vista político-criminal esto parece burdo, pero, técnicamente, no es objetable; y en cualquier caso, comb solución hipotética, es justa.

TERCERA PARTE

Propuesta alternativa

El proyecto que sigue es propuesto como alternativa del aprobado por las comisiones. Su fundamen-

tación, al menos en parte, puede verse sugerida por las consideraciones anteriores. Por lo demás, mi fundamentación podrá ser ampliada en su momento, al ser debatido el proyecto en el recinto.

Texto completo del articulado alternativo

El Senado y la Cámara de Diputados,...

Artículo 1º – Sustitúyese la rúbrica del título III del libro segundo del Código Penal, “Delitos contra la honestidad”, por el de “Delitos contra la integridad sexual”:

2. Sustitúyese la rúbrica del capítulo II del título III del libro segundo del Código Penal, “Violación y estupro”, por el de “Abusos sexuales”.
3. Sustitúyese la rúbrica del capítulo III del título III del libro segundo del Código Penal, “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”, por el de “Corrupción y ultrajes al pudor”.

Art. 2º – Sustitúyese el artículo 119 del Código Penal, por el siguiente texto:

Artículo 119:

1. Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare de otro, haciéndole padecer en su persona actos sexuales o haciéndole realizarlos sobre sí mismo o con terceros, si se dieran las siguientes circunstancias:
 - a) Que la víctima fuere menor de doce años, en cuyo caso la mera edad será suficiente para la incriminación del acto;
 - b) Que el autor se aprovechare de persona privada de razón o de sentido o por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir;
 - c) Que el autor usare de fuerza o intimidación.
2. La pena será de tres a diez años de prisión cuando el hecho, por su duración o vejatoriedad, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.
3. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, cuando hubiere acceso carnal. Se entiende por acceso carnal la penetración del órgano viril en el cuerpo de otra persona, por cualquier orificio; queda especialmente comprendida la penetración por vagina, ano o boca.

Art. 3º – Sustitúyese el artículo 120 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 120 [Propuesta 1]: Será reprimido con prisión de tres a seis años, si no resultare un deli-

to más severamente penado, el que tuviere acceso carnal con mujer honesta menor de quince años.

Artículo 120 [Propuesta 2]: Será reprimido con prisión de tres a seis años, si no resultare un delito más severamente penado, el que tuviere acceso carnal con una niña menor de quince años, aprovechándose de su inexperiencia sexual.

Art. 4º – Sustitúyese el artículo 121 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 121: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años el que tuviere acceso carnal aprovechándose del error de una mujer ante la que finge ser su marido, al igual que la mujer que llegare al acto sexual aprovechándose de un hombre ante el que finge ser su esposa.

Art. 5º – Sustitúyese el artículo 122 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 122:

1. En los casos del artículo 119, la escala penal será aumentada en un tercio del mínimo y del máximo, cuando:

- a) Resultare un grave daño en la salud de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, tutor o curador de la víctima o el cónyuge facilitare su comisión por parte de otras personas;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y el modo de comisión del hecho hubiere implicado el peligro de contagio;
- d) El autor cometiere el hecho con el concurso de dos o más personas;
- e) El hecho fuere cometido como método de tortura;
- f) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a la fuerza de seguridad y el orden, en ocasión de sus funciones.

2. En todo supuesto del mismo artículo, la escala penal podrá ser disminuida con arreglo a la forma prevista en el artículo 44, primer párrafo, cuando, por las relaciones personales entre la víctima y el autor, se dieran considerables circunstancias atenuantes.

Art. 6º – Sustitúyese el artículo 123 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 123:

1. En el caso del artículo 120, la escala penal será aumentada en un tercio del mínimo y del máximo, cuando:

- a) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, tutor o curador de la víctima;

b) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y el modo de comisión del hecho hubiere implicado el peligro de contagio;

c) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a la fuerza de seguridad y el orden, en ocasión de sus funciones.

