

*Abuso sexual ¿virtual o real?**

**¿Se puede abusar sexualmente de alguien sin tocarlo
y estando a una gran distancia?
¿Esto se trata de un hecho de violencia de género,
si la víctima es una mujer?**

Por Roberto M. Ambrosis

Introducción

Utilizando como disparador un fallo del Tribunal Superior de Córdoba, vamos a indagar sobre un mito del derecho penal, que no podemos soslayar en los tiempos de la sociedad de la información y ello resulta de la pregunta ¿si se puede abusar de alguien sin tocarlo y sin intermediación con la víctima? Para ello vamos tomar la idea del fallo para interpelar una idea o concepto tomado por la doctrina nacional e internacional, que sostiene que no puede abusar a alguien sin tocarlo, para desenmascarar una falacia dogmática, que tenía respuesta en un autor nacional hace más de 40 años y que pese a sus sólidos argumentos se encontraba solapada y desautorizada por una interpretación dogmática actual, que en forma paradójica no se adapta a los actuales modernos y que va de contramano con la normativa nacional e internacional de protección de violencia contra la mujer, restándole valor a una situación socialmente perjudicial, pero que sobre todas las cosas parece desconocer o negar el texto de la ley vigente.

1. El señero fallo del Tribunal Cordobés y una pregunta que se impone

En la actualidad no hay dudas que en la llamada “sociedad de la información”, nos hace volver a pensar situaciones en la que podemos tener respuestas automáticas, sobre todo, en las problemáticas en las que la doctrina se inclina en afirmar, sin preguntarse antes, si esa respuesta se adapta a la legislación y la situación actual y sobre todas las cosas, en tratar de discernir si se puede verificar, afirmaciones dogmáticas, sin dar razones para ello y de ese modo encubrir una falacia, desconociendo razones, como el uso y el alcance del término “abuso sexual”, la legislación vigente, la interpretación realizada por la doctrina nacional y el contexto social y cultural, donde se producen las acciones y por ello que entonces me decido utilizar a manera de disparador la siguiente pregunta:

¿Se puede abusar sexualmente de alguien sin tocarlo y estando a una gran distancia?

A esa pregunta, el 28 de julio de 2020 el Tribunal Superior de Córdoba, en plena pandemia de Covid-19, en los autos “Carignano, Franco Daniel s/abuso sexual,

* [Bibliografía recomendada.](#)

producción de imágenes con contenido sexual de menores de 18 años, etc. -Recurso de Casación-" (SAC2469171), confirmó la resolución de un tribunal inferior y se pregunta de forma sencilla y fundada desde la perspectiva del derecho penal y para ello realizó las siguientes preguntas:

a) ¿Si se ha aplicado correctamente la figura legal prevista en el art. 119, 2º párrafo del CP en relación a los sucesos nominados primero, segundo y cuarto?

b) ¿Si se ha aplicado correctamente el carácter de autor al imputado en el delito de producción de imágenes obtenidas con explotación sexual, previsto en el art. 128 primer párrafo, primer supuesto del CP?

En ese sentido es necesario aclarar que la calificación efectuada por la sentencia n° 54, de fecha 2 de octubre de 2018, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Octava Nominación de esta ciudad, en lo que aquí interesa, declaró que el imputado fue autor penalmente responsable de los delitos de coacción calificada continuada en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el grave daño producido en la salud psíquica de su víctima, continuado (arts. 149 ter, inc. 1º, segundo supuesto en función del 149 bis, segundo párrafo –primer supuesto–, 55 –a contrario sensu–, 55 y 119, párrafos segundo y cuarto inc. “a” –segundo supuesto– del CP) en el primero de sus hechos y en los otros dos hechos, se incluye el concurso ideal con la producción –continuada– y publicación de imágenes de contenido sexual donde se exhiben a menores de edad y con promoción a la corrupción de menores agravada.

En ese marco el embate de la defensa técnica fundó en líneas generales la crítica impugnativa, al entender que los sucesos nominados primero, segundo y cuarto atribuidos al imputado fueron erróneamente subsumidos en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, puesto que la conducta típica nunca se verificó y existe un exceso del juzgador en ello.

Y es allí que nos detenemos para formular una pregunta relevante para el derecho penal y ello radica en si se dan los requisitos para perfeccionar la figura básica del art 119 del CP, sobre la idea que, el abuso sexual simple para su consumación admite –únicamente actos corporales directos de tocamiento con significación sexual– toda vez que una interpretación del tipo penal que exceda dicha parámetro implicaría, a su parecer, conceder al juez un amplio margen de arbitrio en la ponderación del injusto, puesto que la figura en cuestión exige una aproximación espacial entre el agente y la víctima del delito, circunstancia ésta que no puede darse por existente por el único motivo del contacto telemático entre en el autor y las víctimas como sucedió en este hecho.

2. Los argumentos de la defensa

La defensa entendió que el fallo de la primera instancia y su convalidación ulterior, supuso una interpretación analógica, extensiva y, por ende, violatoria del principio de legalidad previsto en el art. 18 de la Const. Nacional en su corolario de *lex-stricta* y, a su vez, en la exigencia de *lex-certa* pues con ello se admitió una libertad desmesurada al juez penal para interpretar y aplicar el tipo penal.

En ese sentido los argumentos de la defensa, se pueden resumir en dos grandes puntos.

- a) el análisis de las figuras típicas
- b) la interpretación de la ley penal y el respeto al ámbito histórico de lo prohibido.

