



Apreciaciones en torno a un fallo sobre la configuración del delito de abuso sexual

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

Roberto Marcial Ambrosis

Secretario del TOC n.º 3 de la Plata; profesor titular de la materia Derecho Penal de los Mercados de la UCALP; autor de diversas obras de doctrina, entre ellas, Redes del Delito, publicado por la Editorial Astrea (virtual, año 2018) y «La pandemia de COVID-19, la sobreexposición a las redes sociales, la aparición del derecho al olvido como la prescripción de las víctimas y los niños en el entorno digital», publicado en el año 2021 por la revista Perspectivas de la UCALP; egresado de la primera generación de la Escuela Judicial de la Provincia de Buenos Aires y Egresado de la Escuela Judicial de la Nación.

Resumen

En primer lugar, se utiliza como disparador un fallo del Tribunal Superior de Córdoba, que convalida y aplica la calificación de abuso sexual a hechos cometidos a distancia y sin tocar, ni tener intermediación con la víctima. Vamos a analizar los argumentos del Tribunal y los de la defensa, que sostiene que no se puede abusar a alguien sin tocarlo, y trataremos de desenmascarar las razones que sostienen una falacia dogmática. Esto ya tenía respuesta en un autor nacional hace más de cuarenta años y, pese a sus sólidos argumentos, se encontraba solapada y desautorizada por una interpretación doctrinaria contemporánea, que, en forma paradójica, no se adapta a los tiempos actuales y va de contramano con la normativa nacional e internacional de protección de violencia contra la mujer; ello le resta valor a una situación socialmente perjudicial, pero, por sobre todas las cosas, parece desconocer o negar el texto de la ley vigente.

Palabras claves: abuso sexual; delitos propia mano; producción de imágenes con contenido sexual; violencia de género; violencia digital.

Abstract

In the first place we use as a trigger a ruling of the Superior Court of Córdoba, which validates and applies the qualification of sexual abuse to acts committed at a distance and without touching, or having immediacy with the victim. We will analyze the arguments of the Court and those of the defense, which maintains that someone cannot be abused without touching them and, we will try

to unmask the reasons that support a dogmatic fallacy. This had an answer in a national author more than 40 years ago and, despite its solid arguments, it was overlapped and disauthorized by a contemporary doctrinal interpretation, which paradoxically does not adapt to current times and goes against national and international regulations for the protection of violence against women, detracting from a socially harmful situation, but which above all seems to ignore or deny the text of the current law.

Key words: sexual abuse; crimes of one's own hand; production of images with sexual content; gender violence; digital violence.

1. El señero fallo del Tribunal cordobés

En la actualidad, no hay dudas de que la incorporación de las nuevas tecnologías y las nuevas formas de comunicación, de la llamada «sociedad de la información», nos debe hacer repensar situaciones en la que no se puede tener respuestas obvias de cómo se dan los fenómenos sociales y culturales. Es por ello por lo que no es sencillo ni prudente determinar el alcance del término *abuso sexual*, sin omitir para el análisis las prácticas sociales, lo dicho por la doctrina nacional e internacional, y lo que se puede colegir e interpretar del texto legal vigente.

Debido a esto, es de destacar el fallo dictado en julio de 2020 por el Tribunal Superior de Córdoba, en plena pandemia de COVID-19, en los autos «CARIGNANO, Franco Daniel sobre abuso sexual, producción de imágenes con contenido sexual de menores de 18 años, etc. —Recurso de Casación—» (SAC2469171), en el cual se confirmó la resolución de un tribunal inferior, donde se preguntó de forma sencilla: ¿sí se había aplicado correctamente la figura legal prevista en el art. 119, 2.º párrafo del CP (abuso sexual gravemente ultrajante) en relación a los sucesos nominados primero, segundo y cuarto de los hechos sentenciados?

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

Estas acciones fueron cometidas en forma telemática por el autor, quien se contactaba con las víctimas con perfiles falsos, típicas acciones que se conocen como ciberacoso o *grooming*, que ahora se encuentran normadas en el art. 131 del CP.

