

ADRIÁN MARCELO TENCA

Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Delitos sexuales

Abuso deshonesto y abuso sexual gravemente ultrajante
Violación. “Fellatio in ore”. Transexuales. Estupro
Rufianería. Trata de personas. Imágenes obscenas
Corrupción y prostitución de menores y mayores
Rapto. Falsa denuncia. Dificultades probatorias

2ª edición actualizada y ampliada



EDITORIAL ASTREA
BUENOS AIRES · BOGOTÁ

2013

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo a la segunda edición</i>	IX
<i>Prólogo a la primera edición</i>	XI

CAPÍTULO PRIMERO

PARTICULARIDADES EN EL ANÁLISIS DE LOS DELITOS SEXUALES

A) LOS CONCEPTOS DE MORAL Y DERECHO EN LA MATERIA

§ 1. Bien jurídico protegido	1
§ 2. La protección del bien jurídico: modalidades	3
§ 3. Límites a la protección del bien jurídico	7
§ 4. Moral y derecho. El peligro de su confusión	10
§ 5. La libertad sexual como bien jurídico protegido ..	15
§ 6. Moralidad sexual: una visión criticable	16
a) Violación y prostitución	17
b) Violación en el matrimonio	20
§ 7. El libre albedrío. Presupuesto básico en la resolu- ción de los conflictos planteados	24

B) LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 25.087

§ 8. La integridad sexual como nuevo bien jurídico protegido	34
---	----

§ 9.	El contenido prohibitivo de las nuevas figuras ..	35
§ 10.	La libertad sexual como presupuesto fundamental de la nueva reforma ..	38

CAPÍTULO II

ABUSO SEXUAL

A) ABUSO DESHONESTO O ABUSO SEXUAL SIMPLE

§ 11.	Antecedentes históricos ..	41
§ 12.	Concepto ..	41
§ 13.	Su materialidad ..	43
§ 14.	Aspecto subjetivo ..	44
	a) Teoría subjetiva ..	45
	b) Teoría objetiva ..	46
§ 15.	¿El beso puede constituir abuso deshonesto?	48
§ 16.	El abuso deshonesto es una figura dolosa ..	51
§ 17.	Consumación y tentativa ..	54
§ 18.	El derecho argentino ..	55
	a) Víctima menor de doce años ..	56
	b) Víctima privada de razón ..	57
	c) Víctima privada de sentido ..	61
	d) Enfermedad o cualquier otra causa que impidiera resistir ..	62
	e) Fuerza física ..	65
	f) Intimidación ..	71
§ 19.	Sujeto activo y sujeto pasivo ..	74
§ 20.	Reforma de la ley 25.087. Un nuevo estilo legislativo. Nueva concepción del abuso sexual ..	74
§ 21.	El abuso sexual simple. Diferencias con el abuso deshonesto del ordenamiento derogado ..	75
	a) Por razón de la edad ..	76
	b) Por circunstancias que impiden consentir libremente el acto ..	77
	c) El Código Penal argentino no admite los denominados "delitos de prevalimiento" ..	78

§ 22.	El abuso deshonesto y la sorpresa ..	83
	a) Criterio amplio ..	83
	b) Criterio restringido ..	84
§ 23.	Los sujetos ..	85
§ 24.	El acoso sexual no es delito en la nueva reforma ..	85
	a) Concepto y definiciones ..	86
	b) Proyectos para su tipificación ..	88
	c) Legislación que prevé el acoso sexual en nuestro país ..	90
	1) Decreto 2385/93 ..	90
	2) Decreto 254/98 (Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral) ..	91
	3) Provincia de Buenos Aires ..	92
	4) Ciudad Autónoma de Buenos Aires ..	93
	5) Santa Fe ..	93
	d) No es delito en nuestro país ..	94
	e) Es delito en otros países ..	95
	1) España ..	95
	2) Ecuador ..	97
	3) Honduras ..	97
	4) México ..	98
	5) Paraguay ..	98
	6) Puerto Rico ..	99
	7) Francia ..	99

B) ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE

§ 25.	Una categoría delictiva creada por la reforma ..	100
§ 26.	La figura como integradora de un tipo progresivo ..	104
§ 27.	Los sujetos ..	104
§ 28.	¿Es un tipo penal abierto? ..	104
§ 29.	El Código Penal español de 1995. Sus diferencias con el Código Penal argentino ..	106