El primer embate de la defensa radica, en que la figura penal aplicada a su asistido lo fue de manera errónea, por el sencillo motivo de que no existe siquiera el delito simple previsto en el art. 119, primer párrafo del CP, por cuanto tratándose la calificante de un subtipo agravado del abuso sexual simple, la concurrencia de la misma depende de la existencia de los requisitos contemplados para la figura básica.

Apoyó ese razonamiento en que el delito de abuso sexual requiere, necesariamente, un contacto corporal entre el autor y la víctima y por ende una intermediación con la víctima, pues las limitaciones impuestas por una regulación deficiente de las modalidades posibles de abusos sexuales y la necesidad del mentado contacto, descartan la posibilidad de punir este tipo de comportamiento a la luz de las prescripciones del art. 119 del CP. Dicha limitación, añadió, no puede ser suplida por una interpretación analógica y extensiva y citó como apoyo doctrinario en las opiniones mayoritarias (v.gr., Soler, Fontán Balestra, Arocena, Buompadre, Donna, Pandolfi, Laje Anaya, Edwards, Parma, etc.) que entienden según la argumentación defensiva que no puede existir el abuso sexual establecido en el art. 119 del CP, sin existir contacto físico y sin intermediación de la víctima.

Ese razonamiento supone la idea que se basa en que el comportamiento típico consiste en tocamientos o contactos corporales impúdicos por parte del autor hacia la víctima o que esta sea obligada a llevarlos a cabo sobre el cuerpo del mismo, o sobre el de un tercero, o a tolerar que sean practicados sobre su propio cuerpo, por un tercero que a su vez sea obligado por el autor (en este último caso, quien efectuar el tocamiento impúdico, al obrar bajo coacción, amenaza y otras formas similares se convierte en un verdadero autor mediato).

Entendió la defensa en este caso que por consiguiente, que la existencia de contacto físico impúdico constituye un requisito inexcusable para la configuración del delito de abuso sexual, y si bien es cierto que el sujeto pasivo puede vivir esta situación como un ataque a su pudor personal o a su dignidad, en cuanto se la obliga a desnudarse, o se lo mira simplemente o se le exige mostrarse de tal modo ante terceros, no por ello puede endilgarse la figura en cuestión sino, por ejemplo, el delito de coacción pero de ninguna manera el de abuso sexual.

El recurso fundó su embate en que el abuso sexual exige actos corporales directos de tocamiento con significación sexual, pues lo contrario implicaría conceder al juez un amplio margen de arbitrio en la ponderación del injusto, puesto que la figura en cuestión exige una aproximación espacial entre el agente y la víctima del delito, circunstancia esta que no puede darse por existente por el único motivo del contacto telemático entre ambos, ya que el tipo penal debe ser respetuoso de la exigencia de lex-certa y debe nominar e incluir específicamente qué conductas son aquellas a través de las cuales se puede incurrir en un delito, para que todo ciudadano pueda gozar así de las consecuentes garantías que el respeto a la legalidad acarrea.

Sostuvo como segunda idea central, la defensa; que si se pretende incluir bajo el ámbito del abuso sexual conductas que no están en él tipificadas, se incurrirá en una suerte de analogía vedada por el principio de legalidad y el de máxima taxatividad legal e interpretativa, pues, en realidad, la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable que es la máxima capacidad de la palabra.

Afirmó que se deben extremar los recaudos para que únicamente la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez completar los supuestos realizando una función legisferante, además de que las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización. Es que, a su parecer, el mentado principio limitativo del derecho penal se completa con el de índole histórico al ámbito legal de lo prohibido, pues el problema se plantea cuando el texto de la ley aparece abarcando un ámbito de prohibición inusitadamente amplio y arbitrario.

Finalmente, la defensa señaló que estas razones de índole interpretativo son aquellas que más allá de nuestra adherencia a la parte de la doctrina que entiende que este delito solo puede perpetrarse mediante tocamientos impúdicos y no puede darse de otro modo, ya que vienen a rebatir los argumentos esgrimidos en la sentencia objeto de crítica, con respecto a la existencia de abuso sexual gravemente ultrajante en los hechos desplegados por el imputado.

3. Los valiosos argumentos del Tribunal

El Tribunal no solo contestó los argumentos de la defensa, si no que amplió el espectro de los mismos, con valiosos aportes que son para destacar en tiempos en que muchas veces la justicia habla un idioma inentendible para los ciudadanos de a pie. Y en ello radica el poder de los importantes y claros argumentos que la destacada Corte Provincial usó para convalidar la decisión tomada por las instancias anteriores que se pueden agrupar con los siguientes títulos o ideas centrales:

a) La utilización de las tecnologías de la información y comunicación (TIC). El uso de redes sociales y aplicaciones permiten la ocultación de la verdadera identidad del agresor y a partir de dicho contexto y en este caso todo ello fue utilizado a sabiendas por el autor a los efectos de lograr su específica y preponderante finalidad delictiva: atentar contra la autoderminación sexual de las víctimas.

Conforme lo estableció el Tribunal, hablando de las nuevas tecnologías, menciona: “en ese ámbito reitero, inimaginable otrora conlleva a la interpretación de una nueva (o no tanto) realidad, en donde lo personal –entendido aquí como trato inmediato material– se ve sustituido por un contacto singular en el ciberespacio, es decir en el ámbito virtual por medios informáticos, en donde la dependencia de las personas a las TIC se acrecienta producto de que, en cierta medida, las mismas se introducen en todos los aspectos de la vida cotidiana”.

b) El bien jurídico protegido la libertad y la autoderminación sexual. El otro tópico radica en establecer cuales en los alcances que cabe otorgarle al bien jurídico protegido, es decir la “integridad sexual” y saber cuál es ámbito de protección de la norma y en el mismo contexto de lo establecido por el tribunal en cuanto a que lo que se pretendió resguardar es el derecho de todo individuo a un trato sexual libre y

consciente, prerrogativa que –cuando atañe a menores que no pueden prestar un consentimiento válido– hace una interpretación amplia del derecho a la intangibilidad sexual, en la cual se citaron fallos de la misma sala Penal en las causas “Bidondo”, S. n° 22, 7/3/2007; “Herrera”, S. n° 336, 10/12/2008; “Ribas”, S. n° 208, 12/8/2013.

