

Nombre: Javier Teodoro Álvarez

Título de la Tesis: “*CORRUPCION DE MENORES: LA
SUPRESION DEL TIPO PENAL A LA LUZ DEL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y AUTONOMIA DE LA
VOLUNTAD*”.

Tutor: Hernán Gullco

Cantidad de palabras: 17.948

INDICE

Abreviaturas.....	3
Introducción	4
Formulación de la hipótesis.....	4

PRIMERA PARTE

LA CORRUPCION Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. El concepto de corrupción de menores.....	6
1.1. La doctrina y la jurisprudencia antes de la ley 25.087.....	6
1.2. La doctrina y la jurisprudencia después de la sanción de la ley 25.087.....	15

SEGUNDA PARTE

LA LIBERTAD SEXUAL DE LOS MENORES

1. Introducción.....	34
2. Actos corruptores per se Vs. consecuencias en el desarrollo de la sexualidad.....	35
3. La formación de la sexualidad.....	41
4. La libertad sexual de los menores.....	44

CONSIDERACIONES FINALES

1. La violación al mandato de máxima taxatividad legal.....	52
2. La violación al principio de intervención mínima.....	58
3. Algunas posibles soluciones.....	59
<i>Bibliografía</i>	66

ABREVIATURAS

CP.....	Código Penal
CPE.....	Código Penal Español
CN.....	Constitución Nacional
CADH.....	Convención Americana sobre Derechos Humanos
PIDCP.....	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CFCP.....	Cámara Federal de Casación Penal
TSJCBA.....	Tribunal Superior de Justicia de Córdoba
CNCRIM.....	Cámara Nacional Criminal y Correccional
TCASBSAS.....	Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires

I.- Introducción.

Nos proponemos analizar el concepto de la acción típica del art. 125 del CP a la luz de los principios constitucionales del Derecho Penal.

Para ello, elaboraremos un análisis comparativo de la doctrina y jurisprudencia evidenciando su evolución- o no- a lo largo de los años en función de las reformas al título III del Código Penal, especialmente a lo que refiere el cambio de bien jurídico y su impacto en el concepto de corrupción de menores.

Como consecuencia de ello, plantearemos la posible violación al principio de legalidad analizando las exigencias del mismo a la construcción de las normas penales y, particularmente, su impacto en el tipo penal en cuestión.

Luego, ingresaremos a desplegar el segundo análisis; esto es, la posible afectación a la libertad sexual de los menores a través de la tipificación del delito en cuestión.

De ésta manera expondremos la situación actual en la legislación Argentina en relación al principio de autonomía de la libertad especialmente a lo que se refiere al respeto a la libre determinación sexual de los menores de edad.

Así, confrontaremos dicha situación con el concepto de corrupción de menores evaluando la afectación al principio constitucional referido.

Finalmente, luego de todo el desarrollo propuesto, esbozaremos una propuesta superadora de la misma en resguardo a los principios constitucionales cuya violación se indica.

II.- Formulación y enunciación de la hipótesis.

Examinando los distintos conceptos de corrupción de menores que brinda la doctrina y la jurisprudencia, se analizará si frente a tales surge la necesidad de reconceptualizar dicho tipo penal a la luz del actual bien jurídico y la aceptación social de nuevas prácticas sexuales. De ésta manera se pretende verificar si el delito de corrupción de menores viola principios constitucionales del Derecho Penal tales como el principio de legalidad y el de intervención mínima del Derecho Penal. Ante ello, se analizará la posibilidad de prescindir de dicha figura de nuestro código penal y las posibles consecuencias brindando soluciones al respecto, particularmente analizando la experiencia en la legislación española.

De ésta manera, el enfoque de la investigación será la de afirmar la siguiente hipótesis:

“el delito de corrupción de menores tipificado en el artículo 125 del código Penal de la Nación viola el principio de legalidad y de intervención mínima del Derecho Penal, desprendiéndose de ello, la necesidad de su eliminación del Código Penal de la Nación sin que esto genere consecuencias arbitrarias no deseadas”.

PRIMERA PARTE

LA CORRUPCION Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como hemos afirmado, el art. 125 del CP no establece qué se entiende por “corrupción”, dejando en manos del juzgador establecer su concepto.

En los próximos acápite analizaremos el alcance de dicho verbo por la doctrina y la jurisprudencia, antes y después del cambio del bien jurídico a través de la ley 25.087.

II.1. La doctrina y la jurisprudencia antes de la ley 25.087.

Para analizar lo que la doctrina y la jurisprudencia entendían antes de la reforma de la ley 25.087 es preciso señalar que el delito de corrupción de menores se encontraba tipificado bajo el bien jurídico “honestidad” y, que el sujeto pasivo podía ser cualquier persona menor de 22 años.

Honestidad hacía referencia a moralidad sexual, se la definía como una vigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales¹. Cuando la ley habla de delitos contra la honestidad quiere referirse a hechos lesivos del pudor, es decir, a un sentimiento que se refiere a la normalidad y a la moralidad de los actos sexuales.²

Y, precisamente, respecto del delito de corrupción se entendía que atentaba contra la honestidad pues el perjuicio que la consumación de este delito causa en la víctima es la pérdida de esa condición.³

Asimismo, se afirmaba que el bien jurídico protegido por este delito no podía ser otro que el de la moralidad pública, entendiendo “que existe un derecho social interesado en mantener cierto grado de cultura en cuanto a las relaciones sexuales de las generaciones que deben constituir la colectividad”.⁴

Esta postura se reforzaba si se tenía en cuenta que precisamente a ello se debía que el legislador dándole mayor importancia al derecho social de la pública moralidad que al interés privado de la víctima, hizo de la corrupción de menores un delito de acción pública siendo el único de todos los que constituyen el título cuya acción no está supeditada a la denuncia ni de la víctima ni de sus representantes legales.⁵

Es por ello que se entendía como corromper a “alterar, modificar, descomponer y avasallar el principio moral de la honestidad constituyendo el primer peldaño en la escala de la degradación”.⁶

El acento estaba puesto exclusivamente en la naturaleza de los actos, vale decir, que los hechos debían ser “inmorales” pues de lo contrario se estaría frente a cualquier otro delito pero no al de corrupción.

De esta manera se afirmaba que “el acceso carnal normal que no llega a constituir el estupro, debemos descartarlo como elemento de corrupción, porque la

¹ SOLER, S. “*Derecho Penal argentino*”, pág. 270. Buenos Aires: Tea, 1978.

² GÓMEZ, E. “*Tratado de Derecho Penal*” T. III pág. 17, Buenos Aires: Cia. Argentina de Editores, 1940

³ FONTÁN BALESTRA, C. “*Tratado de Derecho Penal*” T. V, pág. 32, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980

⁴ GONZALEZ, J.F. “*El Código Penal y la Jurisprudencia*”, pág. 214 Buenos Aires: Cada Ed. E. Perrot, 1936

⁵ Idem.

⁶ Idem, pág. 221

cópula normal realizada por vía de seducción no constituye ninguna infracción delictuosa”.⁷ Por el contrario, el coito anal efectuado sobre el sujeto pasivo –siempre que no configure el delito de violación- debía considerarse como medio idóneo para constituir la corrupción.

Salvagno Campos sostenía que: “En general, podemos afirmar que todos los actos sexuales contra natura son idóneos para hacer surgir el delito de corrupción de menores, como lo son también todos los que, traduciendo un factor de disolución, pueden ser percibidos y compartidos por el menor con su calidad evidente de libinosidad”.⁸

Por su parte, Rodolfo Moreno⁹ nos dice que corromper es alterar las normas de corrección y entrar por sendas tortuosas, y ya en materia sexual es depravarse y faltar a los deberes contraídos.

Ricardo Núñez sostiene que “la corrupción es la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma. La depravación puramente moral, de los sentimientos y de las ideas sexuales, también es corrupción, pero no entra en el ámbito de los arts. 125 y 126. Éstos, atienden al efecto de esos sentimientos e ideas sobre el comportamiento de la persona en el ámbito sexual. La deformación de la práctica sexual de la víctima es, sin embargo, la secuela de la deformación de sus sentimientos e ideas sexuales”.¹⁰

Tanto Moreno como Núñez utilizan la palabra “depravar” en sus conceptos y suponen una manera correcta de realizar actos sexuales y quien se aparta de ellas, promoviendo o facilitando, tipifica el delito.

La clave del delito de corrupción de menores era cambiar la conducta sexual correcta. E, incluso, Núñez sostiene que el acto sexual normal por más inmoral que resultare “en su práctica, oportunidad y número”¹¹ no quedaba en el ámbito de los

⁷ Idem

⁸ SALVAGNO CAMPOS, C. “*Los delitos sexuales*” pág. 383, Montevideo: Peña, 1934

⁹ MORENO, R. (H) “*El Código Penal y sus antecedentes*”, pág. 281. Buenos Aires: Tomassi, A.H. Editor, 1923.

¹⁰ NUÑEZ, R. C. “*Tratado de Derecho Penal*” t. III, vol. II, Parte Especial. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1988.

¹¹ Ob. cit. pág. 342/343.

arts. 125 y 126, expresando “...es lo que sucede con el incesto y con la promoción o favorecimiento por motivos inmorales de entregas carnales normales”.

Para Eusebio Gómez, corrupción en sentido jurídico-penal significa un estado de depravación de la sexualidad que el sujeto activo promueve o facilita.¹²

Afirma Fontán Balestra que se promueve o facilita la corrupción a través de actos con significado sexual y capacidad para producir una alteración o modificación en las tendencias sexuales de la víctima. Exige, siguiendo a Carrara, que los actos, además de ser perversos, prematuros o excesivos, deben tener un alcance psicológico pues la corrupción es una alteración o modificación psíquica que incide en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima.¹³

Es necesario remarcar que el acento estaba puesto, entonces, en mantener a la práctica sexual dentro de lo considerado “normal”, así elimina la tipificación en la corrupción al incesto y al facilitamiento de la prostitución, si las relaciones se realizaban por vía normal (vaginal) señalando que quien promueve o facilita el trato sexual normal pero lucrativo de una menor, promueve o facilita la prostitución pero no la corrupción.¹⁴

Soler, señala que para entender el significado de la palabra corromper en su sentido jurídico, ya que gramaticalmente significa depravar, es necesario considerarla en relación al bien jurídico tutelado, es decir a la honestidad.¹⁵

Por ello, para Soler, corruptora “es la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad.”¹⁶ Llama relación sana a la biológicamente apta para la procreación, siempre en resguardo del bien jurídico honestidad (resguardo de pudor y virtud).

Si bien Soler avanza en relación al concepto de Núñez en tanto señala el sentido psicológico del acto y la incidencia en los sujetos pasivos, encuentra el límite en el bien jurídico tutelado.

¹² GÓMEZ, E. ob. cit. pág. 144

¹³ FONTÁN BALESTRA, C. ob. cit. pág. 126

¹⁴ LUENGO, L. “*Delitos Sexuales, visión totalizadora*”, pág. 74. Buenos Aires: Gráfica Sur, 2004.

¹⁵ LUENGO, L. ob. cit. pág. 76

¹⁶ SOLER, S. ob. cit. Pág. 308.

Ramos afirma que el delito de corrupción de menores posee una redacción enredada originando diversas cuestiones y planteando gravísimos problemas de doctrina y de orden interpretativo siendo la obligación de la doctrina tratar de aclarar dichos problemas. Así, sostiene que la corrupción afecta la moral de la víctima en función de sus atributos espirituales.¹⁷

Ya más cercano en el tiempo, Moras Mom afirma que la corrupción es una forma de depravación entendiendo a ésta como la acción nociva o acción de echar a perder la sexualidad. Para este autor, “la corrupción sexual no es sino la depravación espiritual de un sujeto, producida como consecuencia de la aprehensión de vicios, que, condicionando su forma de accionar en el área sexual, lo determinan a apartarse de lo normal, produciendo modos de conducta desviada”.¹⁸

De esta manera podemos afirmar que la doctrina, antes de la reforma de la ley 25.087, mantenía un concepto de corrupción de menores íntimamente ligado a lo que se entendía que era la normalidad sexual, distinguiendo entre actos sexuales correctos, es decir biológicamente aptos para la procreación, y actos sexuales depravados que eran aquellos que se alejaban de aquella corrección sexual.

La jurisprudencia también adoptaba una posición semejante en donde resaltaban los alcances morales y sociales de las prácticas sexuales.

A modo ejemplificativo expondremos una serie de precedentes en donde se revela que la medida para la tipificación de la conducta imputada como corruptora era el normal ejercicio de la sexualidad, entendiendo por normal a aquellos actos de contenido sexual que integraban el llamado sano instinto sexual, es decir, aptos para la procreación.

De esta manera iniciamos este recorrido, con antecedentes de la década de 1930 en donde se sostenía que:

¹⁷ RAMOS, J.P. “*Curso de Derecho Penal*” (segunda parte) pág. 256/257. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1948.

¹⁸ MORAS MOM, J. “*Los delitos de violación y corrupción*”. pág. 92. Buenos Aires: Ediar, 1ra. Edición 1971.

“El solo hecho de acompañar a su concubina a internarse a un prostíbulo, constituye el delito de corrupción, y debe condenarse al procesado a diez años de prisión”.¹⁹

“El hecho de que un invertido con engaño lleve a su casa a un menor de catorce años, y una vez en su domicilio le obliga a practicar el coito contra natura, sirviendo el invertido como sujeto pasivo, implica el delito de corrupción.”²⁰

En idéntica línea jurisprudencial en 1940 se afirmó que:

“...La diferenciación específica entre los delitos de violación, estupro y abuso deshonesto, por una parte, y el delito de corrupción, por otra, no reposa tanto en la diversa caracterización material de los hechos que los configura, cuanto en sus alcances morales y sociales. Aún siendo idénticos los actos, sólo habrá corrupción cuando intervenga como elemento concurrente la perversión sexual, la depravación o degradación en las relaciones de este género.” ... “Considero que el principal carácter de la incriminación en el delito del art. 125 debe buscarse en la ofensa a la moral social, elemento éste que diferencia netamente la infracción tornándola específica.”. El fallo finaliza sosteniendo que “En este caso, no puede dudarse que la índole de los hechos cumplidos por el reo (prácticas homosexuales) era conducentes a la depravación moral de su pequeña víctima, al iniciarlo en la práctica de actos repugnables, en la senda del vicio y la degradación sexual”.²¹

¹⁹ Libro 22 folio 567, juzgado de sentencia 1° Nominación 2° Secretaría de Rosario, de 18/6/1931

²⁰ P.V.A. s/ corrupción, Cam. Crim. Rosario Libro 3 F. 175, 25/8/1934

²¹ S.C.B.A., “M., S. s/violación, estupro, abuso deshonesto y corrupción de menores” rta. 23/4/40 (J.A. t.70, junio 1940, págs. 824/6)

Veremos, más adelante, que la tesis que reputa como corruptoras las prácticas homosexuales se mantuvieron a lo largo de los años e, incluso, hasta la actualidad tanto en nuestra jurisprudencia como en el derecho comparado.

Es llamativo que la discusión sobre el incesto como conducta corruptora también se haya medido bajo el parámetro de la naturaleza de los actos sexuales. Prácticamente existía coincidencia en que si las prácticas eran heterosexuales y por vía “normal” no se tipifica la corrupción. Señalaremos una serie de fallos en tal sentido.

