



myf

280

# Mirada contemporánea del artículo 120 del Código Penal

Dra. Martina **Guirado**

*Defensora Pública Adjunta del Servicio Público Provincial  
de la Defensa Penal, Rosario.*

myf

281

## Resumen

*El presente artículo realiza un desarrollo histórico del artículo 120 del Código Penal<sup>1</sup>, destacando las reformas recientes que lo impactan directa o indirectamente. Se propone un análisis conglobado de la norma con perspectiva de género e infancias y se vincula este delito con figuras civiles y penales que conducen a problematizar la autonomía sexual de las personas adolescentes. A modo de cierre, se sugieren algunos interrogantes que ponen de relieve la tensión entre los estándares rígidos de la ley penal y flexibles de la ley civil, la noción de consentimiento sexual puesta bajo sospecha por los feminismos y los límites de la intervención penal y de la protección bien jurídico.*

### 1. Desarrollo histórico del artículo 120 del CP

#### 1.1. Desde la sanción del CP hasta la ley 25.087

**E**l artículo 120 del CP, tradicionalmente conocido como delito de “estupro”<sup>2</sup>, sanciona penalmente

a quien tiene un contacto sexual gravemente ultrajante o acceso carnal por cualquier vía con una persona de trece a dieciséis años de edad aprovechándose de su inmadurez sexual.

El desarrollo histórico de la normatividad destaca las reformas legales que impactaron directamente o indirectamente en su aplicación, así como también los momentos históricos en los que estos cambios tuvieron lugar.

El delito contemplado en el artículo 120 del CP es una variante del abuso sexual contemplado en el artículo 119; mientras que el artículo 119 se ha ocupado históricamente de los abusos sexuales sin consentimiento, el 120 ha captado en forma residual el abuso sexual con el consentimiento de la víctima.

El artículo 119 y 120 en su redacción originaria<sup>3</sup> estaban insertos en el Capítulo 2 “Violación y estupro” dentro del Título III “Delitos contra la honestidad”. El artículo 119 establecía: será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que

tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1. Cuando la víctima fuere menor de trece años; 2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir; 3. Cuando usare fuerza o intimidación. El artículo 120, por su parte, reprimía con pena de tres a seis años de prisión cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encuentre en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior. Dichas circunstancias reflejan la ausencia de consentimiento para el acceso carnal, por lo que a contrario *sensu* **el artículo 120 refiere al acceso carnal de una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince con su consentimiento.**

Históricamente, se ha concebido al delito de estupro como el delito que se comete bajo la modalidad de seducción. Ello fue así aun después de la reforma del año 1891 en el Código de 1887, la que introdujo el concepto de “honestidad” para reemplazar el

de “virginidad” y suprimió por vago e impreciso el concepto de “seducción”. No obstante esta reforma, que tiene singular importancia por el cambio del concepto “virginidad” por el de “honestidad”, en la interpretación del tipo de estupro debía tenerse presente aun la idea de “seducción”. Así como en el caso del acceso carnal con una persona menor de doce años se presumía la violencia por total inexperiencia de la víctima, en el caso de acceso carnal con una mayor de doce y menor de quince años, se presumía la seducción ya que, por tratarse la víctima de una mujer honesta, no debía entenderse que se haya entregado, sino más bien cedido a los halagos y artificios del seductor<sup>4</sup>.

Ahora bien, es oportuno hacer una digresión para poner de resalto las palabras que describen la conducta alcanzada por el artículo 120. Los términos utilizados en los textos proyectados previos al CP de 1921 y la versión luego codificada revelan la desigualdad de poder entre varones y mujeres en la estructura social de la época, la presencia marcada de es-

tereotipos de género y la objetivación sexual de la mujer.

Esta versión del artículo 120 del CP, que dio el nombre de “estupro” a este delito, se mantuvo intacta hasta su reforma por la ley 25.087<sup>5</sup>. A partir de entonces, el Título III pasó a la llamarse “Delitos contra la integridad sexual”, la rúbrica del Capítulo 2 fue derogada y se modificó el artículo base, es decir el 119, y también el 120 del CP<sup>6</sup>. La relación género-especie entre los artículos 119 y 120 se mantuvo; de hecho, el 120 continúa remitiéndose al 119 donde están descriptas las conductas delictivas captadas por aquél.