En ese sentido se interpreta como “integridad sexual” conforme lo hacen De Luca y Lopez Casariego (2009, p. 28) como “el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, y que es eso lo que se atenta cuando se produce una agresión sexual pues, de lo contrario, se confundiría con las demás injurias o lesiones físicas o psíquicas”.

De esta manera se entiende que lo protegido es la libertad sexual y la autodeterminación que tienen los seres humanos, que conlleva la prerrogativa de mantener relaciones o realizar actos de índole sexual solo con su consentimiento y voluntad sin intervenciones, de lo cual también me permito incluir el bien jurídico “dignidad”.

c) El precedente Laudin y la realización del tipo objetivo y subjetivo. El tribunal trae como argumento central el precedente “Laudin” (S. n° 334, 9/11/2011) donde se sostuvo: “el delito de abuso sexual lo determinante para la configuración del tipo es el carácter objetivamente impúdico de la conducta del autor, a lo que se agrega, subjetivamente, el dolo consistente en el genérico conocimiento de que se comete un acto impúdico y la voluntad de ejecutarlo, aunque el autor además tenga otros fines, como puede ser la humillación, la venganza, etc. (Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1964, t. IV, p. 311 y 312)”.

En ese sentido es claro que puede realizarse en forma cabal, el dolo requerido, con ayuda de las TICS, donde se demuestre de forma objetiva que fue la intención del autor de someter a la víctima, de la misma forma en que se puede realizar la conducta, teniendo un contacto directo o intermediación con ella y configurar al propio tiempo un acto impúdico o lascivo, desde el punto de vista del sujeto activo, sin que al interpretarlo de ese modo se pueda afectar ninguna garantía constitucional.

d) La configuración de un hecho de violencia de género. Lo verdaderamente importante el fallo radica en que se soslayó que la actuación del acusado tiene una impronta con un ostensible accionar constitutivo de violencia de género, conforme los lineamientos de instrumentos internacionales ratificados por la República Argentina con relación a ello y las disposiciones nacionales en tal sentido. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, clarificó que la Convención CEDAW según la resolución general 35 de 2017 estableció que “era plenamente aplicable a los entornos tecnológicos, como Internet y los espacios digitales, donde las formas contemporáneas de violencia contra las mujeres y las niñas a menudo se cometían en su forma redefinida”.

En ese informe se concluyó que el derecho internacional de los derechos humanos y sus metas sobre el logro de la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres y las niñas y la eliminación de la violencia contra la mujer en la vida pública y privada son plenamente aplicables en espacios digitales y actividades facilitadas por las TIC y ello fue reafirmado por el Comité de los Derechos del Niño, publica la observación general 25 “Los derechos de los niños en relación con el entorno digital”.

En este contexto el autor del hecho se valió de las características ya descriptas de las TIC para prolongar y profundizar su actuar delictivo, extendiendo su proceder

en seis años en uno de los hechos, ejerciendo tal influencia en la libertad de decisión de las damnificadas (algunas de ellas menores de edad) que les impidió obrar de otra manera, producto de esa presión psíquica expuesta bajo la amenaza de difusión indiscriminada de las fotos y videos de índole sexual conseguidos con anterioridad, con engaños o maniobras coactivas.

Sin dudas el concepto de la llamada “violencia digital”, requiere una mirada más amplia de analizar las formas de violencia sobre la mujer, entendiendo por tal, como toda acción, acto o hecho de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino en que pueda resultar un daño a la dignidad o causar un sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, comprenden estas acciones también las amenazas de tales actos, como la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Para ello hay que observar nuevas formas de violencia de género que están surgiendo como consecuencia de la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías y la sociedad de la comunicación, estas nuevas formas disvaliosas se ejercen a través de las nuevas tecnologías, de las redes sociales o de Internet las podemos englobar bajo la denominación de violencia de género digital.

Sin dudas la llamada “violencia digital”, está afectando a colectivos vulnerables como el de la adolescencia (NNA) y otros grupos de pertenencia, donde el ciberacoso se entiende como una forma de limitación de la libertad que genera dominación y relaciones desiguales entre hombres y mujeres que tienen o han tenido una relación afectiva; y también puede implicar una cierta dominación sobre la víctima mediante estrategias humillantes que pueden afectar a la privacidad e intimidad, además del daño que supone a su imagen pública y su dignidad.

En la mayoría de los casos la violencia digital opera generalmente sin que haya coincidencia física, como en este caso, donde la reiteración se convierte en la estrategia de invasión de la intimidad más utilizada por los acosadores. Por ejemplo, la insistencia en el envío de mensajes o las peticiones recurrentes para conseguir algo se convierte en la fórmula para acosar a la víctima. Otras la ruptura de la pareja, los ciberacosadores utilizan Internet para alcanzar a la víctima, siendo la estrategia comunicativa utilizada el chantaje emocional, para lograr volver a mantener una relación directa con la misma. Donde existe una percepción muy baja de sus efectos perniciosos que son entendidos como molestias irrelevantes o inocuas, pero pueden no serlo en muchos casos.