En 1961, se sostuvo que el incesto por vía “normal” no es corrupción, indicando que:

“promover la corrupción de menores, significa, impulsarlos a la degradación, pervertirlos, viciar sus instintos, excitarlos a cometer actos contrarios a la sexualidad, provocando en ellos una alteración esencialmente moral. Cuando no se advierte que el acusado recurriera a maniobras que sumaran a su conducta alguna nota complementaria de libertinaje o perversión sexual, ni que las relaciones – del procesado con su hija- se desarrollan de modo público, o en otra forma que colocara a la víctima en un estado de sumisión o de inferioridad sexualmente degradante, el hecho no puede ser calificado de corrupción”.²²

Este mismo criterio se sostuvo en el año 1981 en donde se dijo que:

“...los actos fuera de las relaciones carnales normales, que no se manifestaron por la hija sino en su segunda declaración y que se produjeron en dos oportunidades después de largo tiempo de

²² C.S.P.B.A., acuerdo 3843, “J.I. s/ violación calificada”, rta. 12/9/61. D.J.J. del 2/10/61, año XX, t. 64, n° 4634.

relaciones, no me permiten juzgar que hayan causado efectos corruptores. Esto sólo no puede llegar a depravarla o pervertirla.”²³

Asimismo esta postura fue reconfirmada en el año 1984 en donde se expreso:

“El concepto legal de corrupción debe circunscribirse a la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma, de la manera en que se desarrolla en el sentido biológico, y sin que corresponda ampliarlo a situaciones apreciadas bajo el punto de vista de la moral media. Pese a la tremenda inmoralidad que implican las relaciones incestuosas, al no advertirse ninguno de los supuestos de libertinaje, perversión sexual o sometimiento a un estado de inferioridad sexual degradante, debe rechazarse la pretensión fiscal enderezada a considerarlas constitutivas de corrupción”.²⁴

La jurisprudencia se correspondía con lo que, como vimos, entendía la doctrina como corrupción, siendo pacífica en cuanto a lo que se consideraba como prácticas corruptoras que no eran otras que aquellas que se alejaban a lo que se entendía por normal o sano instinto sexual.

No sorprende, entonces, que las prácticas homosexuales se siguieran reputando como corruptoras per se dada su naturaleza “desviada” o “pervertida” a la luz de lo que se entendía como sano instinto sexual. Y sobre ello existen dos sentencias que resultan interesantes indicar.

Hasta el 25 de junio de 1926 se encontraba vigente el fallo plenario de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal “Légora” mediante el cual dicho órgano jurisdiccional sostuvo que los actos de homosexualismo ocurridos por

²³ Del voto del Dr. Martínez en CNCRIM S. IV c. 25.564, “Frost Vargas”, 23/6/81, en JPBA T. 46 F. 10

²⁴ Cam. Pen. De Morón, Sala II, causa n° 2673, reg. 253, S., J.S., rta. El 13/12/84 (J.P.B.A., año XV, t. 59, pág. 51

seducción directa y sin intervención ni la presencia de terceros cuando la víctima fuese mayor de 12 años eran considerados penalmente irrelevantes.

Sin embargo, en la fecha indicada se acordó mediante el fallo plenario “Zabala” que los actos de homosexualismo realizados por seducción directa con menores de edad eran constitutivos del delito de corrupción aunque medio el consentimiento del sujeto pasivo y se realizaran sin la intervención ni presencia de terceros.²⁵

Con posterioridad, y como ya veremos hasta la actualidad, fue prácticamente unánime la postura de la jurisprudencia en cuanto a la naturaleza corruptora de las prácticas homosexuales.

Citamos algunos de los antecedentes más destacados:

“Comete corrupción quien tiene relaciones sexuales anormales, practicando coito contra natura y realizando actos libidinosos que degradan y pervierten la conducta sexual”.²⁶

“Los actos sexuales contra natural son idóneos para corromper a la víctima”.²⁷

“Los actos reiterados de pederastia pasiva o activa, realizados con menores de edad, para satisfacer deseos propios por parte del agente, configuran delito en los términos del art. 125 CP”.²⁸

“La desviación sexual, pese a las discusiones científicas, constituye una enfermedad y no una elección como pretenden algunas teorías, aceptables quizás cuando se trata de mayores, pero no cuando se

²⁵ MOLINARIO, A. “Homosexualismo y corrupción de menores. Algunas reflexiones en torno al artículo 125 del Código Penal” Revista Derecho Penal Año 1 2do. Trimestre, Buenos Aires: 1945 pág. 283

²⁶ CC 1ª Tucumán, 17/5/65, JA 1967-IV-10, n° 128

²⁷ SCBA, 16/4/63, Fallos 1963-I-390

²⁸ SC Mendoza, en pleno, 4/2/63 JA 1964-I675

canalizan hacia menores de edad y más si éstos son del mismo sexo”.²⁹

Es necesario indicar que esta tendencia jurisprudencia la encontramos en antecedentes del año 1999 casi coetáneos a la sanción del actual marco legal. Así se afirmó que:

“La idoneidad corruptora de los hechos constatados deviene tanto de la práctica oral a la que fue sometida sexualmente la menor, como del carácter homosexual de esas mismas prácticas...”.³⁰

Tal como puede advertirse, tradicionalmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se sostuvo un concepto de corrupción de menores fuertemente ligado a la normalidad de los actos sexuales siendo aquellos solamente los que incluían la penetración por vía vaginal, quedando el resto de las prácticas sexuales marginadas a ser constitutivas de actos corruptores.

En ese marco podemos afirmar que se conceptualizó a la corrupción de menores como aquellos actos que por su carácter prematuro, perverso o excesivo, tienen entidad para torcer el sano instinto sexual, entendiendo a éste último a las prácticas sexuales biológicamente aptas para la procreación.

II.2. La doctrina y la jurisprudencia después de la sanción de la ley 25.087

En el año 1999 se sanciona la ley 25.087 respondiendo a los reclamos académicos y populares en relación a los delitos sexuales.

Se reclamaba, desde el plano académico, adecuar la legislación al nuevo marco jurídico que desde 1994 obligaba el texto constitucional reformado el cual introducía con tal jerarquía los compromisos internacionales asumidos por Argentina en materia

²⁹ CNCRIM. S. IV c. 39.849 29/10/91 JPBA T. 79 F. 34

³⁰ TOCr25CF., c. 501, 19/5/99 JPBA T. 110 F.398

de derechos humanos y civiles reconociendo la protección a un cierto ámbito de autodeterminación como asimismo de las libertades individuales.

Por su parte, diversas decisiones judiciales polémicas generaron un reclamo popular, en especial en incluir dentro del concepto de violación a la *fellatio in ore* y contar con una nueva legislación que reflejara los cambios sociales de los últimos años³¹.

Así fue, entonces, que nuestros legisladores sancionan el texto hoy vigente en nuestro ordenamiento jurídico penal.³²

El primer cambio que se evidencia es el bien jurídico, que paso de ser la “honestidad” a la “integridad sexual”.

Se entiende que el actual bien jurídico alude, por un lado, a la libertad sexual, es decir, a la libre determinación de la actividad sexual de las personas y, por el otro lado, en el caso de los menores de edad, al libre proceso de desarrollo de la sexualidad de los mismos.

³¹ Básicamente la discusión se centraba en la tipificación de la *fellatio in ore* que antes de la ley 25.087 reconocía dos posibilidades: encuadrarla dentro del delito de violación (art. 119 del CP) o en el de abuso deshonesto (art. 127 del CP). A la primera opción se la denominaba “*tesis amplia*” la cual se fundamentaba en que el coito oral no se diferencia de otra penetración dado que lo jurídicamente relevante es la existencia de una penetración del órgano genital del sujeto activo. Esta doctrina fue aceptada en el fallo “Moyano” del Tribunal Superior de Córdoba (LL, 51-917) y que, posteriormente, fue seguida por varios tribunales del país. La segunda posibilidad de tipificación es llamada “*tesis restringida*” mediante la cual se argumenta que la *fellatio in ore* es un supuesto de abuso deshonesto y no de violación en función que la cavidad bucal carece de glándulas y de terminaciones nerviosas erógenas, además de ser una cavidad cuya abertura depende para su regulación del accionar del sujeto pasivo. Esta tesis fue seguida a partir del año '57 por el Tribunal Superior de Córdoba que abandono la tesis amplia (ver Digesto de La Ley VI-25, sum. 54) y que luego fuera ratificado en el año 89 en el fallo “Albarracín, Julio Oscar”. La Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal ha sostenido este criterio en reiterados precedentes (ver sala 6ª., 5/6/81 (Rep. LL XLI, A-I, 16, sum. 2), sala 1ª., caso “Longo, Eduardo H.”, del 7/10/82, fallo n° 25.989; sala 4ª., “Blanco, Néstor”, fallo 27.523 del 2/8/83, fallo “Tiraboschi, J. E.” en JA 1989-IV-74). La CNCP dictó fallos contradictorios en este sentido, siendo que uno de ellos causó gran conmoción popular. Se trato del caso “Rey, Carlos” (Reg. 1002, rta. 13/11/97) donde la sala IV estimó que la *fellatio in ore* configuraba el delito de abuso deshonesto (el diario Clarín el 10/12/97 título “*Obligó a una pasajera a hacer sexo oral, pero no va preso*” ver <http://edant.clarin.com/diario/1997/12/10/e-06001d.htm>). Al cabo de un año, la sala III de la CNCP se apartó de la postura de la sala IV y en el precedente “Bronsztein” (ED 180-10543) del 19/11/98 afirmó que la *fellatio in ore* constituía el delito de violación, lo cual fue bien recibido por la prensa (el diario La Nación título el 26/11/98 “*Consideran violación la práctica de sexo oral por la fuerza*”, ver <http://www.lanacion.com.ar/119305-consideran-violacion-la-practica-del-sexo-oral-por-la-fuerza>) Esta discusión con impacto popular motivo la reforma.

³² Con posterioridad se introdujeron varias reformas al Título III en especial en relación al delito de trata de personas, pornografía infantil, la supresión del avenimiento y la reciente incorporación del delito de “*grooming*”.

Ahora bien, la ley de referencia ha sido desde su origen fuertemente criticada por la mala técnica legislativa con la que fue sancionada pues se eliminaron figuras, se incorporaron nuevas, pero todo ello dentro de graves violaciones a los principios constitucionales rectores del derecho penal.

Los actuales tipos penales cuentan con varios elementos normativos que deben ser valorados para la tipificación de las conductas lo que implica una gran apertura de los mismos dejando a criterio de la interpretación cuestiones esenciales en materia de delitos sexuales.

A modo de ejemplo, la antigua violación paso a ser un abuso sexual con acceso carnal por cualquier vía, dejando sin resolver el problema que genero la reforma de dicho tipo penal por cuanto el concepto “cualquier vía” deja intacta la antigua discusión acerca de cuál es la vía apta para la penetración. La práctica de la fellatio in ore, desde un tecnicismo puro, podría encuadrarse en caso de que se considere a la cavidad bucal vía apta para la penetración en el abuso sexual del art. 119 tercer párrafo o bien, para los que sostienen que no es una vía apta para la penetración por su ausencia de glándulas erógenas y necesitar un acto positivo del sujeto pasivo, podría encuadrar en el abuso gravemente ultrajante (figura introducida por la ley 25.087 tipificada en el art. 119 segundo párrafo) o finalmente, si se realiza sin las circunstancias agravantes (modo y tiempo de realización) quedaría subsumida en el abuso sexual simple del art. 119 primer párrafo.

Lo mismo sucede con conceptos como la “madurez sexual”, “exhibiciones obscenas”, “espectáculos pornográficos”, entre otros.

En lo que respecta al delito que estamos analizando, la ley 25.087 modifica el tipo penal que criminaliza la corrupción de menores suprimiendo el ánimo de lucro y la satisfacción de deseos propios o ajenos como causa de su promoción o facilitamiento eliminando así los elementos subjetivos distintos del dolo.

Asimismo, respetando el texto actual de nuestra C.N., se elimino la corrupción de mayores fijándose el máximo de edad del sujeto pasivo en los dieciocho años.

Pero los legisladores no dispusieron qué es “corromper”. El problema se mantiene intacto surgiendo el siguiente interrogante *¿podemos seguir sosteniendo el mismo concepto de corrupción, o el nuevo texto legal nos impone reconceptualizarla?*,

máxime cuando el nuevo bien jurídico ya no alude a una característica propia del sujeto pasivo como era la honestidad sino que refiere a la integridad sexual dejando de lado consideraciones morales sobre el alcance del antiguo bien jurídico.

Veamos a continuación, qué es lo que dice la doctrina y la jurisprudencia actualmente al respecto.

Desde el plano académico, fueron varios los textos que se publicaron luego de la sanción de la ley 25.087. Con un criterio netamente ejemplificativo decidimos reseñar una serie de autores que representan distintas líneas arguméntales y posturas académicas en distintos puntos de nuestro país pero que representan en cierta forma el pensamiento imperante en la cuestión aquí tratada.

En primer lugar señalaremos al Dr. Oscar Pandolfi, profesor de la Universidad del Comahue, quien rápidamente al poco tiempo de la reforma publica su libro “Delitos Contra la integridad sexual”.³³

Allí Pandolfi señala que el delito de corrupción de menores es un delito de peligro concreto, con dolo específico. Así es como de esta manera explica que el dolo del sujeto activo será no únicamente obtener una limitada o esporádica satisfacción de su pulsión sexual – normal o perversa -, sino lograr el fin último de obtener la corrupción o depravación de la víctima.³⁴

Nuevamente encontramos presente el término “*depravación*”. Si bien el autor referido se encarga en su texto de analizar las cuestiones relacionadas al aspecto subjetivo del tipo penal, lo cierto es que se infiere que no separa del concepto de corrupción de menores al de la normalidad sexual entendida ésta como la biológicamente apta para la reproducción en tanto califica como actos corruptores aquellos que se alejan de tal sentido de normalidad admitiendo como tal la punición de actos de simple “fornicación homosexual masculina o femenina” a menos que sean realizados por dos personas menores de 21 años aunque mayores de 18.

³³ PANDOLFI, O. “*Delitos Contra la Integridad Sexual*” Buenos Aires: La Rocca, 1999

³⁴ PANDOLFI, O. ob. cit. pág. 91

En su afán de reafirmar al delito de corrupción de menores como un delito de peligro, explica el autor que se trata de un peligro en concreto que será el de afectar el normal funcionamiento de la sexualidad del ser humano.

Es importante resaltar los términos depravación y normalidad que se repiten en la obra de esta autor advirtiendo que no introduce ningún cambio al concepto de corrupción manejado tradicionalmente.

Por su parte, el Dr. Oscar Alberto Estrella en su obra “De los delitos sexuales”³⁵, nos presenta el pensamiento reinante de su provincia, Mendoza.

Es necesario tener presente que la obra de Estrella es del año 2005, a diferencia que la de Pandolfi que es una obra publicada a poco tiempo de la sanción de la ley.

Veamos, entonces, si Estrella teniendo un trabajo de campo más extenso en cuanto a la aplicación de la nueva ley ha introducido algún cambio al criterio tradicional de relacionar a la corrupción de menores con los términos depravación y normalidad sexual.

Estrella comienza su capítulo sobre el delito en cuestión sosteniendo que: “La doctrina y jurisprudencia señalan en forma más o menos coincidente, que corrupción, en el sentido utilizado por el art. 125 del Código, significa un estado de depravación del punto de vista sexual que el agente promueve o facilita en el sujeto pasivo”. Continuando su explicación sostiene que “...las personas se corrompen sexualmente cuando se depravan y se entregan a torpezas sexuales contrarias a la naturaleza”.³⁶

“Depravación”, “torpezas sexuales”, “contrarias a la naturaleza”. Este autor reafirma el concepto tradicional de corrupción de menores, pero aun así va por más.