El artículo 119 y 120 de acuerdo a la ley 25.087 quedaron redactados de la siguiente forma:

**Artículo 119:** *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**<sup>7</sup> o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o*

*aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*

*La pena será de cuatro 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.***

*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión **cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.***

*En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas,*

o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

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

**Artículo 120:** *Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor<sup>8</sup>, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.*

*La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto pá-*

*rrafo del artículo 119.*

Antes de continuar con el desarrollo histórico, es necesario hacer un paréntesis aquí. Las palabras que describen la conducta típica luego de la ley 25.087 representan un viraje decisivo, al menos desde lo formal del texto, ya que no hay distinción de sexo de las víctimas adolescentes (pueden ser mujeres o varones) y se prescinde de la referencia a la honestidad que condensaba gran parte la objetivación sexual a la mujer antes denunciada. Desde esta reforma, el acento se halla fundamentalmente en la inmadurez sexual y en el aprovechamiento.

Pese a que el tercer párrafo del artículo 119 fue reformado por la ley 27.352<sup>9</sup>, la letra del 120 se mantuvo intacta. Sin embargo, la especificación de las vías y las formas del acceso carnal recientemente incluidas en el tercer párrafo del artículo 119, tienen impacto directo sobre el 120, el que expresamente envía a las conductas descritas en el tercer párrafo del 119.

El tercer párrafo del artículo 119 que-

dó redactado de la siguiente forma: La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías<sup>10</sup>.

En consecuencia, las dos notas distintivas del artículo 120 en su redacción actual son, por un lado, **que la víctima es una persona de entre trece y dieciséis años**, ya que si es una persona menor de trece años el caso queda automáticamente abarcado en el primer párrafo del artículo 119; y por otro lado, **que el autor aprovechándose de la inmadurez sexual de la víctima** en razón de su mayoría de edad, su relación de preeminencia respecto de ésta u otra conducta equivalente, **obtiene su consentimiento para llevar a cabo el acto sexual** -a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de abuso sexual del 119 en los que el agresor actúa contra la voluntad de la víctima-. Los actos de contenido sexual son gravemente ultrajantes, y/o

acceso carnal por vía anal, vaginal u oral, y otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

### 1.2. Reformas recientes

Resulta oportuno detenerse, por un lado, en tres reformas recientes de la parte general del CP que han tenido incidencia en la normatividad estudiada y, por otro lado, en la reforma del año 2017 a ley de ejecución penal en cuanto refiere al régimen resocializador de las personas condenadas por abuso sexual.

*a) Reformas a la parte general del CP: suspensión del plazo de prescripción de la acción, inhabilitación especial perpetua y persecución de oficio.*

De acuerdo a la modificación introducida por el artículo 2 de la 27.206, durante la minoría de edad de la víctima se suspende la prescripción de la acción por el delito previsto en el artículo 120 del CP<sup>11</sup>, de manera tal que, si los representantes legales de la persona afectada no denunciaran el hecho o

bien no habilitaran la instancia cuando fueran requeridos, la víctima una vez cumplida la mayoría de edad podría por sí denunciar o habilitar la instancia, en su caso, a los fines de la investigación y sanción del hecho. Además, el artículo 1 de la ley 27.206 agregó la pena de inhabilitación especial perpetua para en caso de los delitos previstos en los artículos 119 y 120, entre otros delitos contra la libertad e integridad sexual, cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión<sup>12</sup>.

Si bien actualmente no es necesaria la habilitación de instancia<sup>13</sup> como presupuesto para la investigación y sanción de la conducta delictiva descripta en el artículo 120 del CP, porque los sujetos pasivos del delito estudiado son víctimas menores de dieciocho años<sup>14</sup>, se trata de una novedad introducida por la ley 27.455<sup>15</sup> que alcanza a todos los hechos posteriores a su entrada en vigor. La misma advertencia aplica a la suspensión de la prescripción en los hechos acontecidos con anterioridad a la sanción de la ley 27.206<sup>16</sup>.