La velocidad a la cual avanzan las nuevas tecnologías, son vertiginosas, por lo que considero que se debe receptor por parte de la legislación local a la violencia digital, que hace necesario incorporar a la misma como una de las formas contempladas en la ley 26.485 de “Protección Integral de las Mujeres” y debería definirla su art. 5, que define las formas de violencia y actualmente no la incluye; pero sin dudas debe considerar enmarcarla como una acción u omisión basada en razones de género, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, cometido tanto en el espacio analógico/físico o virtual/ciberespacio, basado en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial incluidas las participación política, la seguridad personal, pero que sobre todas las cosas es necesario que se proteja la dignidad de las mujeres.

Esta forma de violencia, sin lugar a dudas debe dar lugar a la violencia telemática, que es la que se ejerce a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), vulnerando derechos de las usuarias, pero no exclusivamente los digitales, derechos como la libertad, la integridad sexual, la dignidad y sobre todo respetar la intimidad de las mujeres para que ellas puedan desarrollar su vida y sus relaciones interpersonales.

Finalmente hay aspectos que deben incluirse, si se quiere promover un buen uso de las TIC, para evitar que siga avanzando esta nueva manera de ejercer violencia de género y para ello se debe evaluar como una primera herramienta, la prevención, pero también debe considerarse a la dignidad como un bien jurídico a proteger por parte de la sociedad, con sanciones penales para quienes la vulneren.

e) Los actos ejercidos contra el propio cuerpo y art. 119 y el nudo de la cuestión. Como se desprende, lo novedoso de la cuestión radica en que los actos de índole sexual fueron efectuados por las víctimas en su propio cuerpo y esto es lo trascendente, a partir de precisas y lesivas exigencias coactivas desarrolladas por el imputado a través de medios informáticos y así solo como se puede entender la aplicación de la figura del abuso sexual a esas acciones.

Es entonces que surge como corolario la siguiente pregunta: ¿Requiere el delito de abuso sexual vigente en la República Argentina los requisitos estipulados por la defensa?

Ante dicho interrogante, lo primero que se presenta es analizar la literalidad del tipo penal que estatuye como acción típica el que “abusare sexualmente de una persona” (art. 119, primer párrafo del CP), no establece dichas circunstancias como elementos inexcusables para su consumación, aunque obviamente las admite, como lo explicaré.

Sin embargo, un primer alcance del término en cuestión se encontraría en que el verbo abusar es definido por el diccionario de la Real Academia Española como “hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien” o “hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder”, pero para el Tribunal abusar supone que: “En otras palabras, abusar sexualmente supone utilizar (indebidamente) el cuerpo de la víctima para actos de significado objetivo impúdicos o indecentes”. Lo que parece incluir la interpretación del Tribunal.

En ese sentido la actual redacción del art. 119 del CP establece que: “será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona 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”.

De esa forma el aprovechamiento deliberado con engaño con el uso de las TIC, hizo que las víctimas no puedan conceder de ninguna manera libremente su acción y con ello lograr que se violentara su autodeterminación sexual, por lo que el razonamiento del Tribunal es claramente compatible con el tipo penal vigente y el razonamiento de la defensa es solo una afirmación dogmática carente de toda fundamentación.

Llama poderosamente la atención que la doctrina no se detenga en el análisis del texto de la ley vigente, ya que la aclaración típica de que el aprovechamiento para cometer el abuso sexual “por cualquier medio”, parece claramente indicar que el legislador ha incluido a los medios telemáticos para la comisión del abuso sexual en vez de limitarlos, algo que gran parte de la doctrina nacional moderna parece no tener en cuenta al momento de realizar una interpretación.

4. El legado de Ricardo Núñez y su uso por el Tribunal Superior Provincial

El tribunal utilizó la autorizada doctrina clásica que entendía en su momento, que cuando el autor usa el cuerpo de la víctima o cuando el cuerpo de la misma padece su acto, o cuando ella actúa, por obra del autor, sobre el propio cuerpo o sobre el cuerpo del autor o de un tercero, se configura el abuso sexual.

Según Núñez (1964, p. 310) dice que “tanto constituye abuso sexual la acción del autor sobre las partes objetivamente impúdicas de la víctima, como la acción de la víctima, por obra del autor, sobre estas partes de su cuerpo o del cuerpo del autor o de un tercero”.

Sin dudas, la prestancia y la profundidad del gran maestro Ricardo Núñez, cobra vigencia en estos tiempos ya que el accionar del sujeto activo únicamente se diferencia de lo acontecido en tiempos pasados, a partir de la existencia en el presente de las nuevas tecnologías que posibilitan una particular forma de actuar por medios digitales que magnifican ese actuar criminal y justifican la interpretación del vigente y actual exegeta argentino.

5. Los elementos objetivos cuestionados el contacto físico y la inmediatez

Sin dudas este fallo se interroga si el uso del cuerpo ajeno con connotación sexual a instancias del autor (en los sucesos que nos ocupan por medios coactivos) supone esa afectación que el tipo penal en cuestión pretende proteger, puesto, que a partir del desarrollo de las conductas descriptas se conculca el derecho a la libre disponibilidad del cuerpo en la esfera aludida.

Y el Tribunal con acierto sostiene que ni el contacto corporal directo del autor sobre la víctima, ni la inmediatez física entre los mismos, constituyen requisitos configurativos del tipo penal, tanto en su literalidad como en lo que respecta a los alcances del bien jurídico protegido en su carácter de instrumento de interpretación teleológica de la norma jurídica en cuestión.