C) VIOLACIÓN (ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL)**1) CARACTERIZACIÓN**

§ 30.	Concepto	107
§ 31.	Sujeto activo	109
§ 32.	Sujeto pasivo	114
§ 33.	Tentativa y su problemática	114
	a) Fundamentos de su punición	114
	1) Postura objetiva	115
	2) Postura subjetiva	115
	3) Teoría de la impresión	116
	b) El comienzo de ejecución	118
§ 34.	Consumación y tentativa	119
	a) La finalidad del agente como elemento diferenciador	120
	b) Desistimiento de la tentativa	123
§ 35.	Génesis de la reforma	125

**2) LA “FELLATIO IN ORE”.
¿ABUSO DESHONESTO O VIOLACIÓN?**

§ 36.	Una primera aproximación	127
	a) Sentencia del Tribunal Oral n° 9	127
	b) Fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal	129
	c) La otra cara de la moneda. El fallo del Tribunal Oral n° 14 de la Capital Federal ..	130
	d) El fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal	131
§ 37.	Un poco de historia	133
§ 38.	Distintas fundamentaciones	135
	a) La postura de Tejedor	135
	b) La confusa expresión “aproximación sexual”. Conclusiones	138
	c) La jurisprudencia	140
§ 39.	Algunas críticas	141
	a) La sentencia del Tribunal Superior de Córdoba	141

	b) La sentencia del Tribunal Oral n° 14 de la Capital Federal. El fallo de la Cámara de Casación	142
	c) La sentencia del Tribunal Oral n° 9 de la Capital Federal	143
	d) Posición de Núñez	144
	e) La postura de Moras Mom	145
	f) El criterio de Pandolfi	145
	g) La posición de Fontán Balestra	147
§ 40.	La “fellatio in ore” a la luz de la reforma	147
	a) Una pregunta inevitable	147
	b) Una respuesta inevitable	150
	c) El Código Penal español	151
	d) Un mensaje a los jueces	152

3) ELEMENTOS

§ 41.	El acceso carnal como integrador de un tipo progresivo	153
§ 42.	Los sujetos. Un cambio sustancial de la reforma en cuanto al tema analizado	153
§ 43.	El Código Penal español	155
§ 44.	Jurisprudencia luego de la reforma. Las contradicciones inevitables	157
	a) Fallos que consideran que la “fellatio in ore” integra el concepto “acceso carnal”	157
	b) Fallos que consideran que la “fellatio in ore” no integra el concepto “acceso carnal”	159
§ 45.	Una reforma legislativa que se impone	160

D) AGRAVANTES

§ 46.	Introducción	161
§ 47.	Daño en la salud física o mental	161
§ 48.	Particular relación entre la víctima y el autor	164
	a) Análisis	164
	b) Razón de ser	167

§ 49.	Enfermedad de transmisión sexual grave	171
§ 50.	Concurrencia de dos o más personas o uso de armas	175
	a) Dos o más personas	175
	b) Utilización de armas	178
§ 51.	Fuerzas policiales o de seguridad	179
§ 52.	Víctima menor de dieciocho años	179
§ 53.	Agravantes relativas al simple abuso sexual	180
§ 54.	Muerte de la víctima	180

CAPÍTULO III

EL ESTUPRO (ABUSO SEXUAL CONSENTIDO)

A) CARACTERIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO DEROGADO

§ 55.	Concepto y modalidades	183
§ 56.	Evolución histórica del estupro en el derecho penal argentino	185
§ 57.	El derogado artículo 120	187
	a) Bien jurídico protegido	187
	b) Consentimiento de la víctima	188
	c) Edad de la víctima	188
	d) La honestidad	188
	1) Modalidades	191
	2) Presunciones	192
	3) El sujeto activo	193
	4) Sujeto pasivo	193
	5) El medio comisivo	193
	6) El error de tipo y error de prohibición ..	193
	7) Un problema de difícil solución	196
	8) Tentativa y consumación	198
	9) Las agravantes	198
§ 58.	El artículo 121 derogado: estupro fraudulento	198
§ 59.	Algunas reflexiones	199