En efecto, Estrella sostiene que la ley sólo requiere acciones tendientes y aptas para corromper, sin importar si éstas son de carácter material o intelectual sosteniendo, así, que es perfectamente posible lograr la corrupción mediante actos no sexuales como enseñanzas, consejos, etc. siempre que tengan una significación sexual y capacidad para producir una alteración o modificación degradante en las tendencias sexuales de la víctima.

³⁵ ESTRELLA, O. A. “*De los delitos sexuales*”, Buenos Aires: Hammurabi, 2005

³⁶ ESTRELLA, O.A. ob. cit., pág. 158.

Siguiendo con esta línea argumental, Estrella se permite señalar a doctrina y jurisprudencia para afirmar que el carácter corruptor de los actos sexuales deviene generalmente de su condición de perversos, prematuros o excesivos. Para el autor, es perverso el acto cuando en sí mismo es depravado por lo anormal (actos de homosexualidad, accesos anormales, etc.), es prematuro cuando es practicado sobre menores de muy corta edad, despertando en los mismos instintos sexuales precoces, es excesivo cuando crean una lujuria anormal por desmesurada.

Finalmente, Estrella sostiene que para la consumación de esta figura se requiere la realización de actos idóneos para depravar sin que sea necesario que la víctima se corrompa bastando sólo la dirección intencional del acto al logro de ese fin.³⁷

Así es que Estrella pareciera reafirmar fervientemente el concepto tradicional de corrupción de menores conceptualizando a los actos corruptores como aquellos perversos, prematuros o excesivos permitiendo la comisión del delito también a través de actos intelectuales como consejos, enseñanzas, mandatos, entre otros.

Es necesario remarcar nuevamente el concepto de normalidad sexual que se impone como eje para la consumación de este delito. Se corrompe al menor al que se lo somete a actos sexuales anormales, y no solo actos sexuales concretos sino también los dichos y comentarios pueden lograr este fin.

Veamos ahora qué es lo que dice la doctrina en la provincia de Córdoba reseñando lo expuesto por el Dr. Jorge Luis Villada profesor y magistrado de dicha provincia.

En su obra “Delitos sexuales”³⁸ se encarga del análisis de la corrupción de menores en el Capítulo VI en donde empieza aceptando las dificultades conceptuales que rodean a esta figura proponiendo concentrarse en el contenido de la ley penal adscribiendo que en general esta forma de criminalidad afecta el normal desarrollo moral y psicofísico-sexual de los menores, la dignidad de las personas y vulnera la moral media de la sociedad.

³⁷ Idem.

³⁸ VILLADA, J.L. “*Delitos Sexuales*”. Buenos Aires: La Ley, 2006

Seguidamente, nos señala que el acto promotor o facilitador de corrupción es tal cuando tiende inequívocamente y objetivamente a depravar o cuando es idóneo para alcanzar tal resultado, con independencia que lo produzca o no, ni de que la conducta consista en uno u varios actos. En su acepción más general corromper es degenerar, depravar, echar a perder, viciar, pervertir. La ley penal refiere a la promoción o facilitamiento de esta depravación de la conducta sexual de la víctima como consecuencia o efecto de la depravación moral, afectiva o ideológica a que es sometida o en la que es inducida, o aún más en la que es mantenida, pero en todos los casos bastando los actos dirigidos a ese fin con independencia de que se logren o no.³⁹

Asimismo, Villada sostiene que la iniciación sexual prematura y/o las prácticas sexuales viciosas y reiteradas, genéricamente constituyen formas de corrupción.⁴⁰

Si bien este autor comienza aceptando la dificultad de la conceptualización de esta figura, seguidamente rodea a la misma con conceptos tales como “prácticas viciosas”, “pervertir”, “depravación”, afirmando que esta conducta “vulnera la moral media de la sociedad”.

Nuevamente se evidencia en este autor una normalidad sexual rectora constituida por prácticas aceptadas siendo que todas aquellas que quedan fuera de este marco, constituirán actos corruptivos que peligran aquella normalidad sexual que se intenta proteger en el menor víctima.

Edgardo Alberto Donna en su libro “Delitos Contra la Integridad Sexual”⁴¹sorprende al comenzar a tratar la figura puesta aquí en crisis pues señala que “el problema de este delito consiste en la dificultad de dar una noción de lo que es la corrupción sexual. El concepto mismo, es de difícil precisión, más allá de los cambios existentes en materia sexual a través de los tiempos. Es de mala técnica legislativa, y en este error ha caído el codificador, el dar conceptos y no describir conductas. En el fondo, el de corrupción es un concepto vacío, ya que queda absolutamente librado al intérprete darle un contenido. En ese marco, parece necesario deslindar el problema de lo estrictamente moral o de las creencias personales del intérprete e intentar dar

³⁹ VILLADA, J.L. ob. cit. pág. 178.

⁴⁰ idem

⁴¹ DONNA, E. A. “*Delitos contra la integridad sexual*”, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002

un concepto lo más objetivo posible dentro de este tipo penal que, sin lugar a dudas, en la medida que se lo lleve a consideraciones religiosas o morales, será violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional”.⁴²

Donna reconoce expresamente el problema aquí planteado e, incluso, señala el peligro de violaciones constitucionales si se intenta vincular el concepto de corrupción de menores a consideraciones morales o creencias personales.

Sin embargo parece ser víctima de su propia crítica pues señala que “la acción, para ser calificada de corruptora, debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada”.⁴³

Así nuevamente se repite la idea de una sexualidad natural cuya práctica contraria la califica como corruptora utilizando términos tales como lujuriosas o depravadas.

El autor inicia su postulado desde un punto de partida correcto señalando claramente el problema que implica esta figura penal y los riesgos de una errónea conceptualización pero es atrapado en la concepción de una sexualidad “correcta” y “natural”.

De Luca y López Casariego, en el Código Penal comentado dirigido por Baigún y Zaffaroni⁴⁴, reconocen el problema de la indeterminación del concepto de corrupción y las distintas posturas tanto doctrinales y como jurisprudenciales expresando que: “El resultado de tantos años de indefinición legal generó toda clase de conceptos que en definitiva siempre dependen de las propias concepciones morales, conocimientos y experiencias personales de los intérpretes y no de un concepto legal. Los intentos de encontrar el contenido del término corrupción sexual en el ámbito de la medicina, la biología, la psicología, las costumbres sociales o los valores imperantes en un

⁴² DONNA, E. A. ob. cit. pág. 124.

⁴³ DONNA, E.A., ob. cit. pág. 125

⁴⁴ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E.R. *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

momento dado, no superan el método de definirlo como contrapuesto al de normalidad o rectitud sexual que tampoco puede ser objetivizado”.⁴⁵

Pero pese a reconocer la violación al mandato de certeza, se limitan a citar a la doctrina y la jurisprudencia tradicional para exponer un concepto de corrupción de menores.

Por último, consideramos de sumo interés mencionar la obra de la profesora y magistrada Dra. Lydia Luengo que en el marco de su curso de “Delitos Contra la Integridad Sexual” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en los años 2002/2005 publica su libro “Delitos Sexuales, visión totalizadora”⁴⁶ en donde por primera vez desde la doctrina aparece específicamente la necesidad de reconceptualizar la corrupción de menores.

Luengo enuncia que “a la luz de las reformas realizadas, de un manejo social más amplio de lo que constituye una relación sexual normal, y del carácter altamente estigmatizante que posee este delito para las víctimas, aparece la importancia de precisar la conceptualización de la corrupción”, asimismo, agrega que “circunscripta la cuestión a sano o enfermo, natural o antinatural, correcto o incorrecto, en la concepción tradicional, quedaba sobreentendido que las víctimas de corrupción eran echadas a perder, pervertidas, por el hecho de haber participado, activa o pasivamente en actos o conductas sexuales, distintos del que tiene por finalidad la procreación, que era considerado lo correcto en función del bien jurídico tutelado por la norma”.⁴⁷

En este contexto, la autora nos dice que constituirían corrupción las conductas que por su carácter prematuro, excesivo, extraordinario o reiterativo pudieren perturbar el proceso de integración de la sexualidad de un menor de 18 años, con distorsión de la misma, afectando su poder de decisión de libertad futura en la realización de su vida sexual.

⁴⁵ DE LUCA, J. LOPEZ CASARIEGO, J. en BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E.R. ob. cit. , pág. 601

⁴⁶ LUENGO, L. ob. cit..

⁴⁷ LUENGO, L. ob. cit. pág. 32/33.

Por primera vez aparece la necesidad de reconceptualizar a la corrupción de menores a la luz del texto constitucional y, especialmente, al nuevo bien jurídico tutelado.

La autora formula un concepto de corrupción de menores escindido de cualquier consideración a una sexualidad normal haciendo hincapié exclusivamente en la afectación al bien jurídico, esto es, a aquellos actos que afecten el proceso de integración de la sexualidad de un menor de 18 años.

Si bien es un gran avance, tal como expondremos más adelante, entendemos que resulta insuficiente para superar el problema.

Ahora bien, luego de la reseña doctrinal sobre el concepto de corrupción de menores bajo el nuevo bien jurídico y el actual marco legal podemos concluir que, salvo las excepciones indicadas, la mayoría de la doctrina mantiene un concepto de corrupción de menores fuertemente ligado a la normalidad sexual entendiendo que existen prácticas rectas y normales, y prácticas sexuales desviadas y perversas que tipifican el delito.

A continuación expondremos una breve reseña de antecedentes jurisprudenciales de los últimos tiempos a los fines de observar cuál ha sido el impacto de la reforma de la ley 25.087 en la jurisprudencia o, si al igual que la doctrina, se mantiene un concepto amalgamado con la argumentación tradicional de afirmar una “sexualidad normal”.

Iniciaremos esta breve exposición jurisprudencia con un antecedente de la Sala I de la CFCP, del año 2008, en el cual se afirmó que:

“Se configura el delito de corrupción si la conducta del sujeto activo tiende a provocar en la víctima un apartamiento de los estándares de comportamiento sexual tolerados en la sociedad”.⁴⁸

⁴⁸ CFCP. I. 18/3/2008, D.M., J. en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Octubre 2008 N° 10 Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008

Se desprende del antecedente expuesto que el parámetro para considerar si un comportamiento es corruptor o no dependerá de lo “*tolerado*” por la comunidad, lo cual no sólo implica una interpretación vaga e imprecisa sino que se apoya en una “*normalidad social*” de la sexualidad para determinar el carácter corruptor o no de un acto.

Así, encontramos que la mayoría de la jurisprudencia continúa utilizando el concepto de normalidad sexual como medida para la tipificación del delito de corrupción.

Entre los más destacados mencionamos:

“La corrupción es una depravación de los modos del acto sexual, por lo perverso, prematuro o lo excesivo. En este orden, se identifican como perversos aquellos actos que se presentan como depravados, en tanto desbordan a aquellas prácticas que pueden considerarse un ejercicio normal de la sexualidad. (...) En orden al bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 125 CP., se acepta que se trata de un delito que atenta contra el derecho de las personas que, en razón de su edad no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, a no ser sometidos a tratos sexuales anormales en su modo, cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones”.⁴⁹

“...el bien jurídico protegido por dicho precepto, es la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores de dieciocho años de edad, quienes, precisamente en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, motivo por el cual se los preserva de no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, cuya práctica

⁴⁹ TSJCBA PENAL c.S. 174, G.,V.H. 29/7/2011 en JPBA T. 151 F. 9

puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones.”⁵⁰

Aún apelando a criterios de “normalidad” vs. “perversidad” y/o “depravación”, debemos indicar que actualmente es pacífica la jurisprudencia al señalar que las relaciones incestuosas entre padres e hijos configuran corrupción de menores dejando en el olvido aquel pretendido criterio inicial que descartaba la tipificación en cuanto la relación fuera por vía vaginal.

El criterio es básicamente uniforme al señalar que en estos casos:

“los actos son idóneos por su perversión para desviar la normalidad de su desarrollo sexual. La perversidad sexual reposa en que el sometimiento ha emanado no de un tercero mutable sino, que por el contrario, estos actos lascivos fueron llevados a cabo por su padre”.⁵¹

Párrafo aparte merece la cuestión vinculada a las prácticas homosexuales como corruptoras per se.

Hemos visto que antes de la ley 25.087 y bajo el bien jurídico “honestidad”, existía un amplio y uniforme consenso jurisprudencial en entender que tales conductas tipificaban la corrupción de menores por cuanto se entendían como acciones depravadas con entidad suficiente para torcer el sano instinto sexual o afectar la normalidad sexual.

Luego de la reforma al título III en el año 1999 introduciendo un nuevo bien jurídico, y en un aparente avance hacia una sociedad pluralista que reconoció la igualdad jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo bajo la sanción de la ley 26.618 conocida como “*ley de matrimonio igualitario*”, debería advertirse un claro cambio de la referida postura.

Sin embargo, una serie de fallos nos demuestran que ello no ha sido así. En este sentido, se ha sostenido que:

⁵⁰ CFCP. PENAL. S. II causa no 6838 “D., J. A. s/rec. de casación”, 11/9/06 Reg. N° 978/06

⁵¹ Tribunal Criminal Nro. 1 de Morón. c. R., H.J. 15/11/2010, LLBA (diciembre) 1292

“...Con respecto a la corrupción, evidentemente G., para satisfacer sus bajos deseos, no trepidó en llevar adelante, con un menor de trece años de edad, conductas que no podía ignorar, eran aptas para desviar el normal desarrollo de su sexualidad. (...)Además, no solamente se trató de la ejecución de actos de connotación sexual con un menor de su propio sexo, sino de la influencia en la psiquis de la víctima mediante palabras y gestos que pretendían lograr en el menor la idea de que se trataba de una situación normal. (...)Esto no es ni más ni menos que influir voluntariamente sobre la normal formación sexual del menor para obtener que aceptara estas relaciones homosexuales como si fueran lo que ocurre habitualmente. Y dejó en claro que no se trata aquí de la libre elección del objeto sexual de cada uno, que de por sí no tiene nada de reprochable y sólo pertenece a la esfera privada del individuo, sino de la influencia de un mayor sobre un menor para que éste acepte o permita la ejecución sobre su cuerpo de conductas homosexuales, que no son las que genéticamente debiera tomar normalmente según su condición, y además sobre un menor que por su desarrollo psíquico tiene la orientación sexual indefinida o en vías de definición. Una conducta semejante exhibe claramente su intención de pervertir en la doble acepción del término: perturbar, alterar el orden o estado de las cosas, o viciar o corromper con malas doctrinas o ejemplos las costumbres, la fe, el gusto, etc. (Diccionario Enciclopédico Oriente, Tomo 3, pág. 390). Con esto el autor hizo exteriorización de un dolo directo de promover la corrupción de la víctima para satisfacer sus deseos, que es lo que la ley reprime”.⁵²

“Encuadra en el delito de corrupción la conducta de quienes, acercándose a menores varones de entre diez y quince años de edad, que acudían a un lugar público para vender estampitas y pedir monedas, aprovechándose de

⁵²T.O.Morón N1, 1076/09, causa G. J.C. 2438

dicha situación de exposición y necesidad y a cambio de poco dinero, pequeños regalos o comida, lograban que los jóvenes accedieran a mantener relaciones orales y anales con ellos, además de ser tocados en sus partes pudendas, para satisfacción de los intervinientes. Los hechos probados han dejado marcas y profundas huellas deformantes en el poquísimo de las víctimas, torciendo en sentido natural, biológico y sano de la sexualidad, al propender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo”.⁵³