Esto es así puesto que en todos los supuestos se hizo alusión y se constató el uso del cuerpo de las víctimas en sus áreas sexuales, ello a partir del envío de imágenes y videos en donde las víctimas se tocaban sus zonas sexuales (vulva, vagina, senos, etc.) y que el acusado produjo, indujo y deliberadamente provocó y por ello el elemento subjetivo del delito se encuentra presente y patente en la acción delictiva.

Es decir que para el Tribunal el contacto corporal de índole físico sexual siempre existió, toda vez que las víctimas fueron obligadas a efectuarse tocamientos de significado objetivamente impúdico, pero a instancias del autor y sin contacto de este sobre el cuerpo de las mismas, sin que ello implique no realizar el tipo penal.

Cabe aclarar que en este caso se debe distinguir, la agresión sexual cometida de palabra o de mera contemplación, de las que implican un verdadero acto de abuso sexual, en cuanto a la utilización del cuerpo de la víctima para el desarrollo de actos de significado objetivo impúdico y sexual, que surge del actuar del acusado que prolongó su accionar, valiéndose, precisamente, del anonimato que la interacción por las redes sociales permiten y la amenaza coactiva de difusión de las fotografías y videos obtenidos sin consentimiento, para realizar el tipo subjetivo requerido por la figura.

Y en ese sentido el mentado requisito de la inmediatez física, queda suplido por el uso de las TIC, ya que evidencian un alcance de indudable asimilación a la cercanía física expandiendo sus contornos a niveles impensados en otros tiempos, por lo que el mentado requisito de la inmediatez y la cercanía son argumentos que caen por su propio peso.

6. La falacia dogmática que desnuda la interpretación del Tribunal

El superior Tribunal en el fallo citado, se pregunta y menciona lo siguiente; “si el tenor literal de la figura penal tratada en su correspondencia con el bien jurídico protegido no estipula las restricciones que pregonan cierta parte de la doctrina, la pregunta que surge como corolario es la siguiente: ¿Cuáles son los fundamentos que subyacen a los requisitos que acuerdan ciertos autores y parte de la jurisprudencia en tal sentido?”.

La respuesta surge evidente y radica en la exigencia del contacto corporal directo o de intermediación física entre autor y víctima y ello encuentra su cimiento en un postulado implícito y aun limitadamente admitido, en que el abuso sexual constituye un delito de los llamados “de propia mano” y por ello no es posible aplicar la figura simple del abuso sexual y por ende tampoco la figura agravada porque no es posible que el autor realice de forma cabal la acción típica.

En resumen, para esta postura sólo puede cometer el mentado delito quien ejecuta por sí mismo la actividad señalada en el tipo, cuestión que –para algunos autores– se vislumbraba claramente para el supuesto de abuso sexual con acceso carnal en la anterior redacción del art. 119 del CP, o en el caso de falso testimonio y el prevaricato, entre otros supuestos de esta categoría de delitos, solo quien tiene ciertas condiciones personales que integran su dolo pueden hacerlo, es decir que accede carnalmente a alguien o quien es testigo o juez y sólo los que tengan o revistan esa condición son los que podrán realizar la acción típica.

En ese sentido es gráfica la idea de Rivero (2018, p. 104), que dice: “Pero dejando a un lado éstas y otras clasificaciones, respecto a las que la doctrina ha denunciado con frecuencia que unas veces resultan sin más difícilmente compatibles con los principios que inspiran el derecho penal actual y otras esconden a menudo la falacia de no responder en el fondo más que al criterio formal de interpretación de los tipos, es posible descubrir cierto consenso a la hora de señalar como la genuina peculiaridad de estos delitos el dato de que tienen que ejecutarse de personalmente por quien responda por ellos. Este rasgo suele completarse de forma casi automática por la exigencia de que la ejecución se realice de una forma física, directa y corporal”.

En ese orden de ideas la citada autora dice aclarando a qué tipo de delitos se aplica como una categoría especial y dice: “En este sentido ya escribía Binding que ‘El juez que quiera prevaricar ha de dictar él mismo la sentencia, el desertor ha de huir con sus propias piernas, el hermano, si quiere cometer incesto, ha de realizar por sí mismo el coito con la hermana’. Para ello y según ese postulado el sujeto activo debe ‘tocar’ (más gráfico: con sus propias manos) las zonas objetivamente impúdicas de la víctima, o requieren la presencia de placer, lascivia o fines de contenido libidinoso en el actor que solo puede contemplarse de manera individual, juro ha de expresarse por sí mismo y jurar su testimonio”.

De esta manera, su postura conlleva a la imposibilidad de aplicación de la categoría de autoría mediata para dicho supuesto, toda vez que el delito de propia mano exige una ejecución personal del autor y en el caso de autos el delito no podría configurarse, nunca en forma mediata, para esa postura.

En este sentido es claro que las categorías dogmáticas muchas veces condicionan o limitan la interpretación, con falacias que restringen la aplicación de las leyes a los casos concretos y distorsionan muchas veces el sentido de las acciones socialmente disvaliosas y en algunas oportunidades pretenden resolver en forma general y sin dar razones de sus conclusiones, que solo hacen que se pierda el norte de una problemática penal y que consoliden situaciones socialmente injustas.

Para refrendar cual es el valor que se le debe dar en nuestras sentencias a las afirmaciones dogmáticas, me permito citar este sentido a lo aludido por la CSJN, en relación a las afirmaciones realizadas en forma dogmática sin ninguna fundamentación en el fallo “Reynal” que sostiene que: “Lo así resuelto solo es producto de una afirmación dogmática sin una mínima argumentación sobre las razones de hecho y de derecho en que se sustenta, y sin ponderar las diversas razones por las cuales la cámara de apelaciones había entendido –más allá de su acierto o error– que la prueba reunida era insuficiente para acoger la categorización pretendida por el querellante particular”.