B) EL ESTUPRO EN EL NUEVO ORDENAMIENTO

1) CARACTERIZACIÓN DEL TIPO

§ 60.	Denominación	200
§ 61.	Nueva redacción del artículo 120	201
§ 62.	Acciones prohibidas	202
§ 63.	El problema de la edad	203
§ 64.	Aprovechamiento de la inmadurez sexual	204
§ 65.	La seducción real como elemento del tipo objetivo	205
§ 66.	Medios para aprovechar la inmadurez sexual ..	205
	a) Mayoría de edad del autor	205
	b) Relación de preeminencia respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente	206
§ 67.	Aprovechamiento de la inmadurez sexual. La solución brindada por la jurisprudencia	207
	a) Fallos que consideraron que hay estupro ...	207
	b) Fallos que consideraron que no hay estupro	208
§ 68.	Conclusiones	209
§ 69.	Sujeto activo y pasivo	209
§ 70.	Error de tipo y de prohibición	210
§ 71.	Tentativa y consumación	210
§ 72.	Algunas consideraciones sobre el tipo	210

2) OTROS ASPECTOS

§ 73.	El estupro fraudulento	211
§ 74.	La figura agravada	211

CAPÍTULO IV

PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA CORRUPCIÓN DE MENORES

§ 75.	El nuevo ordenamiento. Diferencias con el texto derogado	215
-------	--	-----

§ 76.	Antecedentes históricos	217
§ 77.	Presupuestos	221
§ 78.	El concepto de corrupción. La corrupción como estado	222
§ 79.	Medios comisivos	225
	a) Actos prematuros	225
	b) Actos perversos	228
	c) Actos excesivos o de lujuria extraordinaria o aberrantes	229
§ 80.	Los verbos típicos	232
	a) Promover	233
	b) Facilitar	238
§ 81.	Los medios intelectuales como mecanismo corruptor	243
§ 82.	La reiteración de actos	247
§ 83.	La corrupción como delito formal	248
§ 84.	El elemento subjetivo	250
§ 85.	Tentativa y participación	251
§ 86.	Sujeto activo y sujeto pasivo	252
§ 87.	Los problemas en materia de concurso	255
	a) Principio de especialidad	257
	b) Principio de consunción	257
	c) Principio de subsidiariedad	257
§ 88.	El consentimiento de la víctima	258
§ 89.	¿Tiene verdadero sentido la existencia del tipo corrupción?	259
	a) Personas entre los trece y los dieciocho años	259
	b) Personas menores de trece años	262
§ 90.	Las agravantes	263
	a) Engaño	263
	b) Violencia	263
	c) Situaciones de coacción	264
	d) Abuso de autoridad	264
	e) Cualquier otro medio de intimidación o coerción	265
	f) Agravantes por el vínculo y por el particular respeto que debe guardarle el autor al sujeto pasivo	265

CAPÍTULO V

PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

A) DE MENORES

§ 91.	Concepto	267
§ 92.	Sistemas punitivos	269
§ 93.	Vicisitudes legislativas desde la sanción de la ley de profilaxis antivenérea	272
§ 94.	Controversias jurisprudenciales en la aplicación de la ley	273
	a) Inconstitucionalidad o inaplicabilidad del artículo 17 de la ley 12.331	273
	b) Aplicabilidad del artículo	275
	c) Intermediación	275
	d) Punibilidad de la prostitución ejercida de manera individual	276
§ 95.	La prostitución como contravención	277
§ 96.	Algunas consideraciones de los sistemas punitivos en materia de prostitución	279
§ 97.	Los verbos típicos	280
	a) Promoción	280
	b) Facilitación	281
§ 98.	Elementos subjetivos	283
§ 99.	Consentimiento	283
§ 100.	El error en la promoción y facilitación de la prostitución	283
§ 101.	La concurrencia entre “promover o facilitar la corrupción” y “promover o facilitar la prostitución”	285
§ 102.	Las penas en el nuevo ordenamiento	285
§ 103.	Agravantes	286