Dichos contactos que detalla la sentencia incluyeron víctimas mayores y menores de edad, a las cuales les solicitaba que se le remitieran fotografías, videos y chats en vivo; se las compelió contra su determinación sexual a realizar acciones sobre su propio cuerpo y se las engañaba o coaccionaba para tocar sus zonas sexuales (vulva, vagina, senos, etc.), mientras, al mismo tiempo, se producía material con abuso o explotación sexual en los términos del art. 128 de CP. Los hechos se prolongaron, en unos de los casos, seis años, donde las situaciones abusivas se daban con una frecuencia de hasta una vez por mes, que, a la postre, generaron en la víctima un grave daño en la salud mental.

2. Los argumentos del Tribunal

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

2.1. La utilización de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) para vulnerar la autodeterminación sexual

El uso de redes sociales y aplicaciones permite la ocultación de la verdadera identidad del agresor. A partir de dicho contexto y específicamente en este caso, todo ello fue utilizado a sabiendas por el autor a los efectos de lograr su específica y preponderante finalidad delictiva: atentar contra la autodeterminación sexual de las víctimas.

Conforme lo estableció el Tribunal, hablando de las nuevas tecnologías, menciona:

... en ese ámbito reitero, inimaginable otrora conlleva a la interpretación de una nueva (o no tanto) realidad, en donde lo personal —entendido aquí como trato inmediato material— se ve sustituido por un contacto singular en el ciberespacio, es decir, en el ámbito virtual por medios informáticos, en donde la dependencia de las personas a las TIC se acrecienta producto de que, en cierta medida, las mismas se introducen en todos los aspectos de la vida cotidiana. (Fallo Superior Tribunal de Córdoba, 2020)

2.2. El bien jurídico protegido: la libertad y la autodeterminación sexual

El otro tópico analizado por el Tribunal radica en establecer cuáles son los alcances que cabe otorgarle al bien jurídico protegido, es decir, a la «integridad sexual», y en saber cuál es el ámbito de protección de la norma. Lo que se pretendió resguardar fue el derecho de todo individuo a un trato sexual libre y consciente, prerrogativa sobre la que el Tribunal —cuando atañe a menores que no pueden prestar un consentimiento válido— hace una interpretación amplia con respecto al derecho a la intangibilidad sexual, en la cual se

citaron fallos de la misma Sala Penal en las causas «Bidondo», Sentencia n.º 22, 7/3/2007; «Herrera», Sentencia n.º 336, 10/12/2008, y «Ribas», Sentencia n.º 208, 12/8/2013.

En ese sentido, se interpreta con acierto la «integridad sexual», conforme lo hacen De Luca y López Casariego (2009), como:

... el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad, y que es eso lo que se atenta cuando se produce una agresión sexual pues, de lo contrario, se confundiría con las demás injurias o lesiones físicas o psíquicas. (p. 28)

2.3. El precedente Laudin y la realización del tipo objetivo y subjetivo

El Tribunal trae como argumento central el precedente «Laudin» (Sentencia n.º 334, del 9/11/2011), donde se sostuvo que:

... el delito de abuso sexual lo determinante para la configuración del tipo es el carácter objetivamente impúdico de la conducta del autor, a lo que se agrega, subjetivamente, el dolo consistente en el genérico conocimiento de que se comete un acto impúdico y la voluntad de ejecutarlo, aunque el autor además tenga otros fines, como puede ser la humillación, la venganza, etc. (Núñez, 1964, Parte Especial, t. IV, pp. 311-312)

2.4. La configuración de un hecho de violencia de género

El Tribunal aclaró que se trató un caso de violencia de género contra las víctimas de los hechos, que en su totalidad eran mujeres, y consideró esas acciones un agravante de dicha circunstancia dentro de lo normado en los artículos 40 y 41 del CP para respetar los tratados internacionales que sancionan la violencia contra la mujer y que son parte de nuestra carta magna. Indicó que estas acciones no tienen un agravante específico dentro la normativa penal por haber sido cometidos, por ejemplo, por odio hacia las mujeres, como lo poseen los delitos contra la vida y la integridad corporal, pero, como lo señaló el Tribunal, esas acciones tienen determinada finalidad y agravan la culpabilidad del autor.