“la reiteración de los sucesos en los que fue obligado (la víctima menor de edad) a participar denota la perversidad del accionar atribuido a (N. B.), el cual implicó un claro ejercicio anormal de la sexualidad” pues “...la víctima fue introducida al ámbito de lo sexual en un contexto de homosexualidad...”.⁵⁴

En un reciente fallo en donde se imputaba a los procesados haber mantenido relaciones homosexuales consentidas con menores de entre 15 y 17 años por vía anal y bucal, se entendió que:

“el bien jurídico protegido en el caso de menores es el derecho de no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto a su bienestar psíquico y a su normal y adecuado proceso de formación sexual. La ley castiga los actos que tuercen el normal desarrollo de la sexualidad de un menor que no está preparado mentalmente para soportar o asimilar situaciones que lo afectarán para el futuro. Por eso la acción para ser calificada de corrupta debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea para inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o

⁵³ TCASBSAS. III. c 35.147, M., A.A. 16/8/2011 en JPBA T. 151 F. 72

⁵⁴CFCP III c. N°16459“B. V., M. Y N. B., C. E. /rec. de casación” 26/8/13 Reg.1445/13

depravadas o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada. Los encausados (...) determinaron a los menores a la realización de prácticas sexuales depravadas y prematuras con idoneidad suficiente para torcer o deformar su libre y normal crecimiento sexual. Los actos sexuales realizados por los niños y sobre estos (coito anal y bucal respectivamente) tienen entidad suficiente para corromperlos”.⁵⁵

Es interesante reseñar un fallo referido a una relación entre un menor de 17 años quien a pocos meses de cumplir los 18 años comienza una relación con un hombre de 21 años. En este caso la tipificación como corrupción se descarta exclusivamente por la proximidad en adquirir la mayoría de edad del sujeto pasivo, pero no así por las prácticas en sí. Así se dijo:

“No es óbice que ambos sujetos sean hombres y, por ende, la relación haya sido homosexual, pues atento a las circunstancias destacadas precedentemente (la proximidad a cumplir los dieciocho años), que erigen al querellante en un sujeto con plena capacidad de decisión acerca de su orientación sexual, sus preferencias en ese sentido resultan indiferentes a estos efectos.”⁵⁶

Sin embargo, aires de cambio se vislumbran cuando encontramos una posición intensamente minoritaria pero con claro espíritu renovador. Un precedente de la Cámara de Acusación de Córdoba modificó, contando con un voto en contra, la calificación legal de corrupción de menores por la del abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima en los términos del artículo 120 del código penal, argumentando que:

“Mucho menos puede decirse que en este caso haya existido corrupción de menores por el carácter homosexual del acto practicado (consta en

⁵⁵ TOM N° 1, c. 7622. P., D. A. y otros s/ corrupción. 12/12/13 cita cij:CCC 41195/2012/TO1

⁵⁶CFCP IV. c. 15.458, G., L. A. 06/09/2011

autos que el mayor sería efectivamente homosexual ya con anterioridad), dado que sostener ello importaría afirmar que la homosexualidad importa, per se, un acto sexual “desviado”, o “anormal” o “depravado”, lo cual va en contra no sólo de la legislación vigente (que en tanto admite el matrimonio entre personas del mismo sexo acepta implícitamente la posibilidad de que los contrayentes sean homosexuales, y ello importa una clara demostración de la neutralidad estatal respecto a la calificación de la homosexualidad o de la heterosexualidad como práctica sexual normal) sino también de la opinión más actualizada de los especialistas”.⁵⁷

Si bien este precedente es esperanzador a la luz de algún cambio de posición; la jurisprudencia demuestra ser ampliamente mayoritaria, aún en nuestros días, en sostener que las relaciones homosexuales por sí mismas poseen el carácter de corruptoras por ser “depravadas”, “inmorales” o “anormales”.

Finalmente terminaremos esta reseña jurisprudencial refiriéndonos a un precedente que contiene notables criterios de avanzada para entender la significación del delito de corrupción de menores en el estado actual de nuestra sociedad en relación a las prácticas sexuales.

Los hechos del caso consistieron en las acciones llevadas a cabo por un líder religioso tendientes a convencer a sus feligreses de la llegada del fin del mundo siendo que la única forma de lograr la salvación era la concepción de un hijo suyo. Provocada esta forma de actuar, consigue tener dos hijos con las víctimas mostrándose siempre como el elegido de Dios y que la voluntad de Dios era la de que ellas debían entregar sus cuerpos al pastor.

El Tribunal Criminal Nº 4 del Departamento Judicial de Morón condenó al imputado a la pena de dieciocho años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de cuatro abusos sexuales con acceso carnal agravados por ser ministro

⁵⁷ Cámara acusación de Córdoba, c. O-46/10 “O.F.D. p.s.a. abuso sexual con acceso carnal-apelación defensiva” 29/3/2011

de un culto en concurso ideal con dos hechos de promoción de la corrupción de menor de edad calificados por intimidación, todos en concurso real entre sí.

El fallo es apelado por la defensa quien argumenta, en relación al delito de corrupción de menores, la falta de tipificación de la conducta y que sin perjuicio de ello, alega que “existe una somera explicación que no llega a significar la debida fundamentación que requiere el Código, tratándose de un tipo tan severo y confuso; esgrimiendo que el Tribunal al referirse a la aptitud para generar una relación perversa, y dar apoyatura al delito de corrupción de menores, nuevamente confunde las razones y/o motivos que llevaron al autor y a las menores a realizar el acto sexual con la relación sexual en si misma, que nada tenía de perversa”.

La Sala I de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires⁵⁸ resuelve absolver al imputado por el delito de corrupción de menores con fundamento en el impacto del actual bien jurídico y los cambios sociales en relación a las prácticas sexuales.

Respecto a los cambios sociales, el fallo destaca el impacto de la sanción de la ley 26.618 (matrimonio entre personas del mismo sexo) en el concepto de corrupción de menores, así afirma que:

“Entiendo que todos los delitos que se edifican sobre conceptos sociales o culturales, sufren el impacto de la transformación del significado que tales entidades del lenguaje sufren con el correr de los años. El concepto de honestidad no era el mismo cuando el Código penal comenzó a regir en 1921 que al momento de ser cambiado el título III del Código Penal por la ley 25.087 en mayo de 1999. También, cuando una ley cambia totalmente el concepto de orden público en torno a una institución, como ha ocurrido con la del matrimonio, en que a partir de la ley 26.618 se admite que tenga lugar entre personas del mismo sexo (ley 26.618). Y este último acontecer ha incidido fuertemente, y esto vale para el caso, en el concepto de corrupción, puesto que los exponentes típicos, desde los penalistas medievales hasta

⁵⁸ TCASABSAS. c. 18.560 “A., F.D. s/ recurso de casación”, 15/3/2011

entrado el siglo XX, fincaban en la sodomía y la iniciación de los menores en las relaciones con el mismo sexo, hoy alternativas de diversas que, incluso, pueden concretarse en uniones con efectos legales”

Asimismo, reserva la tipificación del delito de corrupción de menores a situaciones excepcionales indicando que:

“..hoy sólo situaciones muy excepcionales de deterioro moral como las que implican despertar prematuramente la sexualidad de un menor no púber o desviarla, llevándola al exhibicionismo masivo o la aberración, vgf.: convencer acerca de la naturalidad del trato sexual entre padres e hijos, pueden permitir aplicar una figura que condensaba inicialmente ideas más pacatas o victorianas”

Y así, reconociendo un avance en el inicio de la vida sexual y los cambios sociales dirigidos a una sociedad pluralista prescindiendo de cualquier reminiscencia pacata de la moralidad, el Tribunal entiende que las acciones reprochadas al imputado en cuanto consistieron en yacer con mujeres pertenecientes a un ámbito social en donde es aceptado el comienzo de las relaciones sexuales a edades muy bajas y que, incluso, dichas mujeres poseían experiencia sexual con otros hombres con quienes también opero el ejemplo brindado para convencerlas de tener sexo con el objeto de estar en condiciones de concebir un hijo; si bien no se interpreta como algo “moralmente edificante” tampoco como “un quehacer aberrante, repulsivo, que hiera la integridad sexual o que constituya la pompa de la deshonestidad” por lo que revocan la sentencia en cuanto a la calificación por corrupción de menores.

Entendemos que es un precedente de avanzada en cuanto resignifica el alcance del nuevo bien jurídico a la luz de la aceptación social de actuales criterios de sexualidad prescindiendo de toda significación moral y omitiendo posicionarse en conceptos tales como “normalidad”, “rectitud”, “sano instinto”, entre otros, de la sexualidad.

Asimismo, por que la medida de la corrupción está puesta en la afectación al bien jurídico y no en prácticas que por sí mismas pueden considerarse como

corruptoras, dejando este criterio para casos muy excepcionales como los que el precedente menciona.

Sin embargo, se evidencia que cierto sector político y judicial no está tan a la vanguardia en lo que se refiere a dejar atrás estigmas sexuales pues el Tribunal ha sido fuertemente criticado por esta sentencia.

En este sentido, los integrantes del tribunal fueron denunciados ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios⁵⁹ bajo el argumento de que al desconocer la Casación la posibilidad de que las víctimas de abuso sexual, sean también víctimas del delito de corrupción de menores por el hecho de pertenecer a un lugar en la sociedad donde la práctica sexual es cada vez a más temprana edad, se las estaba discriminando.

Por su parte, el Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) dictamino-sin efecto vinculante- que la sentencia es discriminatoria en los términos de la ley 23.592 al “sustentar que las mujeres de bajos recursos no son titulares del bien jurídico integridad sexual en relación al delito de corrupción. Ya que pareciera que no puede verse afectado el mismo por pertenecer a una clase social”.⁶⁰

Finalmente la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y el 26 de Diciembre de 2012 revocó el fallo de Casación aplicando el delito de corrupción de menores.⁶¹

Los argumentos de la Corte remiten nuevamente a conceptos fuertemente ligados a lo moralmente aceptable como normalidad sexual.

La Dra. Hilda Kogan-adhiriendo a su voto los Dres. Hitters, Pettigiani y Negri-sostuvo, en relación al deterioro moral de las víctimas que con una postura como la de la Casación “se desnaturaliza el alcance del bien jurídico que motiva la sanción de la norma pues se desoyó al tribunal de juicio que concluyeron que en los hechos juzgados terminaron comprometiendo la natural y normal disposición a una vida sexual sana”.

⁵⁹ La denuncia fue promovida por el diputado de la Provincia de Buenos Aires Raúl Joaquín Pérez.

⁶⁰ Dictamen N° 396-11 INADI 11/11/11 actuaciones S04-23867/11 y S04 22332/11

⁶¹ en Revista de Derecho Penal y Criminología Año III, N° 3 Abril 2013 L.L. pág. 247 a 255

De ésta manera concluimos que aún hoy se sigue manteniendo fuertemente la tesis de una sexualidad normal, de una sexualidad correcta evidenciando una dificultad para prescindir de conceptos como “degradación sexual”, “normalidad”, “natural”, “recto”, “sana sexualidad” entre otros.

Y ello es permitido por la clara violación al mandato de certeza de la técnica legislativa utilizada para la tipificación de la conducta, que permite la libre interpretación del órgano jurisdiccional a la hora de subsumir la conducta en el tipo penal.

En efecto, recordemos que del principio de legalidad se derivan determinadas exigencias para el legislador penal como para el juez.

Así, del legislador exige que formule las descripciones del delito del modo más preciso posible (*nullum crimen sine lege certa*), es decir, tiene derivaciones prácticas que se traducen como requerimientos que debe cumplir la ley penal para que esta sea constitucionalmente válida en resguardo de su mandato. Y, asimismo, le exige al juez que sus sentencias se basen únicamente en la ley escrita (*nullum crimen sine lege scripta*) y que ésta no sea ampliada en detrimento del imputado (*nullum crimen sine lege stricta*).

Pero, asimismo, la figura niega la libre determinación sexual de los menores- en especial desde los trece hasta los dieciocho años- dejando sin efecto el consentimiento que estos pudieran prestar para participar de aquellos actos que tanto la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria no consideran aptos.

Sobre estos puntos volveremos en extenso en las consideraciones finales del presente trabajo.

SEGUNDA PARTE

LA LIBERTAD SEXUAL DE LOS MENORES

IV.1. Introducción

En el presente capítulo abordaremos las cuestiones relativas a la sexualidad de los menores, y su incidencia en relación al tipo penal en análisis.

Nos dedicaremos a abordar aquellos supuestos en donde una persona menor de dieciocho años presta su consentimiento-no válido en el orden jurídico- para participar y/o intervenir en aquella serie de comportamientos que tipifican el delito.

Comenzaremos por examinar las últimas tendencias tanto doctrinales como jurisprudenciales que intentan escindir del concepto de corrupción de menores toda connotación moral de la sexualidad para fijar la medida de la tipificación de la conducta en los efectos que el hecho tendrá en el desarrollo de la sexualidad del sujeto pasivo.

Poner en crisis ello nos permitirá adentrarnos en una cuestión más compleja aún, es decir, cuál es el grado de libertad sexual que tienen los adolescentes mayores de trece y menores de dieciocho años para consentir todo tipo de prácticas sexuales.

Saber que pueden consentir y que no los menores de dieciocho años a la luz del alcance de su libertad sexual, en especial en una sociedad pluralista como la nuestra, nos permitirá acercarnos a alguna propuesta superadora de los problemas que presenta este delito.

IV. 2. Actos corruptores per se Vs. consecuencias en el desarrollo de la sexualidad.

Como hemos visto en la primer parte del trabajo, tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia subsumen una conducta en el tipo penal del art. 125 de nuestro código en razón del carácter que por sí mismo ese comportamiento

presenta. Así distinguen actos que por lo perversos, extraordinarios, excesivos o prematuros tienen entidad corruptora al alejarse de las pautas que socialmente se aceptan como normales.

Frente al avance de una sociedad respetuosa de la diversidad y pluralista en materia sexual, algunos autores y también algunos precedentes jurisprudenciales, han intentado prescindir de toda connotación moral de la sexualidad y dejar de lado aquella tesis tradicional que afirma la existencia de actos corruptores per se.

Proponen reconceptualizar la corrupción de menores y que el delito se tipifique en función de la afectación del bien jurídico, es decir, en el efecto que el hecho tendrá para el normal desarrollo de la sexualidad de la víctima.

Tal como hemos señalado, esta postura nos parece mucho más seductora que la tradicional y más acorde a nuestros días.

Ahora bien, frente a esta tesis surgen una serie de interrogantes que deberemos superar para constatar la eficacia de la misma.

En primer término, *¿qué abuso sexual no tiene entidad para afectar el proceso de integración de la sexualidad de un menor de dieciocho años?, ¿Hay algún tipo de acto sexual realizado con un menor de dieciocho años que no lo afecte y que éste pueda consentir?*.

Si aceptamos que solamente quedaran tipificados como corrupción de menores aquellos actos que afecten el normal desarrollo de la sexualidad de un menor, debemos afirmar que existirán hechos con contenido sexual producidos contra un menor que no generan dicho efecto y que, por lo tanto, se subsumirán en otro tipo penal.

Por su parte, nos preguntamos, *¿Cuál es la medida para determinar que un hecho puede afectar el normal desarrollo sexual de un menor? ¿Hasta cuando se construye y desarrolla la sexualidad de un menor de dieciocho años?*.