2. En el supuesto del mismo artículo, el tribunal podrá eximir de pena al autor menor de veintiún años, cuando las relaciones personales entre él y la víctima lo hicieren aconsejable.

Art. 7º - Sustitúyese el artículo 124 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 124: Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinte años, cuando, en los casos del artículo 119, resultare la muerte de la persona ofendida.

Art. 8º - Sustitúyese el artículo 125 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 125:

1. Será castigado con reclusión o prisión de tres a diez años el que, con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de menores de dieciocho años.

2. La escala penal será de reclusión o prisión de cuatro a quince años cuando la víctima fuere menor de doce años.

3. La escala penal que correspondiere en cada caso será aumentada en un tercio del mínimo y del máximo, si no resultare un delito más severamente penado, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, de poder, de una relación de dependencia o cualquier otro medio de intimidación o coerción, así como también cuando el autor fuere ascendiente, cónyuge, tutor o curador de la víctima.

4. Para que un acto determinado sea considerado como corrupto, será necesario que pueda ser calificado como desviado, depravado o perverso. Para tal calificación no será suficiente la mera diferencia de edad entre dos partes de una relación.

Art. 9º - Sustitúyese el artículo 126 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 126: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mayores de edad, mediante violencia, amenaza, abuso de autoridad, de poder, de una relación de dependencia o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

Art. 10. - Sustitúyese el artículo 127 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 127: Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, el que, mediante violen-

cia, amenaza, abuso de autoridad, de poder o de una relación de dependencia, de cualquier otro medio de intimidación o coerción, explotare el ejercicio de la prostitución de una persona, percibiendo ganancias que ella obtuviere por tal actividad.

Art. 11. - Sustitúyese el artículo 127 bis del Código Penal, por el siguiente texto:

Artículo 127 bis: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años, el que, mediante violencia, amenaza, abuso de autoridad, de poder o de una relación de dependencia, o de cualquier otro medio de intimidación o coerción, promoviere o facilitare la entrada de una persona al país, o su salida de él, a fin de que ella ejerza la prostitución.

Art. 12. - Sustitúyese el artículo 128 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 128:

1. Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas, como películas o fotografías en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.

2. En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hiciere manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen.

3. Cuando los hechos previstos en el inciso 1 de este artículo fueren cometidos en la forma de explotación económica de los menores, el hecho se regirá por las normas que reprimen la corrupción o prostitución de menores.

4. Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien suministrare a menores de catorce años material pornográfico que, por sus particularidades, pudiera perjudicar el normal desarrollo del menor, tales como imágenes repugnantes o desviadas para la edad.

Art. 13. - Sustitúyese el artículo 129 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 129:

1. Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otro actos de exhibiciones obscenas realizados de tal modo que sean percibidos involuntariamente por terceros.

2. La escala penal será de seis meses a cuatro años de prisión, cuando el tercero afectado fuere un menor de dieciocho años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de doce años.

Art. 14. – Sustitúyese el artículo 130 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 130:

1. Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de fuerza o intimidación con el fin de hacerla víctima de un delito contra su integridad sexual o de obligarla a intervenir en la comisión de un delito de esta especie.

2. La misma escala penal será aplicable al que, con el mismo fin, sustrajere o retuviere a un menor de doce años, aunque hubiere dado su asentimiento.

Art. 15. – Derógase el artículo 131 del Código Penal.

Art. 16. – Derógase el artículo 132 del Código Penal.

Art. 17. – Sustitúyese el artículo 133 del Código Penal por el siguiente texto:

Artículo 133:

1. El ascendiente, descendiente, cónyuge, tutor o curador de la víctima de un delito previsto en este título, que hubiere cooperado por comisión u omisión en la realización del hecho cometido por otro, será punible con la escala penal prevista para los autores.

2. Cuando la calidad personal del participante determine la agravación del marco penal de un delito de esta índole, será aplicable la escala penal más grave.