2.5. Los actos ejercidos contra el propio cuerpo, el artículo 119 y el nudo de la cuestión

Como se desprende, lo novedoso de la cuestión radica en que, como lo sostuvo el Tribunal, los actos de índole sexual fueron efectuados por las víctimas en su propio cuerpo, y esto es lo trascendente, ya que, a partir de precisas y lesivas exigencias coactivas, desarrolladas por el imputado a través de medios informáticos, se puede entender la aplicación de la figura de abuso sexual a esas acciones.

Es entonces que el Tribunal se pregunta: ¿Se requiere en el delito de abuso sexual vigente en la República Argentina que el abusador toque a la víctima o esté cerca para hacerlo?

El Tribunal respondió con soltura que no hay ningún óbice en el art. 119 de nuestro código de fondo para sostener que no se puede abusar de una persona sin tocarlo y a una gran distancia.

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

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

Según Núñez (1964):

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

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

2.7. Los elementos objetivos cuestionados: el contacto físico y la intermediación

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

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

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

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

2.8. La falacia dogmática, que desnuda la interpretación del Tribunal en este fallo

El superior Tribunal en el fallo citado se pregunta y menciona lo siguiente:

... si el tenor literal de la figura penal tratada en su correspondencia con el bien jurídico protegido no estipula las restricciones que pregonan cierta parte de la doctrina, la pregunta que surge como corolario es la siguiente: *¿Cuáles son los fundamentos que subyacen a los requisitos que acuerdan ciertos autores y parte de la jurisprudencia en tal sentido, para sostener lo argumentado por la defensa?* (Fallo Superior Tribunal de Córdoba, 2020)

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

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

Mencionó el alto Tribunal, como un elemento importante por valorar, la dimensión temporal de los hechos materia de juzgamiento:

Tanto fue así que, por ejemplo, en el primer suceso el actuar coactivo duró seis años (2009/2016), casi todos los meses en donde el sindicato obligó a su víctima a efectuar actos sobre su propio cuerpo a la vista del acusado —en simultáneo— mediante videos llamadas, valiéndose del anonimato siempre como modo de ejecución.

2.9. La postura del Tribunal Supremo Español

El Tribunal menciona la doctrina del máximo Tribunal Español en la Sentencia n.º 301/2016, en cuanto consideró configurada la acción típica de abuso sexual. En ese sentido, se puede citar a Cugat Mauri (2019), quien sostiene:

... ya que, con la conducta desarrollada por el imputado sobre una menor de edad, en donde a partir de comunicaciones vía Facebook el autor obligó a la niña a enviar imágenes de contenido sexual de su cuerpo, o a introducirse los dedos en la vagina, entre otras cosas, cuestión que la víctima concretó, siempre ello sin contacto corporal físico del sujeto sobre la primera. (p. 250)

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

Del mencionado precedente español, se pueden citar algunos de los argumentos del supremo Tribunal, que soslaya:

Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima. Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en la STS 1397/2009, 29 de diciembre, decíamos que «... el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. [...]. Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ello lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual...». (2015)

2.10. Un hecho realizado con violencia de género que agrava el hecho

En este sentido, es acertada la solución del Tribunal, ya que se encuentra agravada la acción, pero, en el disvalor de esta, debe adicionarse claramente el contexto de violencia de género en que el autor, en su plan delictivo, estableció sus múltiples conductas en contra de mujeres a partir de un trato violento. Respecto a las víctimas, el sujeto activo se posicionó como alguien que no es igual a ellas al cosificarlas y quebrantar su dignidad a través de violencia psicológica o sexual en virtud de su género. De ahí que no se les reconoce fácticamente un ámbito de determinación para sus respectivos proyectos personales y de imagen.