*b) Modificación del tratamiento resocializante para personas condenadas por abuso sexual.*

Desde la ley 27.375<sup>17</sup> opera un endurecimiento punitivo extremo sobre las personas condenadas por el delito de estupro<sup>18</sup>, quienes fueron privadas dos de los cuatro periodos del régimen penitenciario resocializante<sup>19</sup> y progresivo<sup>20</sup>. Nótese que desde la incorporación del artículo 120 al listado de delitos previsto en el artículo 56 bis de la ley 24.660, no pueden acceder a los derechos del periodo de prueba (salidas transitorias, salidas laborales y alojamiento en un establecimiento abierto) y tampoco a la libertad condicional (aunque no sean reincidentes) porque este mismo listado de delitos se encuentra también agregado al artículo 14 segunda parte del CP<sup>21</sup>. En este caso, se aplica un régimen penitenciario diferenciado, que solo autoriza salidas transitorias muy limitadas que casi coinciden con el vencimiento de la pena para reemplazar los dos periodos de ejecución de la pena suprimidos<sup>22</sup>. De todos modos, corre aquí la misma observación

respecto de la irretroactividad de la ley penal más gravosa.

### 1.3. La doctrina y la jurisprudencia

La doctrina y la jurisprudencia en la temática escogida no es caudalosa como ocurre con el artículo 119 del CP. Si bien el artículo 120 del CP no puede desvincularse del 119, donde se hallan descritas acciones de aprovechamiento que debe desplegar el sujeto activo y las agravantes, la doctrina desde siempre ha brindado mayor atención al artículo 119 del CP relegando al 120 a un papel secundario respecto de aquél. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer que fueron las críticas académicas las que auspiciaron la reforma de la ley 25.087, la que sin lugar a dudas significó un viraje decisivo de las conductas típicas de los artículos 119 y 120. Si bien las reformas sucesivas se nutrieron de la labor académica, no es menos cierto que luego de la sanción de la ley 26.485<sup>23</sup> la producción legislativa con perspectiva de género e infancias fue incrementándose hasta convertirse en un eje central de la política le-

gislativa de nuestros días, como pudo apreciarse en el desarrollo histórico realizado párrafos atrás<sup>24</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, se ha proyectado en idéntico sentido y ello es notorio si tiene en cuenta el caudal de fallos que refieren al artículo 119 en comparación con el 120<sup>25</sup>. Esto puede advertirse fácilmente, por ejemplo, si consideramos la producción de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia sexual (en términos del artículo 119) sufrida por mujeres e infancias de las últimas dos décadas<sup>26</sup>, y las pocas referencias al estupro en particular<sup>27</sup>.

### 1.4. Los proyectos de reforma y la legislación comparada

A la hora de evaluación la situación actual del estupro en la legislación argentina, deben considerarse los proyectos de reforma reciente y la legislación comparada.

El Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal del 2006 no contemplaba una

normal igual o similar al artículo 120 CP<sup>28</sup>. El Anteproyecto de Código Penal de la Nación del 2014, por su parte, estableció el estupro en el artículo 128 sancionando a quien siendo mayor de edad, realizare cualquiera de los actos de los artículos 126 y 127 (violación y otros abusos sexuales, respectivamente) con el consentimiento de una persona mayor de trece años y menor de dieciséis, aprovechándose de una situación o relación familiar, de convivencia, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima<sup>29</sup>. El Proyecto de Reforma al Código Penal de la Nación de 2019 previó el artículo 120 en su versión actual<sup>30</sup>.

Vale resaltar que los proyectos actuales de reforma parcial con incidencia en la figura en estudio se hallan vinculados a la imprescriptibilidad de los abusos sexuales de víctimas menores de edad y al aumento de las penas<sup>31</sup>.

Por otra parte, la heterogeneidad de criterios en el derecho comparado no contribuye a establecer un criterio general en la materia, si bien aporta nuevos ingredientes al debate refe-

ridos a las conductas que encuadran dentro de la figura del estupro y la sanción a imponer al aprovechador. Nótese que en general el mínimo penal en abstracto es más bajo del establecido en la figura básica del artículo 120 CP y en algunos casos la pena de prisión es alternativa con la pena de multa o trabajos comunitarios<sup>32</sup>.

## 2. Problematizar el artículo 120 del CP

El interés en la problematización del artículo 120 del CP aflora con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial<sup>33</sup>, que en su artículo 26 regula el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, en especial de adolescentes entre trece y dieciséis años. El artículo 26 del CCC<sup>34</sup> dispone que mientras no se afecte de manera considerable la salud o se requiera la expresa intervención de los representantes legales de la persona entre trece y dieciséis años, ésta puede decidir por sí sobre todo asunto permitido por el ordenamiento jurídico, lo que incluye numerosos

asuntos referentes a su vida íntima, entre ellos, su sexualidad. En otras palabras, la persona entre trece y dieciséis años, que es la misma franja etaria que puede ser víctima de los hechos del artículo 120 del CP, tiene una autonomía progresiva condicionada por la ley para su protección<sup>35</sup> con amplias facultades en cuanto refiere a su libertad sexual.