Comenzaremos, entonces, a resolver estos planteos.

En el plano de la psicología existe consenso respecto de los efectos traumáticos que todo abuso sexual genera en la víctima.

Se afirma que “el traumatismo que genera el abuso sexual en la infancia se presenta como devastador de la subjetividad. El efecto de la imposibilidad de simbolizar impregna al sujeto, sumado a fuertes sensaciones de inermidad, de un

terror sin nombre, la percepción de que los recursos disponibles no alcanzarán para proteger al psiquismo del derrumbe y la imposibilidad de imaginar un futuro construido sobre los inútiles pilares de un presente desorganizante”.⁶²

Es importante aclarar que lo traumático nunca es el acontecimiento sino el efecto que éste genera en el psiquismo. Hay hechos que devienen necesariamente en traumáticos pero no necesariamente esos traumatismos devienen en patológicos. La producción de la patología es el efecto de un modo de resolución de lo traumático.⁶³

Un abuso sexual siempre tendrá un efecto traumático pero no siempre producirá patología, pues ello dependerá de cómo se resuelve el trauma.

Asimismo, es necesario destacar que los niños y adolescentes se diferencian en su forma de procesar y de responder al abuso sexual, pues los patrones de adaptación pueden cambiar en función de la edad.

Se encontró que en el momento de la evaluación los adolescentes presentaban unos niveles superiores de síntomas depresivos y una menor autoestima, aunque la relación entre victimización y sintomatología se encontraba mediatizada por los sentimientos de vergüenza y por la autoinculpación.⁶⁴

Ahora bien, el impacto traumático puede ser más grave en algunos tipos de abusos sexuales que en otros. Se afirma que cuando el abuso es producido con mayor frecuencia y prolongado durante más tiempo, o se recurre al empleo de la fuerza o existe una relación preexistente entre el autor y el sujeto pasivo, el efecto traumático será más grave.

Sin embargo ello no significa que por ser más grave el trauma implicará la producción de alguna patología que incida o afecte el normal desarrollo de la sexualidad del menor pues esto, como vimos, dependerá de los mecanismos de resolución y superación del trauma.

Vale decir, entonces, que un menor que ha sufrido cualquier tipo de abuso sexual padecerá el efecto traumático del acontecimiento pero no siempre podremos

⁶² CALVI, B. “*Abuso sexual en la infancia, efectos psíquicos*” pág. 33 Buenos Aires: Lugar, 2006

⁶³ idem

⁶⁴ KENDALL-TACKETT, K.A. “*Impact of sexual abuse on children: a review and synthesis of recent empirical studies*”, pág. 113, 164-180. Psychological Bulletin, University of New Hampshire

afirmar que desarrollará una consecuencia patológica pues ello no depende de la gravedad del abuso sino de su mecanismo de superación.

Entonces, aunque los abusos sexuales sufridos durante la infancia pueden generar consecuencias graves, algunas víctimas pueden resultar ilesas presentando un funcionamiento asintomático o sano. Los estudios empíricos indican que la adaptación que presentan estas personas durante la etapa adulta depende de ciertos factores relacionados con la propia víctima y la superación del trauma ocasionado por el hecho.

Así, el cambio en la percepción de un suceso estresante a través de la reevaluación cognitiva puede ser una manera eficaz de afrontar los acontecimientos traumáticos del abuso sexual infantil.

En general los adultos con un historial de abuso que no presentan síntomas ni patología alguna son aquellos que recurren a estos mecanismos. Es interesante señalar la investigación de Himelein y McElarth⁶⁵ quienes investigaron a estudiantes universitarios resistentes a los efectos del abuso e identificaron cuatro estrategias de afrontamiento: 1) la revelación y discusión del abuso, 2) la minimización de su impacto, 3) la reevaluación positiva y 4) no dejarse obsesionar por la experiencia. Así, concluyeron que la mayoría de las víctimas resistentes describieron los abusos en términos de esperanza y optimismo (vehículo de cambio personal y de desarrollo de aprendizaje a partir de la experiencia, encontrar sentido a la adversidad).

Los investigadores señalan que las características de la familia también contribuyen a la adaptación psicológica y social de las víctimas. Así, los estudiantes pertenecientes a familias con altos niveles de cohesión-flexibilidad (preocupación por los otros miembros familiares y apoyo mutuo, al tiempo que se estimula la autosuficiencia y la libre expresión de los sentimientos) y de organización familiar tenían una mayor autoestima, mejor adaptación social y menos depresión.

Por el contrario, otras investigaciones demostraron quienes habían sufrido un abuso sexual en su niñez y se centraron en procesos de autoatribución de culpa y responsabilidad presentaron una peor adaptación en la etapa adulta. Así, la autoinculpación de las víctimas se relaciona con una menor autoestima, mayor

⁶⁵ HIMELEIN, M.J. y McELRATH, A.V. “*Resilient child sexual abuse survivors: cognitive coping and illusion*”, pags. 747-758 Child and Neglect, 1996

ansiedad en las relaciones, menor disfrute de la sexualidad y mayor probabilidad de presentar signos violentos en sus relaciones personales.⁶⁶

De esta manera podemos concluir que aquellas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que miden la tipificación de la corrupción de menores por el efecto que el hecho generará en el proceso de integración de la sexualidad de un menor o en el normal desarrollo de su sexualidad, carecen de fundamentación científica y empírica; pues como hemos visto, ese efecto no dependerá de la entidad del hecho sino de los mecanismos de superación del trauma que operen en el sujeto pasivo.

Así, un simple abuso sexual puede tener consecuencias patológicas y devastadoras en el psiquismo de la víctima y, por el contrario, un hecho gravísimo podrá no tenerlas.

Pero además de estas razones, otras nos invitan a rechazar la postura en análisis.

Es que para reconceptualizar la corrupción de menores prescindiendo de todo alcance moral y normalizador de la sexualidad, se apela a un elemento típico que no existe en la norma del artículo 125 de nuestro código.

Requerir la afectación al normal desarrollo de la sexualidad del menor o a su proceso de integración de la sexualidad para que se configure el delito de corrupción de menores implica reclamar un resultado concreto y material que no surge del tipo penal.

Y en las legislaciones que sí reclaman tal resultado, se han presentado diversos problemas.

El caso de la legislación española es paradigmático en este sentido, pues receptora de todo el conflicto hasta aquí reseñado, optó en el año 1995 eliminar la figura del CPE.

Tal como lo expone el autor español J.M. Tamarit Sumalla, la supresión del delito de corrupción de menores en el Código Penal de 1995 fue calificado como uno

⁶⁶ Mc. MILLEN, C. y ZURAVIN, S. "Atributions of blame and responsibility for child sexual abuse and adult adjustment" pág. 30-48, Journal of Interpersonal Violence, N° 12, 1997

de los mayores aciertos de la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual⁶⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia marco grandes dificultades con el texto español de 1995 en tanto se comenzaron a calificar diversos hechos que antiguamente podrían ser constitutivos del delito de corrupción de menores, en tipos penales básicos cuyas penas en general resultaban insuficientes teniendo en cuenta la entidad de los abusos.

Por ello, en la reforma del año 1999, la corrupción de menores reingresa al código penal español sancionando a quien haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste.

Para la legislación española no basta con un daño potencial ni tampoco se exige que el acto sexual pertenezca a un género de actos corruptores por sí mismo, sino que se exige como resultado material del delito el perjuicio en la evolución o desarrollo de la personalidad de la víctima.

El perjuicio psíquico puede consistir en lesiones psíquicas o secuelas. Y el principal problema radica en determinar la propia existencia del perjuicio psíquico y la relación de causalidad entre la conducta sexual y el perjuicio, pues en ocasiones las lesiones psíquicas o las secuelas no surgen en un momento inmediatamente posterior a la conducta sexual, ni en un período de corto tiempo sino que se manifiestan a largo plazo con lo que será prácticamente imposible determinarlas.

La relación de causalidad es muy compleja pues las lesiones o secuelas psíquicas no suelen derivar de una única causa sino de un conjunto de ellas, incluso, extrañas a la causa de la lesión pero que interfieren con ella y se confunden.

Se sostiene que muchas veces el perjuicio deriva no sólo de una victimización primaria sino también de la victimización secundaria de la propia víctima producida por la reacción desproporcionada del entorno una vez que se revela el abuso sexual;

⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M. “La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual” Madrid: Aranzadi, 2000

por ejemplo, la excesiva atención de familiares, amigos, médicos, psicólogos o desde el ámbito judicial, que muchas veces enquistan más el problema.⁶⁸

De esta manera el juzgador deberá recurrir a la prueba pericial para determinar si ha existido o no el perjuicio psíquico o si éste puede aparecer en el futuro, en cuyo caso se emitirá un pronóstico pues, como hemos visto, no se pueden hacer afirmaciones absolutas al respecto.

La dificultad probatoria convierte al resultado típico exigido en una presunción lo que podría generar que el juzgador presuma que en todos los casos en los que exista una relación sexual con menores se produzca un perjuicio en la evolución o desarrollo de la personalidad de éste.⁶⁹

Concluimos, entonces, que la postura que intenta superar el problema de la tesis tradicional-que reconoce actos corruptores por sí mismos desde una mirada moralizante y normalizadora de la sexualidad-, recurriendo a los efectos que el acontecimiento podría tener en el desarrollo de la sexualidad, es insuficiente; pues, por la razones expuestas, dichos efectos nunca podrán preverse con certeza.

Y no solamente es insuficiente sino que un análisis más profundo nos demuestra que esta doctrina es contradictoria.

En efecto, el fundamento de esta postura es reconocer que el bien jurídico afectado por el delito de corrupción de menores es el adecuado proceso de formación sexual del menor o el normal desarrollo de su sexualidad.

Sin embargo, el tipo penal básico no exige medios comisivos determinados ni específicos como el abuso sexual cometido por superioridad, violencia, engaño, etc. ni tampoco añade calificativos a la formación del menor.

De esta forma, parecería que no se tutela tanto la formación adecuada sino la formación correcta o normal, es decir, la convencional sea o no la adecuada para la personalidad del menor abriendo el camino a la protección de determinaciones morales.

⁶⁸ AGUADO LOPEZ, S. “*El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)*”, pág. 145. Valencia: Tirat lo blanch, 1ra. Edición 2004

⁶⁹ AGUADO LOPEZ, S. ob. cit. pág. 147

Esta afirmación se refuerza si consideramos que en la corrupción de menores entra toda relación sexual consentida con menores de entre trece y dieciocho años; siendo que para esta postura, en apariencia superadora, se castigarán aquellas conductas inmorales que afecten el desarrollo o la formación convencional de la sexualidad.

Y con ello nos adentramos al segundo planteo a superar, esto es, cuál es el proceso de formación de la sexualidad de los menores y si éstos tiene libertad sexual o no.

IV.3. La formación de la sexualidad.

En 1905 Freud conmocionaba al mundo científico al afirmar que: “Forma parte de la opinión popular acerca de la pulsión sexual la afirmación de que ella falta en la infancia y sólo despierta en el período de la vida llamado pubertad. No es este un error cualquiera: tiene graves consecuencias, pues es el principal culpable de nuestra presente ignorancia acerca de las bases de la vida sexual”.⁷⁰

Así Freud afirmaba que los niños también tienen sexualidad, pero es una sexualidad propia de la infancia que se va formando a lo largo de los años.

El primer período de la vida sexual se desarrolla durante la lactancia y viene de la mano del “otro primordial”.⁷¹ Esta etapa del desarrollo sexual se origina en el amamantamiento, así el bebé encuentra satisfacción del hambre y al mismo tiempo se enfrenta a una sensación de placer que queda ligada a la estimulación oral.

En este momento se separa la necesidad de alimentarse y el placer alcanzado, entonces, a partir de allí el bebé buscará reproducir esa sensación placentera independientemente de su necesidad. A través del “chupeteo” estimula la boca convirtiéndola en una zona erógena consiguiendo placer autoerótico.

⁷⁰ FREUD, S. “*Tres Ensayos de teoría sexual*” (1905), Obras Completas, T.VIII. Buenos Aires, Amorrortu Editores.

⁷¹ Consideramos correcta la afirmación acerca de que es más riguroso hablar de “otro primordial” en reemplazo del “otro materno” ya que si bien quien se vincula con el niño en el momento del amamantamiento suele ser la madre, se trata de un lugar que puede ser ocupado por otros: una abuela, un padre, una niñera. De esta forma, este concepto pone el acento en el otro como agente de humanización. Ver AGUIRRE, BURKART NÖE, FERNANDEZ, GASPARI y HAFTEL en “*La sexualidad y los niños*”, pág. 18 Buenos Aires: Ed.Lugar, 2008

Es importante aclarar que en este período de formación, el bebé no se siente ni se percibe diferente del mundo que lo rodea, por eso la idea del autoerotismo no designa sólo la satisfacción en el propio cuerpo sino también un modo de satisfacción en que aún no hay registro del otro como diferente de sí.

De esta manera, la primera etapa de la sexualidad infantil se caracteriza por ser autoerótica, por nacer de una función corporal importante para la vida como la alimentación y la finalidad sexual se centra en una zona erógena, es decir, la boca.

La segunda etapa en la formación de la sexualidad es la llamada etapa anal. La sexualidad se basa en la función de la defecación y al independizarse de ésta se obtiene una ganancia de placer. De esta manera, la zona anal se constituye en una nueva zona erógena, es decir, en una parte del cuerpo que al ser estimulada apropiadamente produce placer.

Así la meta sexual en la niñez es la búsqueda de satisfacción mediante la estimulación apropiada de la zona erógena elegida. Se expresa que “es por esta cualidad aún no organizada de la sexualidad infantil que se define al niño como perverso polimorfo. Perverso porque no dirige sus impulsos hacia una satisfacción sexual completa, genital, como lo es el coito en la vida sexual de los adultos, sino que se satisface en el recorrido pulsional autoerótico por las diferentes zonas erógenas. Y polimorfo porque se da de diversos modos, sin que ninguno se convierta en la forma primordial por la cual se obtiene satisfacción”.⁷²

Mientras que en la edad adulta la satisfacción sexual está atravesada por la relación con otros, en la infancia es básicamente autoerótica. Sin embargo, entre los tres y cinco años comienza un interés orientado hacia los genitales mediante la curiosidad y estimulación de esa zona, y al encuentro con las diferencias con el otro sexo. Para Freud esto sitúa al niño en un momento particular, es decir, el atravesamiento del complejo de Edipo.

En la medida en que se va abandonado la escena dual del bebé siendo amamantado e ingresa la figura de un tercero, “la amenaza a la vida y al amor del otro de los primeros cuidados ya no es la de morir de inanición por un pecho que no llega,

⁷²AGUIRRE, BURKART NÖE, FERNANDEZ, GASPARI y HAFTEL, ob. cit. pág. 20

sino la de perder al objeto amado. El niño ingresa así en una dramática escena donde es presa de fuertes pasiones de amor, admiración y hostilidad hacia sus progenitores”.⁷³

Conforme la tesis de Freud, el niño se retira de la escena por amenaza de castración, es decir, la fantasía a través de la cual se instala la prohibición del incesto. Y de esta manera, “la primera elección de objeto de la niñez está destinada a sucumbir bajo los efectos de la represión. Y esto ocurre con el advenimiento del período de latencia”.⁷⁴

El período de latencia se extiende entre los seis y siete años de edad y el inicio de la pubertad siendo caracterizada por cuanto la sexualidad es reprimida.