El Tribunal aclara con suma precisión que:

En realidad, la consideración de esa singularidad en la magnitud del injusto material conforme lo estipulado por el art. 41 del CP [...]. Por ende, no se lesiona el principio de legalidad penal en ningún de sus corolarios, más aun en la previa determinación por una ley formal del delito y la pena, pues una cuestión es la expresa consideración del legislador de la referencia a la violencia de género como agravante, por ejemplo, del delito de homicidio y la estipulación en abstracto de la escala penal a los fines del cumplimiento del mentado principio (v.gr.: art. 80 inc. 11° del CP), y otra, distinta, es aquella referida a la naturaleza de la acción y la particular concreción de la misma en los sucesos atribuidos (como en la presente causa), como una de las pautas de mensuración de la proporción de la pena. (Fallo Superior Tribunal de Córdoba, 2020)

2.11. Una valiosa recomendación para los tribunales inferiores

Por último, el Tribunal efectuó una recomendación al Tribunal de origen y para los Tribunales inferiores con el objetivo de que, en lo sucesivo, observe lo dispuesto por la

«Regla de Heredia N.º 5», en cuanto a que, cuando sea necesario consignar en los fallos que se dicten datos personales que se refieran a niños, niñas, adolescentes (menores) o incapaces, o bien cuando se trate de datos relativos a víctimas de violencia sexual, estos sean inicializados. Situación que también deberá ser considerada con los familiares, en atención al riesgo que entraña la publicidad de la sentencia para su privacidad e intimidad, la cual ya ha sido afectada una vez, por tanto, la idea es no volver a revictimizar.

3. Los argumentos de la defensa

La defensa entendió que el fallo de la primera instancia y su convalidación ulterior supusieron una interpretación analógica, extensiva y, por ende, violatoria del principio de legalidad previsto en el art. 18 de la CN, en su corolario del principio de tipicidad y, a su vez, en la exigencia de ley cierta, pues con ello sostuvo que se admitió una libertad desmesurada del juez penal y de la acusación, para interpretar y aplicar el tipo penal.

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

a) el análisis de la figura típica del artículo 119 del CP y de su figura agravada.

b) la interpretación de la ley penal y el respeto al ámbito histórico de lo prohibido.

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

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

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

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

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

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

Afirmó que se deben extremar los recaudos para que únicamente la ley formal sea fuente de criminalización primaria, y que, por tanto, el juez no puede completar los supuestos realizando una función legisferante; además de que las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización, respetando el ámbito histórico legal de lo prohibido, pues el problema se plantea cuando el texto de la ley abarca un ámbito de prohibición inusitadamente amplia y arbitraria.

Finalmente, la defensa señaló estas razones de índole interpretativa en relación a que no puede haber abuso sexual sin tocamiento. Son aquellas que, más allá de la adherencia de parte de la doctrina dominante, radican en que este delito solo puede perpetrarse mediante tocamientos impúdicos reales y no puede darse de otro modo, ya que la acción carece del dolo requerido por el elemento subjetivo de la figura y, por ende, la convierte en atípica.

4. Análisis de los argumentos del fallo

Luego de sopesados los argumentos del mentado requisito de la inmediatez física, es lógico pensar que este, dado la impronta que tienen las nuevas tecnologías, queda suplido por el uso de las TIC, ya que evidencian un alcance de indudable asimilación a la cercanía física, expandiendo sus contornos a niveles impensados en otros tiempos, por lo que el mentado requisito de la inmediatez y la cercanía son argumentos que caen por su propio peso.

De esta manera, como lo señala el Tribunal, se entiende que lo protegido es la libertad sexual y la autodeterminación que tienen los seres humanos, que conllevan la prerrogativa de mantener relaciones o realizar actos de índole sexual solo con su consentimiento y voluntad, sin intervenciones; a lo cual también me permito incluir el bien jurídica dignidad, ahora reconocido en el CC y en el CA, como parte integrante de lo que la norma debe proteger y resguardar.