Pero en realidad, tampoco parece ser tan claro, que se puede excluir al delito de abuso sexual, por ser un delito que solo pueda realizarse de “propia mano” ya que en un contexto moderno y actual, constituye un delito de dominio en donde la autoría mediata sobre un sujeto no responsable que se autolesiona, es plenamente aplicable (al respecto, en lo que concierne a los criterios para atribuir responsabilidad al autor de atrás por un sujeto que se autolesiona) como en este caso, ya que es necesario atender a la determinación de la intensidad de la coacción, lo cual constituye una cuestión sustancial, pues los casos de autolesión son comportamientos que en sí mismos, no realizan supuesto de hecho típico alguno, pero en estos casos adquieren relevancia típica porque adquieren una preponderancia en la realidad de las relaciones culturales actuales y sobre en lo que concierne al uso de las nuevas tecnologías.

El Tribunal explicó con soltura, que en este caso el imputado ejerció un especial poder de dominio sobre las víctimas valiéndose de las tecnologías con perfiles falsos, como de sus características para determinar a las mismas de tal manera que, directamente dominó su voluntad implicando una grave reducción del ámbito de libertad de su sexualidad.

Mencionó también en relación a la dimensión temporal de los hechos materia de juzgamiento: “Tanto fue así que, por ejemplo, en el primer suceso el actuar coactivo

duró seis años (2009/2016), casi todos los meses en donde el sindicato obligó a su víctima a efectuar actos sobre su propio cuerpo a la vista del acusado –en simultáneo– mediante videollamadas, valiéndose del anonimato siempre como modo de ejecución”.

Sin dudas este actuar generó también un impacto en las mujeres víctimas por la generalización instantánea e indiscriminada de las imágenes, con la consecuente grave afectación de su dignidad personal y en su imagen, derecho ahora reconocido en forma cabal por el Código Civil y Comercial en su art. 51.

Esto sin olvidar que su accionar se dirigió, primordialmente, en contra de niñas que se vieron inmiscuidas en el desarrollo de conductas sexuales, implicando una clara vulneración de su integridad sexual, más allá de la figura establecida en el art. 131 del CP, denominada por la doctrina como “grooming o ciberacoso”.

Estas amenazas coactivas determinaron que el sujeto activo afectó seriamente la libertad de decisión de las titulares del bien jurídico protegido, por lo que los abusos sexuales no fueron obra o expresión de la libertad de acción de las mismas, sino que el acusado en su carácter de autor mediato a partir de la instrumentalización de las víctimas, las utilizó y las cosificó para satisfacer los bajos instintos del mismo, realizando de esa manera el dolo requerido para configurar el abuso sexual.

7. La Postura del Tribunal Supremo Español

El Tribunal menciona la doctrina del máximo Tribunal Español en la sentencia nº 301/2016, en cuanto consideró configurada la acción típica del abuso sexual, ese sentido se puede citar a Cugat Mauri (2019, p. 250) que dice: “ya que con la conducta desarrollada por el imputado sobre una menor de edad, en donde a partir de comunicaciones vía Facebook el autor obligó a la niña a enviar imágenes de contenido sexual de su cuerpo, o a introducirse los dedos en la vagina, entre otras cosas, cuestión que la víctima concretó, siempre ello sin contacto corporal físico del sujeto sobre la primera”.

En ese sentido la subsunción típica utilizada con la configuración del delito de abuso sexual es correcta y aplicable, sin que la misma puede considerarse forzada y violatoria de garantías constitucionales.

Del mencionado precedente español se pueden citar algunos de los argumentos del Supremo Tribunal que dice: “Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima. Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en la STS 1397/2009, 29 de diciembre, decíamos que “el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima... Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ello lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual”.

También lo dicho puede aplicarse, en el caso de producción de imágenes de niñas, niños y adolescentes sin consentimiento, se señaló con claridad que en este caso, existió producción (creación, fabricación) de imágenes de partes genitales de NNA, es claro que el sujeto pasivo actuó con autoría mediata con las víctimas, pues las niñas efectuaron dichas representaciones a instancias del imputado, producto de su instrumentalización a tales fines en el marco del proceso coactivo desarrollado en un contexto de violencia de género en caso que fueran niñas las víctimas, situación agravante que luego explicaré con detalle.

8. Un hecho realizado con violencia de género, que agrava el hecho

En este sentido es acertada la solución del Tribunal, ya que se encuentra agravada la acción, pero en el disvalor de la misma debe adicionarse claramente, el contexto de violencia de género en que el autor en su plan delictivo y estableció sus múltiples conductas en contra de mujeres a partir de un trato violento, toda vez que el sujeto activo se posicionó respecto a las víctimas cosificando y quebrantando su dignidad, con violencia psicológica o sexual, por su género; como alguien que no es igual y por eso no les reconoce fácticamente que cuentan con un ámbito de determinación para sus respectivos proyectos personales y de su imagen.

Si bien la defensa entendió, por un lado, que se encuentra vedado al juzgador la utilización de criterios que el legislador ya decidió aplicar como agravante específica de diferentes tipos penales (v.gr., homicidio, etc.), y por otro lado, que con su aplicación se violentó el principio de legalidad penal desde el aspecto relativo a la determinación cierta de la consecuencia jurídica.