B) DE MAYORES

§ 104.	El consentimiento obtenido contra la voluntad del sujeto	286
§ 105.	Bien jurídico protegido	287
§ 106.	Sujeto activo y sujeto pasivo	288
§ 107.	El tipo subjetivo. El ánimo de lucro y la satisfacción de deseos propios o ajenos	288
	a) Ánimo de lucro	289
	b) Satisfacer deseos ajenos	290
§ 108.	Consumación y tentativa	291
§ 109.	Participación	291

CAPÍTULO VI**OTROS TIPOS PENALES****A) RUFIANERÍA**

§ 110.	Concepto	293
§ 111.	Evolución legislativa	293
§ 112.	El rufianismo antes de la reforma. El anterior artículo 127 "bis" de la ley 21.338	296
	a) La expresión "hacerse mantener, aunque sea parcialmente"	296
	b) Habitualidad	298
	c) Modalidades en cuanto al ejercicio de la prostitución	298
§ 113.	Sujeto activo y pasivo	299
§ 114.	El nuevo artículo 127	299
§ 115.	Concurso	300

B) TRATA DE PERSONAS

§ 116.	Introducción	300
--------	--------------------	-----

§ 117.	Trata de mayores y de menores: equiparación	302
§ 118.	El consentimiento no opera como eximente ..	304
§ 119.	De las agravantes en la trata de personas	306
§ 120.	Tipo subjetivo y objetivo	308
§ 121.	Consumación y tentativa	309
§ 122.	Modificación del Código Procesal Penal de la Nación	309

C) EXHIBICIONES OBSCENAS

§ 123.	Antecedentes legislativos	310
§ 124.	Bien jurídico protegido	311
§ 125.	El artículo 129 antes de la reforma	315
	a) Las conductas prohibidas	315
	b) El término "sitio público"	316
	c) La fórmula "ejecutare o hiciere ejecutar" ..	317
	d) Sitio privado	317
§ 126.	Normativa vigente	318
	a) Las acciones prohibidas	318
	b) Un criterio unificado	319
§ 127.	El tipo subjetivo	321
§ 128.	Consumación y tentativa	321
§ 129.	Sujeto activo y sujeto pasivo	322
§ 130.	Concurso	323
§ 131.	Los tipos agravados	324

D) RAPTO

§ 132.	Antecedentes legislativos	325
§ 133.	El tipo antes de la reforma	326
	a) El rapto propio	326
	1) El elemento subjetivo	326
	2) Las acciones prohibidas	328
	3) Sujetos	328
	4) Consumación y tentativa	328
	5) Concurso	329

6) Bien jurídico protegido	331
7) Delito de acción privada	332
8) Agravante	332
b) El rapto impropio	333
§ 134. El delito de rapto después de la reforma	334
a) El rapto propio	335
b) El rapto impropio	335
§ 135. Una nueva redacción	337
§ 136. ¿Se justifica la existencia del delito de rapto, no siendo la honestidad el bien jurídico protegido?	338

E) EL AVENIMIENTO. SU DEROGACIÓN

§ 137. El matrimonio como excusa absolutoria	339
§ 138. Requisitos	341
a) El casamiento: requisito indispensable	341
b) Momento en que debía prestarse el consentimiento	342
c) La expresión “delincuente”. La interpretación de “excusa absolutoria”	343
d) Interpretación jurisprudencial	343
§ 139. Derogación	344

CAPÍTULO VII

DIFICULTADES PROBATORIAS

§ 140. De la valoración de la prueba. La sana crítica	347
§ 141. De la prueba indiciaria	350
§ 142. El mito de la certeza	351
a) La certeza apodíptica	351
b) La probabilidad como certeza	353
c) La certeza como mito	354

§ 143. La prueba en los delitos sexuales	355
a) Lugar donde se cometen	355
b) Múltiples particularidades de las conductas sexuales de las personas	356
c) Valoración	357
1) Declaración de la víctima y del victimario	357
2) La prueba indiciaria	358
3) Confesión del reo	359
4) La personalidad del reo	359
§ 144. ¿La ley 25.087 importa una nueva interpretación de la prueba en los delitos sexuales?	361
§ 145. Las falsas denuncias en los delitos sexuales ..	367
§ 146. El caso “McMartin”. El denominado “Síndrome de Summit”	375
§ 147. La Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 250 bis del CPPN. La inversión del “onus probandi”	380
<i>Bibliografía</i>	385