Art. 18. – Incorpórase como inciso 5 del artículo 50 del Código Penal el siguiente texto:

5. Por la renuncia del agraviado, respecto de toda forma de abuso sexual cometida por un cónyuge contra otro.

10

**INSERCIÓN SOLICITADA POR LA SEÑORA
DIPUTADA GUTIERREZ (D. B.)**

**Opinión de la señora diputada acerca del proyecto
de ley sobre modificación del Código Penal
en materia de delitos contra la honestidad**

Señor presidente:

Consideración general

En la sesión especial realizada en esta Cámara con motivo de la celebración del Día Internacional de la Mujer, nos comprometimos a dar tratamiento en el mes de mayo a los numerosos proyectos de ley presentados para reformar uno o varios artículos del título del Código Penal denominado –actualmente– “Delitos contra la honestidad”.

No con pocos esfuerzos y cediendo cada uno posiciones más personales o técnico-jurídicas que políticas, hemos podido llegar a esta sesión con un dictamen de las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad.

Existiendo varios proyectos orientados a dar una mayor protección a las mujeres víctimas de estos delitos y otros que perseguían mayor protección cuando las víctimas eran menores de edad, logramos superar esa falsa antinomia que pretendía una contradicción entre los mismos, compatibilizando los intereses de ambas posiciones.

Y venciendo la resistencia que a veces provoca la reforma de varios artículos del Código Penal que durante más de 70 años han sido aplicados, comentados, aplaudidos y criticados en cada uno de sus vocablos, hemos encarado con audacia esta reforma, realizando una modificación integral del título que comienza con cambiar su propia denominación modificando así no sólo el concepto sino el contenido del bien jurídico tutelado. No es ajeno a nuestro conocimiento que el cambio producirá cierto desconcierto, en quienes tienen la alta responsabilidad de administrar justicia, quizá críticas, y vaivenes en las decisiones hasta tanto se afiance toda una nueva concepción en el tema.

Bajo este título el Código había tratado de subsumir varias figuras, a veces disímiles entre sí, y por lo tanto difícil a la hora de definir claramente el bien jurídico tutelado, que resultare común a todas ellas, es así que la idea de honestidad como tal ha sido para algunos incompleta, para otros inadecuada al contenido de la figura delictiva. Aun dejando de lado el concepto visto desde la concepción moral, que ha hecho confundir alguna vez la acción inmoral con la acción delictiva, fruto de la influencia religiosa. Lo cierto es que la doctrina, en general, lo entendió como impropio por el concepto en sí mismo o por defecto, al no considerar otros intereses comprometidos.

Porque entendemos que las pautas culturales han variado, las conductas han variado y ello debe trasuntarse en las normas que castigan las acciones que vulneran la sexualidad de las personas, tanto en su libertad como en su normal desarrollo.

Porque estamos hablando de delitos muy especiales, poco comparables con el resto de los contemplados en el Código Penal. Cuando estos delitos se cometen contra niños, sobre todo contra niños muy pequeños, generan inmediatamente una reacción de rechazo, indignación y reclamo de justicia unánime. Y avanzamos en la protección de niños y adolescentes de uno y otro sexo, aún inmaduros para comprender el significado de una relación sexual, suprimiendo aquella frase de mujer honesta que prevé el actual estupro, que implicaba que únicamente la mujer de 12 a 15 años podía ser víctima y que la calidad de honesta no se presumía sino que había que probarla en cada caso.

Pero más allá de estos casos el hecho emblemático y más contradictorio es el de la violación cometida por un hombre contra una mujer, adulta o adolescente que ya tiene formas de mujer, porque se pensaba y lamentablemente algunos lo siguen haciendo, que había una tácita provocación en las mujeres que ya sea por su forma de vestir o por actitudes independientes no guardan el pudor y el recato que correspondía a una mujer decente. Ello servía de argumento para que cualquier hombre que se sintiera atraído por ella se sintiera con

derecho a forzar una relación sexual, aunque la mujer no la consintiera y si el autor lograba su cometido, comenzaba allí una nueva historia, o mejor dicho digamos que comienza allí una nueva historia. Porque aunque vislumbremos un futuro distinto si le damos media sanción a este proyecto, si después se convierte en ley y quienes deban aplicarla interpretan correctamente el sentido de la misma, la realidad es que hoy, en la mayoría de los casos, las cosas siguen ocurriendo de la misma manera.