El hecho de que los adolescentes alcanzados por el artículo 26 del CCC sean los sujetos pasivos de la conducta delictiva prevista en el artículo 120 del CP marca –cuando menos– la necesidad de repensar la autodeterminación sexual de las personas comprendidas en este grupo, incorporar la perspectiva de género y niñez desde un enfoque interdisciplinar y analizar el aprovechamiento –base de la conducta punible– a partir de categorías contemporáneas que integren el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Se hace patente la tensión entre la madurez/inmadurez sexual y la autonomía progresiva, y –a su vez– entre los estándares rígidos y flexibles,

respectivamente, que fijan el derecho penal y el derecho civil<sup>xxxvi</sup>, tensiones que se agudizan más aun considerando los aportes de la bioética<sup>37</sup>, cuyas reglas guiaron el articulado del CCC<sup>38</sup>.

En este sentido, cobra relevancia la noción de consentimiento sexual desde una óptica interseccional crítica de los estereotipos de género que subyacen en sus significados<sup>39</sup>, al mismo tiempo que torna crucial su vinculación con otras figuras penales y no penales. El consentimiento para el acto sexual puede relacionarse, por un lado, con el consentimiento informado del derecho a la salud –en todo conectado con el artículo 26 del CCC– y en particular con el consentimiento de personas adolescentes para la interrupción voluntaria del embarazo<sup>40</sup> y para acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida<sup>41</sup>.

Por otro lado, el consentimiento sexual que brinda la víctima de estupro puede relacionarse con el consentimiento

que manifiesta la víctima del delito de trata de personas<sup>42</sup>, de promoción y facilitación de la prostitución<sup>43</sup>, y también de explotación económica de la prostitución<sup>44</sup>, ya que en estos supuestos el delito se comete aun cuando mediare consentimiento de la víctima, como ocurre con el artículo 120 del CP.

En este orden de ideas, también es importante indagar sobre la noción de aprovechamiento en otros tipos penales y en el CCC, y evaluar si existe correspondencia entre el aprovechamiento sexual del estupro y el aprovechamiento económico de la usura<sup>45</sup> del artículo 175 bis del CP. También es relevante valorar si hay un paralelismo entre la acción de quien se aprovecha de la inmadurez sexual de una persona adolescente y la acción de quien explota la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia en la lesión<sup>46</sup> del artículo 332 del CCC o la acción de quien abusa del derecho<sup>47</sup> en los términos del artículo 10 del CCC. Este último análisis es especialmente interesante si atendemos a los efectos de la infracción de la ley civil y penal: en el primer caso, la sanción es la inva-

lidez del acto jurídico el acto jurídico es invalidez de acto y, en el segundo caso, la condena a prisión de quien se aprovecha de la persona adolescente.

### 3. Reflexiones finales

A modo cierre, se sugieren algunos interrogantes que –a criterio de quien escribe– no pueden ser dejados de lado al momento de estudiar la figura, pero no comienzan ni terminan aquí; son aportes para repensar el estupro con mirada de género y niñez y resignificar el contenido del comportamiento típico considerando el ordenamiento jurídico en su conjunto.

La tensión entre los estándares rígidos de la ley penal y flexibles de la ley civil, la noción de consentimiento sexual puesta bajo sospecha por los feminismos y los límites de la intervención penal y de la protección bien jurídico, conducen a estas preguntas: ¿Cómo se resuelve la tensión entre el estándar flexible que habilita la autonomía progresiva del artículo 26 del CCC y el estándar rígido por edades estableci-

do en el artículo 120 del CP? ¿Cómo se relaciona el concepto de “madurez suficiente” referido en los artículos 24.b y 26 segundo párrafo del CCC con el concepto de “inmadurez sexual” del artículo 120 del CP? ¿El abuso sexual con aprovechamiento es equivalente al abuso sexual sin consentimiento? ¿Es posible resignificar los alcances del aprovechamiento sexual teniendo en cuenta los sesgos androcéntricos implícitos en la noción de consentimiento sexual? ¿La autonomía e intimidad de las personas adolescentes entre trece y dieciséis años se encuentra desprotegida sin la intervención penal? ■

#### CITAS

<sup>1</sup> En adelante CP.