Luego, con el comienzo y desarrollo de la pubertad hacia la vida adulta comenzará la etapa de experimentación y de exploración de la sexualidad con el otro inaugurando las vías productoras del placer.

En lo que a nuestro trabajo respecta, es importante señalar que conforme a los aportes de Freud, la sexualidad ya no queda definida como la búsqueda de la reproducción sino que, por el contrario, queda definida como condición de la vida humana desde su inicio.

También es necesario destacar que la sexualidad humana no está organizada genéticamente como en los animales, sino que se moldea y diversifica de acuerdo al medio cultural y los vínculos cercanos; es decir, es indeterminada, pero se va determinando con el otro.⁷⁵

Si bien es lo biológico lo que marca el desarrollo y las etapas de niñez, adolescencia y juventud, los límites etarios son variables. Se dice que la niñez finaliza a los diez años, a los once comienza la adolescencia, que se extiende hasta los dieciocho años momento en el cual se pasa a ser joven adulto hasta los veinticuatro años.⁷⁶ Sin embargo, esto es totalmente variable ya que dependerá del crecimiento y desarrollo, condiciones personales, familiares y, principalmente, culturales.

⁷³AGUIRRE, BURKART NÖE, FERNANDEZ, GASPARI y HAFTEL, ob. cit.pág. 21

⁷⁴ idem

⁷⁵ idem, pág. 22

⁷⁶ REDÍ FREUNDLICH, M.A. “Adolescencia y sexualidad: abuso sexual” en “Abuso Sexual, victimología y sociedad” pág. 171, Buenos Aires: Espacio, 2007

Esto significa que, de acuerdo a las transformaciones culturales, podremos encontrar otros rasgos de la organización sexual infantil no prevista hace más de cien años atrás que hayan ido variando y modificando ese proceso como la educación, la tecnología, el entorno social y cultural, etc.⁷⁷

Todo esto nos permite concluir que no hay parámetros normales de la sexualidad como tampoco procesos organizativos convencionales de la misma. En este sentido, se afirma que la “dimensión de la construcción de la sexualidad que supone el acuerdo generalizado sobre qué hacer, resulta hoy problemática. Se trata de una dimensión que para la época de Freud no constituía problema alguno; en aquel entonces se daba por sentado la existencia de ciertos acuerdos mínimos entre adultos. Hoy los acuerdos entre los adultos implicados en vínculos de crianza son a construir, y pareciera que esa construcción del vínculo exige un cada vez, de acuerdo a la situación, sin dar por supuesto que preexiste el acuerdo”.⁷⁸

IV. La libertad sexual de los menores.

Más allá de reconocer que actualmente no podemos afirmar la existencia de un proceso organizativo convencional o normal de la sexualidad, es innegable que la sexualidad se va formando paulatinamente con el paso de los años y a través de diversas etapas.

Y esto se ve reflejado en el ordenamiento jurídico, el cual va asignando cierta libertad a los menores a medida que van avanzando en su desarrollo madurativo.

Generalmente las legislaciones establecen una edad mínima por debajo de la cual un menor no puede consentir ningún acto sexual. Habitualmente se fija esa edad entre los doce y los trece años, coincidentemente con el inicio de la pubertad.

⁷⁷ Es por ello que nos parece acertada la decisión de la Sala II de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires al reconocer al ámbito cultural como determinante en la formación de la sexualidad de los niños y adolescentes, admitiendo variables de acuerdo al entorno social y cultural en que se desarrolla.

⁷⁸ idem, pág. 28

Nuestro código penal fija el tope en los trece años, presumiendo sin admitir prueba en contrario que por debajo de dicho límite etario ningún menor tiene capacidad para consentir ninguna clase de acto sexual.

Objetamos la constitucionalidad de dicha presunción por cuanto, por un lado, al establecerse una presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento válido para realizar cualquier acto sexual de todo menor que no haya cumplido los trece años de edad resulta violatorio de las garantías de juicio previo y de la defensa en juicio. Y por el otro afecta la libertad sexual de los menores al presumir el legislador que los mismos carecen de la misma lo que implicaría que el dispositivo legal no se orienta a la tutela del derecho sino a la imposición de un orden moral.

No existe herramienta de previsión alguna que permita afirmar que no existe al menos una persona menor de trece años capaz de comprender y consentir un acto sexual.

Sin embargo, nos parece acertado que el legislador fije un límite mínimo por debajo del cual un menor no pueda consentir un acto sexual a fin de proteger la inmadurez de los menores para comprender el significado del acto sexual, pero debe admitirse la posibilidad de la prueba en contrario en resguardo del Estado de Derecho.

Más allá de esta observación, nuestra legislación reconoce a los menores cierto ámbito de libertad sexual a medida que estos van creciendo.

Así, menores de trece años no puede consentir ningún acto sexual (art. 119 CP) mientras que a partir de los trece y hasta cumplir los dieciséis pueden consentir actos sexuales siempre que se acredite su madurez sexual (art. 120 CP) y desde los dieciséis hasta los dieciocho años tienen libertad sexual para realizar cualquier acto o práctica siempre que no constituya actos que puedan corromperlos(art. 125 CP).

De ésta manera la libertad sexual se va adquiriendo gradualmente a medida que el menor va creciendo, obteniendo en nuestra legislación la total libertad a partir de los dieciocho años.

Es por ello que consideramos más acertado afirmar que el bien jurídico lesionado en los delitos sexuales siempre es la libertad sexual, incluso en los menores de dieciocho años. Lo que nos permite rechazar conceptos como intangibilidad, indemnidad, formación sexual adecuada o bienestar psíquico como bienes jurídicos

pues ninguno de estos términos logra desprenderse del peligro que intercedan concepciones morales de la sexualidad.⁷⁹

Entendemos por libertad sexual al derecho de toda persona a ejercer actividad sexual en libertad. El bien jurídico libertad sexual en los menores, como hemos visto, no es absoluto sino que presenta matices.

En base a lo expuesto, sostenemos que-en nuestra opinión- salvo prueba en contrario, se prohibirán todo tipo de conductas sexuales respecto de personas que desde un principio se sabe que en determinadas circunstancias quedarán insertas en una situación carente de libertad (en nuestra legislación, menores de trece años).

En relación a ello, consideramos necesario mencionar el criterio dominante en la doctrina especializada que considera perjudiciales los comportamientos sexuales no por el mero dato de la minoría de edad del sujeto pasivo sino por la asimetría de edad.

La posición dominante de los profesionales de la psicología asume los aportes de David Filkenhor⁸⁰ quien afirma que el consentimiento mutuo no puede ser prestado por un menor cuando entabla una relación sexual con un adulto significativamente mayor. El autor entiende que las relevantes diferencias de desarrollo cognitivo y emocional entre el adulto y el menor de edad, así como sus distintas necesidades afectivas, harían imposible una interacción sexual libre.

De ésta manera Filkenhor traza la línea fronteriza entre actos sexualmente apropiados y actos abusivos, afirmando que se consideran abusos:

- a) En todos los casos los contactos sexuales entre menores de doce años o menos años y una persona mayor de edad (dieciocho o más años)
- b) Entre persona de doce o menos años y un adolescente de menos de dieciocho pero siempre que la diferencia de edad sea de cinco o más años, y
- c) Los realizados con adolescentes entre los trece y los dieciséis años, siempre que se tenga diez o más años.

Es importante observar el límite de edad de los dieciséis años del menor, pues por encima de dicho límite, según la posición dominante, la sola asimetría de edad no

⁷⁹ AGUADO LOPEZ, S. ob. cit. pág. 113

⁸⁰ FINKELHOR, D. “*Sexually victimized children*”, New York: Free Press, 1979; FINKELHOR/HOTALING, “*Sexual abuse in the national incidence study of child abuse and neglect: An appraisal*” en Child Abuse and Neglect, pág. 23-33

permite deducir el abuso de poder por lo que no podrá estimarse la concurrencia de una situación delictiva salvo que se empleen medios comisivos concretos que limiten la libertad del menor.

La tesis de Filkenhor resulta de por sí muy sugerente, pues desde su perspectiva se reconoce y acepta la existencia de la sexualidad infantil sin poner el acento en la precocidad ni en la iniciación del menor a prácticas sexuales ni discrimina con criterios de “normalidad” las diversas manifestaciones sexuales. El límite entre lo que resulta perjudicial o no se basa en la idea de “instrumentalización” del menor al servicio de las necesidades sexuales del adulto.

Esta postura que basa la relación abusiva en la asimetría de edad es recepcionada por diversas legislaciones, entre ellas la italiana, la alemana y la portuguesa.

El código penal italiano en su art. 609 quater castiga la realización de actos sexuales con menores por la diferencia de edad entre el sujeto activo y el pasivo. Así, por un lado sanciona la realización de actos sexuales con menores de dieciséis años cuando el autor sea ascendiente, tutor u otra persona que por razón de cuidado, educación, instrucción, vigilancia o custodia se le haya confiado el menor o tenga una relación de convivencia. Y por el otro, castiga la realización de actos sexuales con menores de catorce años o con menos de trece si la diferencia de edad entre el agresor y la víctima es de tres o más años.

Por su parte, el código penal portugués en su art. 174 castiga al mayor de edad que mantenga acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal con menor de catorce y dieciséis años pero a diferencia del código italiano, exige que se abuse de la inexperiencia del menor.

Y el código penal alemán prevé en el párrafo 182 como supuesto atenuado la conducta consistente en mantener trato sexual con menores de dieciséis años siempre que el autor tenga más de veintiún años y haya abusado de la falta de capacidad de la víctima para la autodeterminación sexual.

En nuestra legislación también encontramos una técnica similar en el artículo 120 de nuestro código penal mediante el cual se sancionan las prácticas sexuales con personas mayores a los trece pero menores a los dieciséis años siempre que el autor se aproveche de la inmadurez del sujeto pasivo en razón de la mayoría de edad del

autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente.

Sin embargo, más allá de lo seductora de esta postura aceptada mayoritariamente por la psicología, no deja de presentar una serie de críticas.

En primer lugar no es aceptable que se traslade automáticamente datos criminológicos al derecho penal sin incurrir en la creación de presunciones en contra del imputado. Al ser casos objetivos que prescinden del caso concreto, pueden fallar en un determinado caso. Así, por ejemplo, en los casos de diferencia de diez años entre uno y otro cuando la víctima sea mayor de doce años habrá una presión que viciará el consentimiento porque el menor se sentirá intimidado ante la persona mayor, pero también puede suceder que en ese mismo caso pese al dato objetivo de la diferencia de edad nos encontremos ante un menor excepcionalmente formado en materia sexual y que no se sienta presionado por el hecho de relacionarse con mayores de edad. Lo que le importa al derecho penal es que exista efectivamente una presión que vicie el consentimiento del menor, y esto puede no darse en determinados casos.⁸¹

Por su parte, el delito de corrupción de menores fija una edad máxima de tutela superior a la que se maneja para la asimetría de edad. Es que a través del delito de corrupción de menores se pretende tutelar a todos los menores de dieciocho años mientras que los casos de asimetría dejan de tener relevancia cuando el menor alcanza los dieciséis años.

Y es precisamente esta última razón la que nos afirma que, en definitiva, lo que se intenta proteger a través del delito de corrupción de menores no el proceso de integración de la sexualidad ni el normal desarrollo de ésta como pretenden las tesis más actuales, sino que lo que se tutela es ni más ni menos que una determinada moral sexual.

Y son varias las razones que nos permiten afirmar tal conclusión. Preliminarmente destacamos que la protección del art. 125 del CP a los menores entre trece y dieciocho años es excesiva pues va en contra del art. 120 del CP que autoriza

⁸¹ AGUADO LOPEZ, S. ob. cit. pág. 91

las relaciones sexuales a partir de los trece años siempre que su consentimiento sea libre y el menor se encuentre capacitado para otorgarlo. Asimismo, es difícil que en una relación consentida libremente por un menor ocasione perjuicio alguno pues la experiencia habrá sido voluntaria y por ello nada traumática.⁸²

Y en base a ello, la intervención penal solo se justificaría en la protección de una determinada moral sexual negándole la libertad en materia sexual a las personas mayores de trece y menores de dieciocho años, lo que no sería admisible toda vez que la moral sexual no es un bien jurídico digno de protección penal.⁸³

Es que, conforme lo dispone el art. 120 de nuestro código, un menor de entre trece y dieciséis años en tanto sea maduro puede consentir relaciones y prácticas sexuales siempre que éstas no impliquen corrupción, lo que significa que lo único que no puede consentir un menor entre trece y dieciocho años son aquellas prácticas “anormales” o “depravadas”. Solo le está permitido que practique el “sexo puro” o “normal” que, según la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritaria, no es otro que aquel que ocurre en relaciones comprometidas, de preferencia legalmente reguladas y entre personas heterosexuales con fines reproductivos.

Asumir ello traería aparejado un sin fin de contradicciones en el propio ordenamiento jurídico toda vez que el mismo le otorga ámbitos de libertad a los menores de dieciocho años pero no le permitiría consentir aquellas prácticas sexuales.

Para graficarlo apelaremos al siguiente ejemplo; supongamos el caso de una mujer de dieciséis años que contrae matrimonio mediante venia judicial con un hombre de treinta años con quien participa en prácticas swinger. Desde la concepción tradicional, que tanto la doctrina y la jurisprudencia aún defienden fuertemente, el esposo de nuestro ejemplo podría incurrir en el delito de corrupción de menores y, en este caso, agravado por ser el cónyuge el sujeto activo.

⁸² Sara Aguado López sostiene tal afirmación citando a Muñoz Conde quien comenta que no se ha comprobado científicamente que las relaciones sexuales perjudiquen el desarrollo de la personalidad del menor o incapaz. Y además, añade que incluso en las relaciones sexuales en las que no media violencia y el menor consiente libremente sucede precisamente lo contrario, es decir, favorecen el desarrollo psíquico del menor y mejoran la afectividad en sus relaciones personales futuras. Conf. MUÑOZ CONDE, “*Los delitos contra la libertad sexual*” en Estudios Penales y Criminológicos, págs. 272-273, 1990. AGUADO LOPEZ, S. ob. cit. pa.g 116

⁸³ idem.

Esto significa que el ordenamiento jurídico le permite al menor tener relaciones sexuales consentidas dentro del marco del matrimonio pero no le estaría autorizado que realice aquellas prácticas que desde esa moral sexual aparezcan como aberrantes o depravadas.

O, incluso, desde la sanción de la ley 26.618 no puede concebirse que en la actualidad se condene por corrupción de menores a personas por el sólo hecho de haber mediado una relación homosexual, como ya hemos visto que ocurre en el capítulo II.

Lo mismo ocurre con la sanción de la ley de identidad de género que dedica específicamente normas sobre la situación de los menores de edad, mediante las cuales una persona menor de dieciocho años podrá solicitar el cambio registral a los fines de adecuar su identidad de género autopercebida⁸⁴, e incluso a solicitar intervenciones quirúrgicas y los tratamientos integrales para su salud de acuerdo a la capacidad progresiva del niño y, siempre, mediante solicitud efectuada por su representante y en caso de que éstos se nieguen o sea imposible, mediante autorización judicial.⁸⁵

⁸⁴ARTICULO 5° ley 26.743— *Personas menores de edad*. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

⁸⁵ARTICULO 11. ley 26.743— *Derecho al libre desarrollo personal*. Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de

Esto significa, que los menores son reconocidos como sujetos que pese a la minoría de edad poseen autonomía de la voluntad para decidir sobre derechos personalísimos como su identidad sexual.