Por lo tanto, no hablaré en tiempo pretérito, sino en presente. Y decía que una vez consumada la violación, la víctima deberá tomar, ya que se trata de un delito cuya acción es dependiente de instancia privada, la decisión personalísima de realizar o no la denuncia. Y la decisión no es fácil de tomar, porque a diferencia de otros delitos, la víctima siente vergüenza por lo que le ha ocurrido. Cualquiera puede comentar coloquialmente haber sufrido un hurto, un robo, una estafa, una lesión. Nadie podría manifestar ligeramente haber sido víctima de una violación. Las estadísticas, con todas las imprecisiones que pueden tener en estos temas, coinciden sin embargo en que es más bajo el porcentaje de las violaciones que se denuncian de las que realmente ocurren. Porque muchas mujeres prefieren mantener en silencio lo que les pasó (muchas de ellas culpándose injustamente de la agresión), antes que exponerse a un proceso donde ella será igual o más investigada que el autor y deberá reiterar los detalles del hecho. Y lamentablemente estas actitudes han consagrado la impunidad de violadores que continúan delinquiendo del mismo modo contando con el silencio de sus próximas víctimas cuando la decisión es formalizar la denuncia, e intentar que el violador sea castigado con las severas penas que establece el Código, la suerte no siempre es la misma. Porque en la mayoría de los casos, víctima y victimario coinciden en la realización del acceso carnal o penetración sexual, lo que va a variar es la interpretación que cada uno va a hacer de lo ocurrido y entonces deberá ser la víctima la que pruebe que resistió la agresión hasta el límite de sus fuerzas y recién allí podrá haber una condena.

Es por ello que con la reforma que se propicia ya no se exige que la víctima no pueda resistir sino que no pueda consentir libremente la acción.

Decíamos hoy que las pautas culturales han cambiado y ello debía trasuntarse en las normas.

Sinceramente debemos decir que no es ajena al contenido de este nuevo título del Código Penal la gran evolución pacíficamente producida en la situación social de la mujer y la larga lucha por llevar a las legislaciones nacionales todas las propuestas que fueron generándose a través de los años, no pudiendo dejar de mencionar la labor producida por la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEFD), las conferencias internacionales de la mujer de México en 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985, Beijing 1995 y para Latinoamérica la Convención de Belem do Pará, para la Prevención, Sanción y la Erradicación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer.

Todas ellas han ido produciendo un cambio en la concepción de cuál debe ser el rol de la mujer en la sociedad, que ha generado la convicción de que debemos buscar los canales adecuados para promover los propios derechos y asimismo materializar propuestas de transformación social que aun cuando no son exclusivas de la mujer, hacen a la mejor convivencia y significan un paso más en la lucha contra la discriminación.

Fruto de este pensamiento fue la derogación, hace unos años ya, del adulterio como figura delictiva del Código Penal.

Tal vez una de las críticas que recibe esta propuesta es que no reconoce la heterogeneidad de las culturas de los distintos lugares de nuestro país al legislarse en base a nuevas concepciones que aparecen consolidadas en foros internacionales. Aceptar esto, sería blanquear las situaciones de verdadero deterioro de la vida de las mujeres en algunos lugares del país, sometidas a distintos tipos de violencia, que incluye la sexual, sin permitir que ellas mismas tengan los instrumentos adecuados para luchar y sobreponerse.

No debemos olvidar que el poder de la masculinidad ha sido legado y reproducido como ideología de generación en generación, de tal modo que el cambio que requiere la aplicación de la nueva legislación implica ir demoliendo años de cultura.