<sup>2</sup> El artículo 120 del CP en su redacción actual reemplaza al viejo tipo penal de estupro, previsto en la anterior versión del artículo 120, aunque contiene puntuales y serias diferencias que ciertamente, más allá de alguna similitud, tornan dificultoso trazar un paralelo. D’ALESSIO, ANDRÉS J. (Director), *Código Penal*

*Comentado y Anotado*, Parte Especial (arts. 79 a 306), 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 185.

<sup>3</sup> En el Código Penal de 1921.

<sup>4</sup> D'ALLESIO, ANDRÉS J. (Director), *Código Penal Comentado y Anotado*, Parte Especial (arts. 79 a 306), 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 261 y 262, citando a SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T° 3, TEA, Buenos Aires, 1987, p. 318. En este sentido, es interesante estudiar la figura del estupro desde la perspectiva histórica precolombina y religiosa. VILLADA, JORGE L., *Delitos sexuales y trata de personas. Concordado con legislación latinoamericana y europea*, 4ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 294 y ss.

<sup>5</sup> B.O. 14/5/1999. Véanse críticas a la regulación y al término “honestidad” en DE LUCA, JAVIER A. – LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, *Delitos contra la integridad sexual*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009; TENCA, MARCELO A., *Delitos sexuales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, p.183 y ss. También en DONNA, EDUARDO A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 105 y ss.

<sup>6</sup> Por otra parte, con la ley 25.087 se derogaron

los artículos 121, 122 y 123 comprendidos en el Capítulo 2 -los que fueron reformulados e incluidos en la fórmula del artículo 119- así como también fueron modificados los artículos comprendidos en los Capítulos 3 y 4. El Capítulo 1: “Adulterio” y el artículo 118 que contenía la tipificación de dicha conducta ya habían sido derogados por la ley 24.453, B.O. 7/3/1995. Véanse críticas a la regulación y al término “honestidad” en DE LUCA - LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, ob. cit.

<sup>7</sup> La negrita me pertenece.

<sup>8</sup> PETEAN GIOFFRE, MARIANO, “¿Se agravó el delito de estupro?”, en ZAFFARONI, RAÚL A. (Dir.), BAILONE, MATÍAS – CODINO, RODRIGO (Coords.), *Revista de Derecho penal y criminología. Delitos económicos, contravencional, garantías constitucionales, procesal penal, ejecución de pena*, año V, n° 2, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 24 y ss. El autor advierte si el elemento del tipo objetivo “mayoría de edad” del artículo 120 CP pasó a ser 18 años de acuerdo al CCC, se modifica un elemento constitutivo del tipo penal (los autores entendían que mayoría de edad era 21 años), lo que importaría un agravamiento en la configuración del mismo, ya que lo que antes era considerado relaciones sexuales entre adolescentes sin pena, aho-

ra constituye delito. El autor entiende que no hay un agravamiento del estupro sin una ampliación del ámbito de punibilidad del tipo penal de estupro. Si bien este artículo mira la edad del imputado y no de la víctima, tiene relación con el tema que nos ocupa en cuanto advierte el impacto del CCC y del artículo 126 en particular sobre el sujeto activo del delito.

<sup>9</sup> B.O. 17/5/2017.

<sup>10</sup> Sobre este tópico, GARONE, GUILLERMO M., “La reforma del artículo 119 del Código Penal introducida por la ley 27.352: ¿fin de la discusión?”, en ZAFFARONI, RAÚL A. (Dir.), BAILONE, MATÍAS – CODINO, RODRIGO (coords.), *Revista de Derecho penal y criminología. Delitos económicos, contravencional, garantías constitucionales, procesal penal, ejecución de pena*, año VIII, n° 11, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 35 y ss. SANFILIPPO, ALEJANDRO, *doctrina “Evolución legislativa del artículo 119 del Código Penal. De la violación al nuevo abuso sexual con acceso carnal”*, en ZAFFARONI, RAÚL A. (Dir.), BAILONE, MATÍAS – ANITUA, GABRIEL I. (coords.), *Revista de Derecho penal y criminología. Delitos económicos, contravencional, garantías constitucionales, procesal penal, ejecución de pena*, año IX, n° 4, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 33 y ss.

<sup>11</sup> Artículo 67 cuarto párrafo del CP incorporado por la ley 27.206, B.O. 10/11/2015.