Sin embargo, el derecho penal a través del delito de corrupción de menores les veda la posibilidad de consentir actos sexuales, a menos que éstos sean “normales” y “tradicionales” dentro del marco de una moral sexual correcta.

Pero lo “normal” siempre es problemático, pues no es un término preciso. Lo “normal” puede significar lo que hace la mayoría, o lo que algunos entienden por sano, moral, regular o natural en oposición a enfermo, inmoral, extraño o antinatural. Es un término excesivamente susceptible de variar pues es subjetivo y versátil. No puede existir una “conducta sexual normal” sin que exista una anormal, pues lo aceptable necesita de lo inaceptable.⁸⁶

Y en el plano de la sexualidad, lo que la doctrina y la jurisprudencia entienden normal para niños y adolescentes se dirige a una dirección conversadora y prohibitiva contraria a la tolerancia, la diversidad y la pluralidad que la actual sociedad impone.

Todo ello nos permite concluir que, por un lado no existe una medida que nos permita discriminar que actos sexuales tendrán entidad corruptora y cuales no.

Y por el otro, que las personas mayores a los trece y menores a los dieciocho años son titulares de un cierto ámbito de autonomía sexual mediante el cual podrán ir decidiendo libremente sobre el ejercicio de su sexualidad con independencia del carácter del acto y la relación en sí misma, mientras que en los menores de trece años esa libertad sexual será potencial, salvo prueba en contrario.

protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad.

⁸⁶ LEVINE, J. LEVINE, J. *“No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y a los adolescentes contra el sexo”*. Pág. 93D.F. México: Océano, 2006.

CONSIDERACIONES FINALES

I. La violación al mandato de máxima taxatividad legal.

Es sabido que no existe técnica legislativa alguna que logre una precisión absoluta al momento de redactar tipos penales ya que para ello se requieren siempre términos descriptivos pero también valorativos por lo que es inevitable un cierto grado de imprecisión.

En este sentido el Tribunal Constitucional español admite la compatibilidad de los conceptos jurídicos relativamente indeterminados con el mandato de taxatividad como derivación del principio de legalidad siempre que se cumplan tres requisitos: a) que el legislador se haya esforzado lo máximo posible en garantizar la seguridad jurídica, b) que sea posible conocer su significado en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características de la conducta prohibida, y c) que su utilización sea necesaria para la protección de bienes jurídicos de carácter dinámico y evolutivo cuya concreción puede ser distinta según el tiempo y país de que se trate.⁸⁷

Estamos en condiciones de afirmar que el delito de corrupción de menores no cumple con ninguna de estas exigencias ya que no podemos aseverar con total y plena seguridad cuál es la conducta prohibida.

La CIDH ha dictado una serie de importantes precedentes en donde destaca la importancia del principio de legalidad del art. 9 de la CADH.

Así ha sostenido que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder

⁸⁷ AGUADO LOPEZ, S. ob. cit. pág. 149-150

punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”.⁸⁸

Asimismo, puntualmente al mandato de taxatividad de las leyes punitivas, en la sentencia del 30 de mayo de 1999 dictada en el caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú” tiene dicho que:

“La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”.⁸⁹

Este mismo criterio es repetido en el fallo “Cantoral Benavides Vs. Perú” del 18 de Agosto de 2000, en donde la CIDH en el fundamento 157 reitera los alcances del principio de legalidad en la construcción de los tipos penales.

Pero no solamente Perú fue condenado por la violación al principio de legalidad en la construcción de los tipos penales sino que con idéntico fundamento nuestro país fue condenado en el caso “Kimel vs. Argentina”, del 2 de Mayo de 2008.⁹⁰ En este caso

⁸⁸“Baena c. Panamá”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2.2.2001 considerando 107

⁸⁹ “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, CIDH, sentencia 30.5.1999 considerando 121.

⁹⁰ Es interesante indicar que con posterioridad al fallo “*Kimel vs. Argentina*”, la CIDH declaró la validez del antiguo del tipo penal de injurias del art. 110 del CP en el caso “*Mémoli vs. Argentina*” del 22/8/13 al

la Corte sostuvo que la antigua redacción de los delitos de calumnias e injurias violaban la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad con el siguiente fundamento:

“...’es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información’. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”.⁹¹

decretar correcta la condena fundada por el tipo penal que en el precedente “KimeI” declaró violatoria al principio de legalidad.

⁹¹ considerando 63

Ahora bien, encontramos en la jurisprudencia de la CFCP algunos tímidos planteos de inconstitucionalidad del delito de corrupción de menores por violación al principio de legalidad. Todos ellos fueron rechazados.

Así, en el fallo “*R. C., M. y R., L. D. s/ recurso de casación*”⁹² la defensa plantea la inconstitucionalidad del art. 125 por resultar vulnerante del principio de legalidad, de la garantía de igualdad ante la ley, de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, de la división de poderes y de las facultades propias de los jueces. Considera que el problema consiste en la dificultad de dar una noción sobre el concepto de corrupción sexual, y ello acarrea la violación al principio de legalidad que exige la descripción de la conducta reprochable.

El voto del Dr. Riggi, al que se adhieren los otros miembros del Tribunal, rechaza el planteo de inconstitucionalidad.

En primer término, el magistrado afirma que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la doctrina que establece que la declaración de la inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia. En efecto, se trata de un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.”

Y en relación a ello, entiende que la defensa no alcanza a demostrar de qué modo se han visto vulneradas las garantías constitucionales a las que alude, ni tampoco fundamenta los agravios respecto del argumento del Tribunal Oral cuando concluye que “.....más allá de considerar al texto legal suficientemente comprensible

⁹² CFCP “*R. C., M. y R., L. D. s/ recurso de casación*” S. III c. 10152 Reg. N° 970/09 de 3/7/09

para cualquier lego, en este caso concreto no se advierte afectación alguna al mandato de certeza del tipo penal.”

Por su parte, en el precedente “*M.A.A. S/ Recurso de Casación e inconstitucionalidad*”⁹³ la defensa plantea la inconstitucionalidad del art. 125 del código penal, por entender que dicha norma es violatoria del principio de legalidad debido a que a no describe adecuadamente la conducta prohibida y motivo de sanción. La defensa expone que no puede conocerse a qué se refiere el tipo penal cuando habla de de corrupción, puesto que ninguna definición surge de su texto, y que se ha definido siempre la corrupción, a través de conceptos puramente valorativos, que en nada aclaran la cuestión, dejando en manos del juez una total discrecionalidad para aplicar o no este tipo penal.

La Dra. Ángela Ledesma, cuyo voto es acompañado por sus compañeros de tribunal, rechaza el planteo sosteniendo que:

“En lo que respecta al planteo de inconstitucionalidad del art. 125, incoado por el recurrente, debemos recordar en primer término, que (l)a supremacía constitucional supone una graduación jerárquica del orden derivado, que se escalona en planos distintos. Lo más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución (...) Dada la estructura federal de nuestro estado (...) la constitución prevalece sobre todo el orden jurídico-político del estado (...) El control de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber (u obligación) que implícitamente impone la constitución formal a todos los tribunales del poder judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto (Bidart Campos, Germán: Tratado Elemental de Derecho constitucional Argentino, Tomo I-A, nueva edición, Buenos Aires, 2000, pp. 399, 402 y 203). Sin embargo, y tal como se señaló en el citado precedente “*Insaurrealde*”,

⁹³ CFCP “*M.A.A.S/ rec. de casación e inconstitucionalidad*” S. III c.12.562 Reg. N° 1670/10 de 2/11/10

esa declaración importa un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerado como una última ratio de orden jurídico (CSJN, V. 549. XXXVI. AVía Bariloche S.R.L. c/ Misiones, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad resuelta el 16 de noviembre de 2004); por lo tanto, resulta imperioso agotar todas las interpretaciones posibles antes de concluir en su inconstitucionalidad, y sólo podrá recurrirse a ella cuando una estricta necesidad lo requiera. En nuestro caso, de conformidad con los postulados que surgen de las opiniones doctrinarias evocadas en el punto precedente, queda claro el sentido que el legislador le otorgó a la acción de promover la corrupción (regulada en el artículo de referencia), constatándose asimismo, en el accionar desplegado por el imputado, la realización de las maniobras impúdicas ya descriptas, orientadas a tales fines. Por ello es que, a mi ver, no se verifica una afectación al principio de legalidad, y consecuentemente corresponde rechazar la impugnación deducida por la defensa del encartado Manrique (arts. 18 de la C.N.; 474 y 475 del C.P.P.N.)”.

De esta manera podemos observar que nuestros tribunales, generalmente, se muestran reticentes a declarar la inconstitucionalidad de una norma admitiendo flexibilidades en los principios constitucionales a través de -nos permitimos afirmar- una dudosa e imprecisa interpretación de los mismos e, incluso, contraria a la jurisprudencia de la CIDH.

Es por ello que nos resulta grato señalar un precedente en donde, al menos el voto de uno de los tres jueces, resuelve no aplicar el art. 125 del código penal por ser éste contrario al mandato derivado del principio de legalidad.

En el fallo “G., S.E. S/ abuso sexual agravado y corrupción de menores”⁹⁴ el Dr. Adrián Martín compartiendo los argumentos de la defensa, sostiene que el art. 125 del

⁹⁴ TOC N° 15 G., S.E. S/ abuso sexual agravado y corrupción de menores”. 3549/3892 de 19/3/2013

código penal no supera el tamiz de constitucionalidad en función del principio de legalidad.

Afirma que si bien la doctrina se ha referido a la corrupción de menores como una desviación del “normal desarrollo en el ámbito sexual”, “los acuerdos se terminan cuando se intenta determinar qué es lo “normal” en el ámbito sexual”. Sostiene que, en definitiva, “el problema es insoluble a la luz del mandato de certeza, es decir con relación al principio de legalidad”.

Por nuestra parte, concluimos que el delito de corrupción de menores viola el principio de legalidad por cuanto éste le impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado e incierto. Entendemos que este requerimiento queda conmovido mediante la tipificación del delito de corrupción de menores por cuanto al ser la descripción de la conducta prohibida vaga e imprecisa le otorga un excesivo poder al órgano jurisdiccional pues le permite un amplio grado de discrecionalidad a la hora de subsumir las conductas dentro del tipo penal.

Todo ello implica consecuencias devastadoras para el sistema democrático ya que se deja en manos de los jueces la concreción de preceptos legales cuando éstos carecen de dicha legitimidad. Asimismo, se viola el principio de igualdad pues la aplicación del tipo penal dependerá no de la advertencia que toda norma punitiva debe crear sino del arbitrio del juez en cada caso concreto siendo que, de esta manera, también se viola la seguridad jurídica pues al no describirse con precisión la conducta que está siendo prohibida la sociedad no puede saber con certeza qué es lo que se está prohibiendo.

En este sentido recordamos que se cumplirá con la máxima taxatividad legal cuando la ley penal contenga una descripción precisa y exhaustiva de la conducta prohibida y de las sanciones previstas.

La amenaza más seria del mandato de certeza proviene de la capacidad del legislador para hacer leyes precisas.

El legislador penal tiene que resolver dos problemas: por un lado, debe dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a casos futuros

aún desconocidos y, por el otro, debe formularlas de un modo lo suficientemente cerrado para que no abarquen casos no imaginados.

De esta forma el legislador penal se enfrenta a una decisión, optar por la flexibilidad u optar por la precisión. Si opta por la flexibilidad, alcanzará su meta siempre ya que una norma formulada de un modo impreciso o vago amplía el ámbito de decisión; y si decide por la precisión puede generarse un obstáculo ya que puede ser demasiado precisa y excluir casos que no habría que excluir.⁹⁵

Cuando no se cumple el mandato de certeza ya sea por que el legislador prescinde del verbo típico o utiliza elementos vagos o imprecisos que requieren ser valorados para su interpretación, Zaffaroni nos indica que existen dos alternativas: a) declarar la inconstitucionalidad de la ley, o b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.⁹⁶ Según el jurista, “debe optarse por la inconstitucionalidad cuando la aplicación de la máxima taxatividad interpretativa resulta demasiado artificiosa, lo que sucede cuando carece de todo punto de apoyo legal, como también cuando la ley contiene una irracionalidad irreductible que no responda a un notorio error material de impresión. En estos casos debe preferirse la inconstitucionalidad, porque el otro camino, aunque lo recoja la jurisprudencia, no impide la arbitrariedad selectiva de las agencias judiciales”.⁹⁷

El lenguaje presenta una gran cantidad de términos ambiguos por lo que cuando se describe de manera imprecisa una conducta prohibida se abre un abanico de diversas interpretaciones.⁹⁸ El principio de interpretación restrictiva establece que,

⁹⁵ HASSEMER, W. “*Fundamentos del Derecho Penal*” pág. 316. Barcelona: Bosch, 1984.

⁹⁶ ZAFFARONI, E.R. ALAGIA, A. SLOKAR, A. “*Derecho Penal Parte General*”, pág. 117 Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002.

⁹⁷ idem

⁹⁸ Genaro r. Carrió afirma que como el derecho es una técnica de control social cutas reglas se usan para dirigir u orientar acciones humanas concretas sus reglas tienen que estar formuladas en lenguaje natural o ser definibles en palabras pertenecientes a este último. Los lenguajes naturales, enseña Carrió, contienen expresiones ambiguas (es decir, pueden tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada), palabras vagas (mediante las cuales sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto) y exhiben una textura abierta (aún cuando se usan palabras que no son vagas puede presentarse perplejidades o desconciertos legítimos). Cuando un juez tiene frente a sí hechos o situaciones que muestran una enorme variedad de notas y matices, deberá fundar la solución al problema en consideraciones no recogidas por el insuficiente lenguaje fundándose en decisiones genuinas y fundarlas en otros criterios de justificación. Para el autor, un buen juez no es el que solamente conoce las normas vigentes sino el que posee una conciencia sensible a los valores morales, económicos y políticos que están en juego. Ver CARRIO, G.R. “*Algunas palabras sobre las palabras de las leyes*”, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971.

con el mismo fundamento que el principio procesal de *in dubio pro reo*, las dudas interpretativas deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización.⁹⁹

II. La violación al principio de intervención mínima.

Al reconocer la libertad y el ámbito de autodeterminación sexual de los menores en los términos expuestos en el capítulo anterior, la criminalización de las relaciones sexuales consentidas con menores entre trece y dieciocho años ya sea por la calidad del acto o por considerar que éstos ocasionaran un daño en el normal desarrollo de su sexualidad, genera una excesiva e innecesaria tutela a dichos menores.

Ello vulnera el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues como hemos dicho, lo que se pretende proteger es una determinada moral sexual toda vez que se aboga por un proteccionismo cada vez mayor de los menores negándoles toda libertad en materia sexual ya sea por miedo a que los mismos sufran daños o por que es socialmente inaceptado que los menores mantengan ciertas relaciones sexuales.¹⁰⁰

Y en este sentido compartimos la opinión de quienes afirman que a través del delito de corrupción de menores se pretende defender una moral colectiva sobre la individual pues se castiga el hecho de que un menor participe en ciertos actos sexuales con entidad corruptora independientemente de la opinión o el consentimiento que el menor ha otorgado, es decir, independientemente de la moral del propio menor negándole toda libertad.¹⁰¹

Es que la legislación penal les prohíbe a los menores que ejerzan la sexualidad como ellos mismos deseen pues entiende que no son lo suficientemente grandes para saber que en realidad no es lo quieren para sí mismos.