Históricamente se ha relacionado al amor con la conquista y la violencia. Históricamente el hombre la ha maltratado, utilizándola para sentir placer, para reproducirse, para exhibirla, para vengarse de sus enemigos.

La Corte Penal Internacional de La Haya, en junio de 1996, dictó un fallo ejemplar que por primera vez reconoce como crímenes de guerra el rapto y la violación, condenando a ocho oficiales serbio-bosnios por haber raptado y violado a mujeres musulmanas en la guerra de la antigua Yugoslavia.

Los bienes jurídicos que este nuevo título del Código Penal protege, ya no son el pudor, la reputación, las buenas costumbres que formaban en conjunto la honra familiar, pero siempre referida a la ofensa que recibía el hombre de la familia cuando se deshonraba a las mujeres que le pertenecían, sean ellas esposas, hijas, madres o hermanas.

El bien jurídico que el proyecto que estamos tratando protege es la integridad sexual, entendida como la libertad de toda persona, hombre o mujer, para decidir sobre su vida sexual entendida como el respeto al derecho de cada persona, hombre o mujer, de tener un normal desarrollo sexual y concibiendo este concepto como el desarrollo integral de cuerpo y psiquis que configuren una verdadera madurez para la sexualidad.

Es cierto que este proyecto ha sido impulsado mayoritariamente por mujeres, pero justo es reconocer que el mismo no podría ser aprobado si no contáramos con el apoyo de los diputados varones que integran esta Cámara. Una prueba más de que las construcciones que nuestra sociedad requiere debemos hacerlas hombres y mujeres en conjunto.

La última frase, "y hubiere existido peligro de contagio", debe tomarse en cuenta cuando la agravante se aplique al segundo párrafo del artículo 119 (abuso sexual grave) ya que según las características propias de cada caso, podrá determinarse si hubo o no peligro de contagio.

Cuando hubiese acceso carnal, se entiende que siempre hubo peligro de contagio, porque aun cuando el autor tuviese la precaución de colocarse un profiláctico antes de proceder a la penetración, ello no descartaría totalmente el peligro.

Por el inciso d) se contempla como agravante que el hecho fuera cometido por dos o más personas, o con armas. Por el inciso e) se agrava cuando el hecho fuera cometido por personal de fuerzas de seguridad en ocasión de sus funciones y por el inciso f) cuando fuera cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

Finalmente se contemplan las agravantes del abuso sexual previsto en el primer párrafo del artículo con una pena de tres a diez años de reclusión o prisión.

Artículo 3º: Sustituye el artículo 120 del Código Penal, denominado actualmente como "estupro", incluyéndose en él las acciones previstas en el segundo y tercer párrafo del artículo 119 y considerando que la víctima es una persona menor de 16 años. Se suprime el requisito de mujer honesta, que prevé la legislación vigente, tanto la víctima como el sujeto activo podrán ser mujer o varón y se eleva la edad a menor de 16 años.

Discutiéndose la conveniencia de precisar la edad del sujeto pasivo en mayor de trece y menor de dieciséis, se convino en la redacción final al solo efecto de evitar impunidades como el ejemplo muy reiterado del caso de una persona que tenga acceso carnal consentido con una menor de 12 años, creyendo verosímelmente que la misma tenía más edad, en cuyo caso no sería de aplicación el artículo 119 ni tampoco el 120 y el hecho no sería reputado delito.

Pero de ninguna manera podría llegar a entenderse que conociendo o presumiendo el autor la edad de la víctima, este artículo podría aplicarse cuando el menor tuviera menos de trece años, ya que siempre sería de aplicación el artículo 119.