<sup>12</sup> Artículo 20 bis último párrafo del CP incorporado por la ley 27.206, B.O. 10/11/2015.

<sup>13</sup> Autorización que formula la víctima junto con la denuncia para que los hechos puedan ser investigados penalmente. La habilitación de instancia es un requisito previo para algunos delitos especificados en el artículo 72 del CP.

<sup>14</sup> Artículo 72, párrafo segundo, apartado a) del CP.

<sup>15</sup> B.O. 25/10/18.

<sup>16</sup> La ley penal es irretroactiva (salvo cuando es más benigna) y, por lo tanto, inaplicable a los casos pasados (Artículos 18 de la Constitución Nacional, 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos, 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 del CP). Sin embargo, hay un sector minoritario de la doctrina y la jurisprudencia que invoca la imprescriptibilidad de los delitos sexuales (fuera del caso de los hechos cometidos en el marco del terrorismo de estado), en estos casos se invocan normas

convencionales previas a la vigencia de la ley 27.206. Si bien este tópico excede el marco de este trabajo, debo mencionar el debate actual sobre “*los juicios por la verdad*” en casos de abuso sexual, aunque la acción penal esté prescripta, a la luz del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reconocidos precedentes.

<sup>17</sup> B.O. 28/7/2017.

<sup>18</sup> Así como también para otros delitos de la especie y otros tantos que afectan bienes jurídicos diferentes a la integridad sexual, como la vida, la propiedad, la salud pública, por mencionar solo algunos. Véanse los artículos 56 bis de la ley 24.660 y 14 del CP, ambos según la ley 27.375.

<sup>19</sup> La finalidad de la pena es la reinserción social del condenado de acuerdo a los artículos 18 de la CN, 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 1 de la ley 24.660.

<sup>20</sup> El artículo 12 de la ley 24.660 establece que el régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se

caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional.

<sup>21</sup> Sin perjuicio de que producto de las reformas introducidas en por la misma ley 27.375 en los artículos 228 y 229 de la ley 24.660 no sería directamente aplicable la reforma en el artículo 56 bis, aunque se aplican en la actualidad por nuestros tribunales en Santa Fe, sin la adhesión o ley local de Santa Fe.

<sup>22</sup> El artículo 56 quáter de la ley 24.660, introducido por la ley 27.375, establece un “*régimen preparatorio para la liberación*” para garantizar la progresividad.

<sup>23</sup> Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, B.O. 14/04/2009.

<sup>24</sup> Aunque la reforma de la ley 27.375 que incluyó el artículo 120 en el artículo 14 segunda parte de CP y en el artículo 56 bis de la ley 24.660 no responde directamente al activismo feminista, sino que responde una respuesta legislativa punitivista ante determinados hechos.

<sup>25</sup> Esta situación está ligada al flujo de casos que recibieron y reciben los Tribunales.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso González y otras (“*Campo Algodonero*”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277; Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; entre otros.

<sup>27</sup> Véase el caso “Guzmán Albarracín y otros

vs. Ecuador, Sentencia de fecha 24/06/2020, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_405\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf) [12/07/2023]

<sup>28</sup> Título V del Anteproyecto refiere a los delitos contra la libertad e integridad sexual suprimiendo la figura del artículo 120 actual y reformulando el artículo 119 en dos artículos diferentes (154 y 155).

<sup>29</sup> Véase en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 198, 199, 390 y 391 [26.08.2023]

<sup>30</sup> Véase en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/52.19/PE/PL> p. 67 y 68 [15/3/2023] El Proyecto 2019 perdió estado parlamentario y tuvo escaso trámite legislativo en su Cámara de ingreso que fue el Senado de la Nación.

<sup>31</sup> Véanse Expediente Diputados: 3004-D-2023 del 17/07/2023; Expediente Senado: 1033-S-2023 del 08/05/2023; Expediente Diputados: 1763-D-2023 del 26/04/2023; Expediente Senado: 0858-S-2023 del 18/04/2023; entre otros.