⁹⁹ ZAFFARONI, E.R. ALAGIA. A. SLOKAR A ob. cit. pág. 119

¹⁰⁰ AGUADO LOPEZ, S. ob. cit. pág. 116

¹⁰¹ Díez Ripollés afirma que el delito de corrupción de menores “tutela...una determinada concepción global de lo sexualmente correcto en detrimento de otras”. en AGUADO LOPEZ, S. ob. ídem

Finalmente, todo lo expuesto, nos lleva a determinar que el delito de corrupción de menores no pretende tutelar ningún bien jurídico digno de amparo penal por lo que resulta un delito “totalmente inútil o meramente simbólico que no serviría para nada, en todo caso sólo serviría desde el punto de vista de la tan criticada prevención general positiva para tranquilizar la conciencia de los ciudadanos”.¹⁰²

III. Algunas posibles soluciones.

Como consecuencia del presente trabajo creemos que dos serían las alternativas del legislador: 1) abolir el delito de corrupción de menores, o 2) reformar la descripción del tipo penal precisando la conducta prohibida.

Respecto de la primer alternativa, se impone el interrogante sobre si tendríamos el mismo problema que tuvo la legislación española y que obligo a la reincorporación del delito al código penal.

Nos aventuramos por la negativa.

En efecto, frente a la frustración de conceptualizar a la corrupción de menores sin violar principios constitucionales y sin disponer rectores de una sexualidad normal, se propone la eliminación del tipo penal sin que ello implique banalizar los abusos sexuales o minimizar el impacto de los mismos.

Aclaremos ello, pues entendemos que eliminando la corrupción de menores no se generarían lagunas ni resultarían atípicas conductas como ocurrió luego de la reforma del '95 en España.

La reforma efectuada a través de la ley 25.087 al título III de nuestro código penal distingue cuatro clases de abusos sexuales en los tres párrafos del art. 119 y el art. 120 del CP.

Eliminando la corrupción de menores, el juzgador tendrá la posibilidad de encuadrar el hecho en alguno de esos cuatro abusos sexuales, evitándose de esta

¹⁰² BERENGUER Y ALONSO “*La reforma de los delitos contra la libertad sexual*” en Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías pág. 248, Madrid, 2001

manera la yuxtaposición de figuras que genera actualmente la existencia del delito de corrupción de menores.

Así, la eliminación de la corrupción de menores aquí propuesta no dejaría impune ningún acto sexual cometido con un menor que implique un abuso más grave que el simple abuso sexual.

Podría alguien oponerse a esta solución manifestando que eliminando la figura de la corrupción de menores quedarían sin posibilidad de tipificar aquellos actos en donde el sujeto activo abuse del poder de superioridad que posee en relación al sujeto pasivo a través de medios comisivos como el engaño, la seducción o el prevalecimiento de una situación de superioridad, siendo éstos los modos comisivos que generalmente ocurren en la corrupción de menores.

Pero ello sería incorrecto, pues la redacción actual del artículo 120 del CP contempla justamente dicha circunstancia, como hemos revelado en el capítulo anterior.¹⁰³

En este sentido, destacamos que en el año 2006 el actual juez de la Cámara Federal de Casación Penal, Alejandro W. Slokar, que por aquel entonces detentaba el cargo de Secretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, coordinó la comisión reformadora que elaboró un anteproyecto de código penal mediante el cual se eliminaba el delito de corrupción de menores.

En los fundamentos del anteproyecto se expresó que “Se eliminó la figura de la corrupción por la imposibilidad de definir legalmente el concepto sin una seria afectación al principio de legalidad, ya que en materia de integridad sexual, cada habitante parece tener su propia visión sobre la materia y la jurisprudencia ha sido reflejo acabado de esta observación, generando inseguridad jurídica para los habitantes en general y para los justiciables en particular. Ello sin perjuicio de las

¹⁰³ Sostenemos que el art. 120 del CP no presenta objeciones constitucionales a la luz del principio de reserva como sí lo hace el delito de corrupción de menores. En afecto la tipificación del art. 120 del CP no está basada en el carácter del acto sexual sino, como hemos visto, en la asimetría de la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo sin la necesidad de tener que apelar a criterios moralizantes de un acto sexual.

graves incoherencias tales como que al autor de múltiples agresiones sexuales, le correspondería una pena menor a su sumatoria (concurso real) por el efecto “aglutinador” de conductas que se le atribuye al término corrupción. En cualquier caso, la regulación de las otras disposiciones del Título evita cualquier laguna de punibilidad”.¹⁰⁴

Este anteproyecto perdió estado parlamentario sin que se abriera discusión sobre el mismo.

Ahora bien, respecto de la segunda alternativa, esto es precisar los alcances de la conducta típica, al parecer es el criterio adoptado en el anteproyecto de código penal que elaboro la comisión reformadora a pedido del Poder Ejecutivo de la Nación a cargo del actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Raúl E. Zaffaroni.¹⁰⁵

Así el anteproyecto prevé en el título V dedicado a los “*Delitos contra la integridad y la libertad sexual*”, el art. 133¹⁰⁶ que bajo la rúbrica “*corrupción de menores*” dispone que:

1. Cuando se cometiere con continuidad, será penado como corrupción de menores:

a) Con el máximo de la pena de prisión elevado hasta DOCE (12) años, el delito del inciso 3º del artículo 131º.

b) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del inciso 4º del artículo 131º.

c) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del artículo 132º.

¹⁰⁴”Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación”, pág. 86 Buenos Aires: Ediar, 2007

¹⁰⁵ Decreto PEN 678/12

¹⁰⁶ Destacamos que ello se desprende del primer borrador en circulación el cual puede ser consultado en http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/01/parte_especial.pdf

2. Será penado con prisión de UNO (1) a CINCO (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título.

De ésta manera la reforma propone establecer el catálogo de conductas que quedarán comprendidas dentro del delito de corrupción de menores, las cuales serían por un lado: a) el que por cualquier medio publicare, produjere, comerciare o divulgare imágenes de actividades sexuales explícitas de menores y el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren menores de trece años (art. 131º inc. 3º), b) facilitar el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de trece años (art. 131º inc. 4), y c) ejecutar o hacer ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas para ser vistas por menores de dieciséis años agravándose la pena en caso de tratarse de menores de trece años (art. 132). Y, por el otro lado, quedaría comprendido como corrupción de menores la acción de tomar contacto con un menor de trece años mediante conversaciones o relatos de contenido sexual (art. 133 2da. parte).

Pero para que la conducta se tipifique como corrupción de menores no bastará la sola realización de alguno de esos delitos sino que se exigirá que sean cometidos con continuidad; vale decir, que-al menos- la realización de un solo acto de los que enumera el art. 133 no tipificaría la corrupción de menores.

Destacamos que el anteproyecto fija el límite etario del sujeto pasivo del delito de corrupción de menores en los dieciséis años en sintonía con los aportes de David Filkenhor que anteriormente hemos expuesto. De ésta manera, a partir de dicha edad una persona tendría, en principio, absoluta autodeterminación sexual.¹⁰⁷

En nuestra opinión, si bien se visualizan los esfuerzos de la comisión para precisar el delito y evitar la violación al mandato de certeza; se revelen varios problemas.

¹⁰⁷ Se excluye la posibilidad de consentir el ejercicio de la prostitución que, en principio, se adquiriría a los dieciocho años.

En primer término la medida de la tipificación no solo sería la realización de alguna de las conductas que taxativamente enumera el tipo penal del anteproyecto sino la comisión con continuidad de las mismas, lo que implica nuevamente enfrentarnos a un término ciertamente vago e impreciso pues deberá establecerse cuándo se considera que estará satisfecha la exigencia de la continuidad.

Por su parte, esta técnica de tipificación de la conducta nos impone reconocer la existencia de prácticas, que por su continuidad, serían corruptoras por sí mismas.

Más allá de todo lo dicho en relación a considerar prácticas corruptoras per se, en el caso puntual del anteproyecto, es preciso señalar que-en relación a una de aquellas prácticas que taxativamente se enumeran- no existen serias evidencias científicas que demuestren que exponer material pornográfico a un menor sea por sí mismo perjudicial.

En efecto, las evidencias de daños por exposición en la infancia a imágenes o palabras sexualmente explícitas no son concluyentes.

Así los miembros de la *U.S. Commission on Obscenity and Pornography* de 1970 no sólo no pudieron detectar daños en niños causados por ver imágenes de sexo explícito sino que llegaron al extremo de sugerir que dicho acto podría facilitar la comunicación entre padres e hijos sobre temas sexuales.¹⁰⁸ Por su parte, la *U.S. Commission on Pornography* de 1985¹⁰⁹ convocada por la secretaria de justicia del gobierno de Ronald Reagan para desmentir las conclusiones arribadas en 1970 antes expuestas, no solo no pudo establecer vínculos objetivos entre materiales sexualmente explícitos y conductas antisocial sino que, incluso, encontraron evidencias de lo contrario tales como que la mayoría de los pacientes con parafilias padecieron una rígida educación antiseñal en la que el sexo no se mencionaba o era reprimido o repudiado.

¹⁰⁸ *Report of the Commission on Obscenity and Pornography*, pág. 23-27. Lockhart Commission, Washington, 1970 en LEVINE, J. ob. cit. pág. 55

¹⁰⁹ NUTTER, D. E. y LAWS, D.E. "The influence of pornography on Sexual crimes", en MARSHALL W.L., LAWS, D.R. y BARBAREE, H.E. "Handbook of sexual assault", pág. 83-84. New York: Plenum Press, 1990

Si bien podría asumirse que no sea moralmente edificante exponer imágenes pornográficas a menores de trece años y que por tal motivo se sancione a quien lo haga, no por ello podemos afirmar que objetivamente el menor pueda ser corrompido pues las evidencias científicas y empíricas no son concluyentes en dicho sentido. Y esto, por su parte, revive la discusión sobre qué significa que un menor pueda ser, o sea, corrompido; significación que dependerá de lo que el juzgador entienda por corrupción.

Por lo que no creemos acertado que se mantenga la rúbrica “*corrupción de menores*” pues la misma remite ineludiblemente a un modo correcto o recto de desarrollo personal y sexual de un menor que por las razones esbozadas en el capítulo anterior, rechazamos.

Es que no cabe duda que cada vez que se alude al término “*corrupción de menores*” se está refiriendo a una sanción normalizadora.

Finalmente, en este sentido nos permitimos citar a Foucault¹¹⁰ quien justamente le asignó el nombre de “sanción normalizadora” a todo procedimiento que busque suprimir lo que no se atenga a los parámetros “normales” afirmando que ello forma parte de los procedimientos constitutivos junto con la vigilancia jerárquica y el examen de las instituciones disciplinarias modernas, como lo fueron la familia y la escuela tradicional. Su función es la de sancionar lo que no se ajusta o se desvía de la regla, con el fin de establecer una frontera precisa entre lo normal y lo anormal; términos de difícil precisión en nuestros días.

¹¹⁰ FOUCAULT, M. “Los medios del buen encausamiento” en “Vigilar y Castigar”, Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 1989

BIBLIOGRAFIA

- AGUADO LOPEZ, S. *“El delito de corrupción de menores (art. 189.3 CP)”*. Valencia: Tirat lo blanch, 1ra. Edición 2004.
- AGUIRRE E., BURKART NÖE M., FERNANDEZ A., GASPARI A. y HAFTEL C. *“La sexualidad y los niños”*. Buenos Aires: Lugar, 1ra. Edición 2008.
- BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E.R. en *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2da. Edición 2008.
- BERENGUER R. y ALONSO RIMO A. *“La reforma de los delitos contra la libertad sexual”*. Madrid: Colex, 1ra. Edición 2001.
- CALVI, B. *“Abuso sexual en la infancia, efectos psíquicos”*. Buenos Aires: Lugar, 1ra. Edición 2006.
- DONNA, E. A. *“Delitos contra la integridad sexual”*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1ra. Edición 2000.
- ESTRELLA, O.A. *“De los delitos sexuales”*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ra. Edición 2005.
- FINKELHOR, D. *“Sexually victimized children”*, New York: Free Press, 1979; FINKELHOR/ HOTALING, *“Sexual abuse in the national incidence study of child abuse and neglect: An appraisal”* en Child Abuse and Neglect, 1984.
- FONTÁN BALESTRA, C. *“Tratado de Derecho Penal”*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

- FOUCAULT, M. *“Los medios del buen encausamiento”* en *“Vigilar y Castigar”*. Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores, 1989.
- FREUD, S. *“Tres Ensayos de teoría sexual”* (1905), Obras Completas, T.VIII. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1978.
- GÓMEZ, E. *“Tratado de Derecho Penal”*, Buenos Aires: Cia. Argentina de Editores, 1ra. Edición 1940.
- GONZALEZ, J.F. *“El Código Penal y la Jurisprudencia”*. Buenos Aires: Cada Ed. E. Perrot, 1ra. Edición 1936.
- HASSEMER, W. *“Fundamentos del Derecho Penal”* pág. 313. Barcelona: Bosch, 1984.
- HIMELEIN, M.J. y McELRATH, A.V. *“Resilient child sexual abuse survivors: cognitive coping and illusion”*. Child and Neglect, 1996.
- KENDALL-TACKETT, K.A. *“Impact of sexual abuse on children: a review and synthesis of recent empirical studies”*. Psychological Bulletin, University of New Hampshire, 1993.
- LEVINE, J. *“No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y a los adolescentes contra el sexo”*. D.F. México: Océano, 2006.
- LUENGO, L. *“Delitos Sexuales, visión totalizadora”*. Buenos Aires: Gráfica Sur, 1ra. Edición 2004.
- Mc. MILLEN, C. y ZURAVIN, S. *“Attributions of blame and responsibility for child sexual abuse and adult adjustment”*, Journal of Interpersonal Violence, Nº 12, 1997.

- MOLINARIO, A. *“Homosexualismo y corrupción de menores. Algunas reflexiones en torno al artículo 125 del Código Penal”*. Buenos Aires: Revista Derecho Penal Año 1 2do. Trimestre, 1945.

- MORAS MOM, J. *“Los delitos de violación y corrupción”* Buenos Aires: Ediar, 1ra. Edición 1971.

- MORENO, R. (H) *“El Código Penal y sus antecedentes”*. Buenos Aires: Tomassi, A.H. Editor, 1923.

- NUÑEZ, R. C. *“Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1988.

- NUTTER, D. E. y LAWS, D.E. *“The influence of pornography on Sexual crimes”*, en MARSHALL W.L., LAWS, D.R. y BARBAREE, H.E. *“Handbook of sexual assault”*. New York: Plenum Press, 1990.

- PANDOLFI, O. A. *“Delitos contra la integridad sexual”*. Buenos Aires: La Roca, 1ra. Edición 1999.

- RAMOS, J.P. *“Curso de Derecho Penal”* (segunda parte). Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1948.

- REDI FREUNDLICH, M.A. *“Adolescencia y sexualidad: abuso sexual”* en *“Abuso Sexual, victimología y sociedad”*. Buenos Aires: Espacio, 2007.

- SALVAGNO CAMPOS, C. *“Los delitos sexuales”*. Montevideo: Peña, 1934.

- SOLER, S. *“Derecho Penal argentino”*. Buenos Aires: Tea, 1978.

- TAMARIT SUMALLA, J.M. *“La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual”*. Barcelona: Aranzadi, 1ra. Edición 2000.

- VILLADA, J.L. *“Delitos Sexuales”*. Buenos Aires: La Ley, 1ra. Edición 2006.

- ZAFFARONI, E.R. ALAGIA, A. SLOKAR, A. *“Derecho Penal Parte General”*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002.