Artículo 5º: Sustituye los artículos 125 y 125 bis, del actual Código, separando en dos artículos: la corrupción de menores, en un artículo, y la prostitución de menores, en otro; tratando de llevar claridad a la tipificación de los mismos. Por lo tanto, el nuevo artículo 125 contempla únicamente la promoción y facilitamiento de la corrupción de menores de 18 años, siguiendo los lineamientos de la ley 17.567, modificada después por la 23.077. También se vuelve a la ley 17.567 en cuanto no se exigen los elementos subjetivos del tipo: el ánimo de lucro y la satisfacción de deseos propios o ajenos. Siendo un tipo penal que requiere el dolo directo: querer la depravación de la víctima, consideramos que esa conducta es lo suficientemente reproachable como para exigir que concurren

además otros elementos subjetivos. De mantenerse la exigencia, no sería punible quien pretende la corrupción para que otro se beneficie económicamente, por ejemplo: la propia víctima, o cuando el hecho se cometa para satisfacer deseos distintos de los sexuales, por ejemplo: odio o venganza.

Se aparta, sin embargo, la reforma, de la introducida por la ley 17.567, inspirada por Soler, en cuanto aquella definía cuáles eran los actos de corrupción (actos sexuales perversos, prematuros o excesivos), por entender que esa enumeración es limitativa y puede dejar fuera del tipo otras acciones que igualmente pueden llevar a la corrupción por ser objetivamente aptas para depravar y lograr una alteración o modificación psíquica con incidencia en la personalidad sexual de una persona que es distorsionada y sacada del cauce natural del desarrollo, ya sea por una prematura evolución, ya sea porque se acepta como normal lo que es aberración, desvío o exceso.

Se mantiene en el artículo 125 el facilitamiento de la corrupción junto a la promoción, por entender que también es una conducta reproachable. El facilitador, a diferencia del promotor, puede concurrir por acción u omisión (por ejemplo: las autoridades de un colegio, que estando en conocimiento de prácticas sexuales corruptoras realizadas con sus alumnos, no las impidan).

Este artículo, junto a los tipificados en los artículos 6º, 3º y 16 (trata de menores) son los más fuertemente ligados al concepto vertido como bien jurídico protegido: la integridad sexual, ya que configuran una verdadera injuria a la integridad física de la víctima que, por su falta de madurez, no puede verdaderamente expresar consentimiento válido alguno, y el ser víctima de alguno de estos delitos perjudica su integridad como persona, entendiendo como tal el derecho de alcanzar una madurez equilibrada entre lo físico y lo psíquico.

Estos delitos cometidos contra los menores tipifican conductas punibles tanto los considerados genéricamente como abuso de menores, cuya mayor incidencia estadística se produce en las relaciones intrafamiliares, como aquellos referidos al comercio de niños para su explotación; situación que está proliferando en el mundo; cuando es para el ejercicio de la prostitución dentro del territorio nacional se lo ha incluido en el artículo 6º y en el 16 para quien promoviera o facilitara la entrada o salida del país de menores.

Estos artículos plasman en la legislación penal lo ya contenido en la Convención de los Derechos del Niño, como recomendación a los Estados de impedir la "coacción o la incitación para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y la explotación de niños en espectáculos o material pornográfico".

Artículo 15: Por medio de este artículo se sustituye el artículo 132 del Código Penal, que actualmente exige de pena al autor por el matrimonio con la víctima, y se establece en su reemplazo un instituto novedoso: la posibilidad de que la víctima proponga un avenimiento con el imputado. Quedará como facultad del tribu-

nal aceptar o no la propuesta, debiendo para eso cumplirse algunos requisitos: 1) que haya sido formulada libremente; 2) en condiciones de plena igualdad; 3) que se compruebe que haya existido una relación afectiva preexistente; 4) que la víctima fuese mayor de dieciséis años. Respecto al último requisito, debe considerarse que la víctima debe ser mayor de dieciséis al momento de proponer el avenimiento, aunque haya sido menor al momento de cometerse el hecho. Ello reviste importancia porque consideramos que no podemos prohibir esta posibilidad a las víctimas del delito previsto en el artículo 120, actualmente denominado "estupro", en el que puede darse con mayor frecuencia la existencia de una relación afectiva que puede no haber variado para el sujeto pasivo al llegar a los dieciséis años y teniendo especialmente en cuenta, en estos casos, que la decisión de instar la acción no la toma la víctima sino sus representantes legales, muchas veces contra la voluntad de aquélla.