El Tribunal aclara con suma precisión que: “En realidad, la consideración de esa singularidad en la magnitud del injusto material conforme lo estipulado por el art. 41 del CP... Por ende, no se lesiona el principio de legalidad penal en ningún de sus corolarios, más aun en la previa determinación por una ley formal del delito y la pena, pues una cuestión es la expresa consideración del legislador de la referencia a la violencia de género como agravante, por ejemplo, del delito de homicidio y la estipulación en abstracto de la escala penal a los fines del cumplimiento del mentado principio (v.gr., art. 80, inc. 11, CP), y otra, distinta, es aquella referida a la naturaleza de la acción y la particular concreción de la misma en los sucesos atribuidos (como en la presente causa), como una de las pautas de mensuración de la proporción de la pena en su conjunción con el injusto culpable.

Sin dudas que en este caso es un típico caso de violencia sexual ejercida con violencia de género y en este sentido Refi y Pastorini (2020, p. 118) dicen que: “No obstante ello, si bien no existe, aún en nuestro país, una regulación ni tratamiento específico a esta nueva modalidad de violencia hacia las mujeres con la utilización de medios tecnológicos, analizaremos las figuras delictivas –algunas actualmente incluidas en nuestro derecho interno– en donde las TIC son utilizadas como medio o como fin, para allí poder analizar si ellas también pueden ser analizadas con perspectiva de género”.

Claramente coincido con los autores citados y en este caso considero, que Argentina en estos casos puede no estar respetando el derecho internacional en relación a sancionar y erradicar hechos de violencia de género, como ya lo dije en Ambrosio

(2018, p. 44) “Atento a que violencia contra la mujeres, incluye la violencia de tipo sexual, esta característica de violencia tendría que ser agravante, no solo en esta figura que incluye a las niñas víctimas de ‘ciberacoso’, sino que esta característica debería incluir un tipo agravante en todos los delitos sexuales, cuando éstos se produzcan como consecuencia de ser mujeres o por odio o desprecio hacia el género femenino; ausencia que debería ser remediada en una eventual reforma del Código Penal, para evitar condenas en tribunales internacionales, por no adecuar nuestra legislación interna a los compromisos internacionales contraídos”. Y por ello creo que la solución del tribunal es prudente y razonable.

9. Una valiosa recomendación para los tribunales inferiores

Por último, el Tribunal efectuó una recomendación al Tribunal de origen y para los Tribunales inferiores para que, en lo sucesivo, observe lo dispuesto por la “Regla de Heredia n° 5”, en cuanto a que cuando sea necesario consignar en los fallos que se dicten datos personales que se refieran a niños, niñas, adolescentes (menores) o incapaces o bien, cuando se trate de datos relativos a víctimas de violencia sexual, estos sean inicializados. Situación que también deberá ser considerada con los familiares de los mismos, en atención al riesgo que entraña la publicidad de la sentencia para su privacidad e intimidad, ya que afectada una vez, supone no volver a revictimizarlas.

10. Conclusiones finales

Luego de formularnos la pregunta de inicio y preguntarnos, si ¿se puede cometer abuso sexual sin tocar a la víctima y sin tener intermediación de la misma? y luego de recorrer los argumentos utilizados por la defensa con apoyo doctrinario y los esgrimidos por el máximo Tribunal Cordobés, podemos decir que la solución que el mismo propone, puede generar debate y al mismo tiempo romper una barrera y un mito que había impuesto la doctrina, con apoyo en una categoría dogmática, para explicar un hecho social y cultural socialmente dañoso y digno de reproche penal.

Con esto no digo que se pretenda dejar de lado los aportes de la dogmática, ni tratar de pensar y analizar las novedosas teorías nacionales o extranjeras que aportan elementos para entender y justificar dentro del derecho penal ciertas cuestiones problemáticas, si no que digo que ello requiere una adecuación o retroalimentación de la realidad o un acercamiento a la casuística para generar una reconciliación y un aire de legitimidad a nuestro Poder Judicial y a nuestras normas jurídicas que muchas veces pierden sentido si las aplica fuera de contexto.

Ahora bien, es de destacar la frescura con la que aborda el máximo Tribunal provincial, la cuestión trayendo a la actualidad una interpretación que tiene más de 40 años, de uno de los grandes penalistas argentinos, resolviendo con prestancia un problema que la doctrina actual se encargó de generar, con creaciones como lo son las categorías de la teoría del delito, como lo es la imposibilidad de cometer con autoría mediata los llamados “delitos de propia mano” y cuestiones que pretenden explicar la autoría como la del “dominio del hecho” entre otras elucubraciones dogmáticas como la “coautoría funcional”, que se importan al derecho local sin una adaptación al

contexto social y cultural y sobre todo sin tener en cuenta el contexto y evolución del Derecho Penal Argentino, que muchas veces se pretenden erigir como soluciones salvadoras y luego suelen generar más dudas que certezas.

Esas dudas muchas veces, se producen desde una posición de poder o autoridad supuesta que tiene la doctrina sobre ciertas cuestiones, que curiosamente también puede explicar cómo se construye la misma, que suelen partir de la certeza y luego despejar las dudas con la sola autoridad de ser un concepto extraído de una doctrina importada o famosa, como si fuera un frontón, que devuelve todas las pelotas, aunque la pared, cambie, desaparezca o sea de una realidad particular, que es la forma cómo se suele presentar en la práctica la interacción social o cultural.