<sup>32</sup> En Paraguay el estupro es castigado con pena de prisión de hasta dos años o con multa (art. 137 y 138); Bolivia sanciona la con-

ducta con pena de dos a seis años (art. 309) y prevé agravamiento de pena de un tercio en supuestos específicos; Perú se castiga con pena de privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de 30 a 78 jornadas (art. 175 y 178), previéndose también la exención de pena por avenimiento en este supuesto; Chile se castiga con presidio menor (art. 363) y existen agravantes específicas (art. 368); Venezuela tiene una figura básica con una pena de prisión de seis a dieciocho meses y se prevén agravantes específicas (art. 379); Ecuador tiene una figura básica con pena de tres años de prisión y agravantes que aumentan la pena (art. 509, 510, 511, 515); Francia sanciona el estupro con pena de prisión de tres años y multa de 45.000 Euros (art. 227-27). VILLADA, JORGE L., *Delitos sexuales y trata de personas. Concordado con legislación latinoamericana y europea*, 4ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 317 y ss.

<sup>33</sup> En adelante CCC.

<sup>34</sup> El artículo 26 del CCC expresa: “*la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el*

ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

<sup>35</sup> La obligación de protección especial respecto de las personas menores de edad, surge patente de la Convención de los Derechos de Niño (con jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la CN), del artículo 75 inciso 23 de la CN según el que el Congreso de la Nación debe legislar y promover medidas de acción positiva respecto de algunos sectores vulnerables entre los que se encuentra la

niñez, y de la ley nacional de protección integral de niñas, niños y adolescentes 26.061 y de la ley 12.967 de Santa Fe. Esta misma obligación está expresamente prevista en el artículo 19 de la CADH. En relación a la violencia sexual, los artículos 19 y 34 de la Convención de los Derechos del Niño obligan a los estados proteger la libertad e integridad sexual de las personas menores de edad.

<sup>36</sup> FIGARI, RUBÉN E., *Delitos sexuales*, 1ª ed., Buenos Aires Hammurabi, 2019, p. 178. El autor profundiza estas ideas en el artículo “A propósito del fallo V.C., W.N S/ abuso sexual a menor de trece años”, publicado el 22/5/2019 en [www.rubenfigari.com.ar](http://www.rubenfigari.com.ar) [20/3/2023]

<sup>37</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL A., “*Perspectivas jusfilosóficas de la Bioética y la globalización*” en CIURO CALDANI, MIGUEL Á. (Dir.), NOVELLI, MARIANO H. (Ed.), *Revista de Investigación y docencia del Centro de Investigaciones en filosofía jurídica y filosofía social*, Nro. 42, UNR, Rosario, 2009, p. 29. LAMM, ELEONORA, “*Actualidad bioética del mundo*”, en GROSMAN CECILIA – LLOVERAS, NORA – KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (DIRS.), SHERMAN, IDA (vicedir.), *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia*, Ejemplar 82, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 317.

<sup>38</sup> Así surge de los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p.550. Véase [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf) [18.4.2023]

<sup>39</sup> PÉREZ HERNÁNDEZ, YOLINLIZTLI; *Scielo (Scientific Electronic Library Online)*, Rev. Mex. Sociol vol.78 no.4 Ciudad de México oct. /dic. 2016, [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So188-25032016000400741](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So188-25032016000400741) [12/7/2023]

<sup>40</sup> La ley 27.610 en concordancia con la resolución 13535/2021 de Ministerio de Salud de la Nación y, en especial, con lo establecido en el protocolo anexo de ésta última. Véase el protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo, p. 27 y ss. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/350000-354999/350362/res1535.pdf> [25/3/2023]

<sup>41</sup> El artículo 5 de ley 26.743 establece para la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre (artículo 4) así como el tratamiento y/o intervención se realizan a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor. De acuerdo al artículo 11 de la misma ley prevé la intervención de la judicatura solo en caso de intervención quirúrgica total o parcial.

<sup>42</sup> El delito de trata de personas sanciona a quienes intervienen en el tráfico de personas con fines de explotación sexual, laboral o de otra clase, agravándose la figura básica (artículo 145 bis del CP) cuando la explotación se consuma (artículo 145 ter penúltimo párrafo del CP). También en este sentido, ley nacional 26.364 sobre la prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas y su modificatoria 26.842.

<sup>43</sup> El artículo 125 del CP dispone: “*el que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda*”.

<sup>44</sup> El artículo 127 del CP dispone: “*será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere*

*alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión*”.

<sup>45</sup> El artículo 175 bis del CP establece: “*el que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario. La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual*”.

<sup>46</sup> El artículo 332 del CCC expresa: “*puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción*”.

<sup>47</sup> El artículo 10 del CCC dispone: “*el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”.