Artículos 16 y 17: La verdadera tipificación de esta conducta como delito, se produce cuando estamos frente a un sujeto que promueve o facilita la entrada al país de menores de 18 años para que ejerzan la prostitución (agravando el delito según fuera el sujeto pasivo menor de 13 años, o cuando sea producto del engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de la educación o guarda) y en el artículo siguiente se tipifica la conducta como delictiva cuando el sujeto pasivo fuera un mayor y mediara engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción. El contenido de ambos artículos ya estaba legislado en Código Penal, artículo 127 bis, y no es otra cosa que reprimir la actividad conocida como "trata de personas o de menores", abordado a principios de siglo por la Naciones Unidas en el estudio realizado en 1906, sobre trata de personas y prostitución. Se mantiene la calidad de figura delictiva de resultado anticipado, tal como lo citó S. Soler, toda vez que la consumación del delito se produce con el logro de la salida o entrada al país, basta que en ese momento la intencionalidad estuviese orientada a que la víctima ejerza la prostitución, no siendo relevante que finalmente se produzca o no. La reforma propicia el tratamiento por separado de estas conductas delictivas, según sea la víctima menor o mayor de 18 años, imponiéndose una pena mayor para el caso de los menores.

El artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, recomienda a los países "impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma", lo que es reiterado ya como compromiso de legislar el carácter delictivo de la explotación sexual del niño, en el Congreso Mundial contra la Explotación Comercial de Niños, realizado en Estocolmo, Suecia, en el año 1996.

Ojalá logremos los objetivos propuestos: el primero, allanar el camino para lograr el castigo a los delincuentes, no a los que no lo son, y el segundo, más pretencioso pero no desestimado, de que disminuyan

las agresiones y abusos sexuales. Respetando el derecho de cada individuo a su intimidad, a su libre determinación y prácticas sexuales, pero sin vulnerar la libertad y los derechos de los demás.

Consideración en particular

Artículo 2º: Por este artículo se sustituye el artículo 119 del Código Penal, contemplándose en él la figura del abuso deshonesto del actual artículo 127, denominándolo en la nueva redacción "abuso sexual", incorporándose el abuso sexual grave como nueva figura y la violación del actual 119, aunque ya no se la denomine de esa manera, en virtud de la derogación de las rúbricas prevista en el artículo 1º de esta ley.

Se incorporan en el mismo artículo las agravantes previstas en el Código actual en los artículos 122 y 127.

La nueva denominación es la de "abuso sexual", con tres gradaciones y tres escalas penales distintas, aunque para los dos abusos más graves se prevé la misma escala penal cuando existan agravantes.

Se eleva de menor de 12 años a menor de 13 años la edad de la víctima para la cual la ley considera que está incapacitada para comprender el sentido de los actos sexuales y que se encontraba prevista en el inciso 1 del artículo 119, se sustituyen las circunstancias previstas en los incisos 2 y 3 del mismo artículo por los de violencia, amenaza, abuso coactivo o intimatorio 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.

Con esta modificación, ya no es necesario demostrar que la víctima opuso resistencia o que existieron circunstancias que le impidieron resistir, basta con que no haya podido consentir libremente.

El tipo se configura con el abuso de una relación de dependencia, autoridad o poder. Esta es una tipicidad nueva, que era necesario incluir expresamente, ya que buena parte de la doctrina sostiene que con la redacción actual del artículo 119 no es suficiente para configurar la violación el aprovechamiento de una relación de dependencia y que la misma sólo puede funcionar como agravante de una violación en sí misma típica. Con la nueva redacción podrán penarse, por ejemplo, los abusos cometidos aprovechándose de una situación de poder o dependencia física o psíquica en el marco de las relaciones laborales, en las cárceles o grupos sectarios.