Para ello vuelven a ser vigentes las palabras de Núñez en el Prólogo de su obra “Derecho Penal Argentino” quien dice: “Para quien se dispone a escribir un Tratado del Derecho Penal Argentino, una cosa debe ser evidente: que ya otros autores, formaron a su cargo, en condiciones mucho más desfavorables que las posibilidades por ellos a los que quieran continuar su obra, la transfusión a nuestro medio de los principios elaborados por teóricos extranjeros para comprender y desarrollar la ‘ley penal’. Después de lo aportado a ese respecto por ‘La Reforma Penal’ de Julio Herrera, el ‘Derecho Penal Argentino’ de Sebastián Soler y el ‘Tratado de Derecho Penal’ de Luis Jiménez de Asúa, un estudio del Derecho Penal Positivo encarado con más espíritu de enseñanza científica que de exposición de sus propios principios, con arreglo a sus fuentes, a su doctrina y a su práctica, no respondería a las necesidades reales del país. La obra que aparece a la luz con este primer tomo, aspira a constituir por lo menos un peldaño más del camino a recorrer en dirección de esa exigencia. Su logro total sólo será posible repensando, una y otra vez, en sucesivas reelaboraciones, los objetos de su preocupación, según los ulteriores puntos de vista de la teoría, de la legislación y de la práctica. Sólo así, con esta colaboración, en la que, por lógica implicancia, deberían desempeñar un papel primordial los jóvenes juristas del país, será factible llegar a echar las bases de una auténtica teoría del Derecho Penal Argentino, que guíe con mano firme la interpretación y la reforma del Derecho Positivo”.

Por otro lado una mirada interdisciplinaria, seria y comprometida, que parte de las preguntas, orientada al análisis de la casuística y la práctica, debe ser sopesada en el supuesto que analiza esta interesante jurisprudencia, porque además de los argumentos que hemos rescatado, corresponde poner en la balanza de la justicia, cuestiones como el daño psicológico que pueden causar los abusos sexuales, cualquiera que sea la forma de que éste se realicen, además que ello pueda ser evaluado desde la política criminal, en razón de hacernos repensar las penas que se pueden imponer cuando se cometen estas acciones, en pos de una sociedad más justa.

En este sentido el Tribunal adopta una solución que parece más razonable acorde a la normativa nacional e internacional vigente, en cuanto reconoce con valentía que se trata de un hecho característico de violencia de género que pese a que se puede inferir que él mismo piensa que la acción, debe ser agravada por el Derecho Penal y por ello toma las características y modalidades del hecho para adecuar la pena dentro de las pautas de los art. 40 y 41 del CP, una solución que sin dudas pone justicia a un flagelo, como lo es la “violencia de género”, que amenaza a nuestra sociedad y que merece un reproche para una situación que supone desigualdad, pero

que tarde o temprano se tendrá que corresponder con una solución normativa superadora.

No solo la solución que propone el alto Tribunal Provincial, es novedosa porque apela a interpretar la realidad social, a lo clásico y a lo sobrio del derecho Penal Argentino, para luego desnudar las falacias dogmáticas, sino que también toma opiniones del derecho comparado y lo más moderno de la dogmática para derrumbar un mito, que admitía en su mayoría la doctrina nacional, como algo imposible e irrealizable, que también se derrumbó como un castillo de naipes, solo con desempolvar el Tratado de Penal del recordado Ricardo Núñez y mostrar una práctica social como lo son el uso de las TIC, más allá del elevado razonamiento del Tribunal.

Estimo que este fallo nos deja una moraleja, que nos debe hacer pensar sobre todo a los penalistas, actores y operadores del sistema Penal Argentino, en cuanto nos expone y literalmente nos deja al desnudo, pero sobre todo nos exhibe, lo que puede ser una particular y sesgada forma de pensar los hechos de la realidad y nos enseña el punto de partida para entender como surgen las cavilaciones dogmáticas, formulando las respuestas antes de las preguntas, que muchas veces, suponen que tenemos que barajar y dar de nuevo para indagar y resolver los problemas cotidianos.

Estimo finalmente que hay situaciones en las cuales la dogmática suele categorizar sin pensar las consecuencias que pueden tener las interpretaciones meramente doctrinarias y alejadas del texto de la ley y de la interpretación cultural de las acciones, como las que se propusieron para este caso; sin pensar por ejemplo que las víctimas de estos hechos comprometieron su vida social por lapsos de hasta seis años de duración y en las cuales fueron sometidas a vejaciones y ataques a su auto-determinación sexual y a su dignidad, sin distinguir que sean mujeres mayores o menores de edad, con hechos típicos que suponen un abuso sexual en el sentido legal y cabal de la palabra.

Referencias

- Ambrosis, Roberto M., *Las redes del delito*, www.astrea.com.ar/resources/doctrina/doctrina0466.pdf, 2018 (con la colaboración de Mariano Refi).
- Cugat Mauri, Miriam, *La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso*, en Riquert, Marcelo A. (coord.), "Ciberdelitos", Bs. As., Hammurabi, 2019, p. 250 y siguientes.
- De Luca, Javier A. - López Casariego, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Bs. As., Hammurabi, 2009.
- Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1964, t. IV, p. 311 y 312.
- Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino. Parte general*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1959, t. I, Prólogo.
- ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, publica la Observación General n° 25 "Los derechos de los niños en relación con el entorno digital".

Refi, Mariano - Pastorini, Joselina, *Violencia de género digital: Nuevos desafíos para el Sistema Penal Argentino*, "Revista digital Perspectivas de la UCAP", n° 3, 2020.

Recomendación General n° 35, 2017, citado en el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias del Consejo de Derechos Humanos, perteneciente a la Organización de Naciones Unidas (ONU), A/HRC/38/47 de fecha 18/6/2018, disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=106.

Rivero, María del Carmen, *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, "Revista de la Universidad de Sevilla", disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/57094>.

© Editorial Astrea, 2022. Todos los derechos reservados.