En el tercer párrafo de este artículo se pena el abuso sexual con acceso carnal.

Las diferencias entre el actual 119 y la reforma que se propone es que mientras aquél decía "...el que tuviere acceso carnal..." éste dice "...hubiere acceso carnal por cualquier vía".

Notamos en la modificación dos importantes diferencias, la primera, que se cambia el verbo "hubiere" por "tuviera" y la segunda que se agregó "por cualquier vía". Entendiéndose el acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino, casi unánimemente la doctrina y la jurisprudencia han sostenido hasta aho-

ra que sólo un hombre puede ser sujeto activo porque es el único que puede "tener" acceso carnal.

El nuevo artículo ya no requiere que el autor "tenga" acceso carnal, sino que en el abuso sexual "hubiere acceso carnal". Ello permite deducir, de acuerdo a lo sostenido solitariamente por Fontán Balestra, que tanto la mujer como el varón homosexual pasivo pueden ser autores de este delito, sin lugar a dudas cuando la víctima es un varón menor de 13 años y no descartándose para el resto de los casos, que deberán evaluarse de acuerdo a sus circunstancias particulares.

La segunda gran diferencia es la incorporación de la frase "por cualquier vía".

Hasta ahora se había coincidido en que el acceso carnal es típico cuando se realiza por vía vaginal o anal. Las mayores discrepancias se han originado en cuanto al coito oral, que en algunos casos se ha tomado como acceso carnal y en otros como abuso deshonesto. Con la nueva redacción se entiende que habrá acceso carnal cualquiera sea la vía de penetración mientras el acto tenga una significación y un contenido sexual, quedando comprendida por lo tanto la *fellatio in ore*, que además de la penetración vaginal o anal es la más común por sus posibilidades anatómicas.

En el mismo artículo 119 se incorporan nuevas figuras agravadas a las ya previstas en los artículos 122 y 127 vigentes.

Así, en el inciso a) se contempla que el grave daño ocasionado a la víctima lo sea no sólo en su salud física sino también en su salud mental.

Si bien puede entenderse que en el concepto de salud están comprendidos tanto la salud física como la mental, la poca consideración que han tenido en los casos concretos las perturbaciones o enfermedades mentales sufridas por las víctimas para aplicar la agravante, hace necesario que se mencione expresamente.

Así como refiriéndose a los daños físicos, la doctrina ha sostenido que la violación deja siempre rastros indudables en el cuerpo y que no son éstos los daños a los que esta figura agravada se refiere, pues los mismos son absorbidos por la figura tipo. También deberá considerarse que el abuso sexual produce casi siempre perturbaciones psíquicas. Para que se aplique la agravante, el daño mental deberá ser grave y extraordinario, prolongado o permanente.

En el inciso b) se agrega en las agravantes por la calidad del sujeto activo al tutor o curador y se reemplaza al sacerdote por ministro de algún culto, reconocido o no.

Ya la doctrina había avanzado en considerar que la razón de la agravante cuando el autor es un sacerdote responde a la relación de confianza y respeto que deriva de su calidad y cuando esa calidad no es conocida no se configura la agravante. También había avanzado la doctrina en extender la calidad de sacerdote a todo ministro de cualquier religión, pero exigía como requisito que el culto esté reconocido por el Estado.

Con esta reforma, además de establecer expresamente que el autor puede ser ministro de algún culto, agrega que el mismo no debe estar necesariamente reconocido.

De este modo se incluyen también líderes espirituales de muchos cultos o movimientos religiosos libres que no están inscritos como cultos en la secretaría respectiva, y que sin embargo, tanto por los procedimientos que utilizan para captar adeptos, como por las normas que imponen cuando conviven en grupos cerrados generan en sus seguidores una situación de dependencia y/o temor que en muchos casos es aprovechada para cometer abusos sexuales.

Se agrava también si el autor tuviese conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiese existido peligro de contagio.