En ese sentido, es claro que puede realizarse en forma cabal el dolo requerido con la ayuda de las TIC; se demuestra de forma objetiva que la intención del autor es someter a la víctima, cosificarla y, al mismo tiempo, cometer un acto impúdico o lascivo, desde el punto de vista del sujeto activo, sin que, al interpretarlo de ese modo, se pueda afectar ninguna garantía constitucional.

Lo importante del fallo radica en que se sostuvo que el accionar del acusado en el hecho era constitutivo de violencia de género, conforme los lineamientos de instrumentos internacionales ratificados por la República Argentina con relación a ello y a las disposiciones nacionales en tal sentido. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer aclaró que la Convención CEDAW sostiene que es plenamente aplicable a los entornos tecnológicos, como Internet y los espacios digitales, donde las formas contemporáneas de violencia contra las mujeres y las niñas a menudo se cometían en su forma redefinida (Resolución General n.º 35, 2017).

En ese informe, se concluyó que el derecho internacional de los derechos humanos y sus metas sobre el logro de la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y la eliminación de la violencia contra la mujer en la vida pública y privada son plenamente aplicables a niñas y adolescentes en espacios digitales y actividades facilitadas por las TIC. Ello fue reafirmado por el Comité de los Derechos del Niño, mediante la Observación General n.º 25, titulada «Los derechos de los niños en relación con el entorno digital».

En este contexto, el autor del hecho se valió de las herramientas tecnológicas ya descriptas para prolongar y profundizar su actuar delictivo y extendió su proceder en el lapso de seis años, en uno de los hechos; ejerció tal influencia en la determinación libre de la decisión de las damnificadas (algunas de ellas menores de edad) que les impidió obrar de otra manera, producto de esa presión psíquica expuesta bajo la amenaza de difusión indiscriminada de las fotos y videos de índole sexual, conseguidos con anterioridad mediante engaños o maniobras coactivas.

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

Ante el interrogante que plantea el fallo, se debe analizar la literalidad del tipo penal que estatuye como acción típica el que «abusare sexualmente de una persona» (art. 119, primer párrafo del CP), que no establece dichas circunstancias como elementos inexcusables para su consumación, aunque obviamente las admite y las incluye, como lo explicaré.

Sin embargo, un primer alcance del término en cuestión se encontraría en que el verbo *abusar* es definido por el *Diccionario de la Real Academia Española* como ‘hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien’ o ‘hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder’. Sin embargo, para el Tribunal, *abusar* implica lo siguiente: «... abusar sexualmente supone utilizar (indebidamente) el cuerpo de la víctima para actos de significado objetivo impúdicos o indecentes», lo que parece incluir la interpretación efectuada en el caso.

En ese sentido, la actual redacción del Código Penal de la Nación Argentina establece que:

Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. (CP, 1984, art. 119)

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

Como vimos, parte de la interpretación que niega esa posibilidad se desprende del hecho de que considera que solo puede cometer el mentado delito quien ejecuta por sí mismo la actividad señalada en el tipo, cuestión que —para algunos autores— se vislumbraba claramente para el supuesto de abuso sexual o en el caso de falso testimonio y el prevaricato entre otros supuestos de esta categoría de delitos, donde solo quien tiene ciertas condiciones personales que integran su dolo pueden hacerlo.

Al respecto, es gráfica la propuesta de Rivero (2018), cuando dice:

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

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

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

Cabe aclarar que, en este caso, se deben distinguir las agresiones sexuales cometidas de palabra o de mera contemplación, de las que implican un verdadero acto de abuso sexual, en cuanto a la utilización del cuerpo de la víctima para el desarrollo de actos de significado objetivo impúdico y sexual; estos surgen del actuar del acusado, quien prolongó su accionar, valiéndose, precisamente, del anonimato que le brindaron las redes sociales y de las amenazas coactivas de difusión de las fotografías y videos obtenidos sin consentimiento, para poder realizar el tipo penal.

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

Así, para refrendar lo sostenido por el Tribunal, en cuanto es menester analizar cuál es el valor que se le debe dar en nuestras sentencias a las afirmaciones dogmáticas, me permito citar lo aludido por la C. S. J. N., en relación con las afirmaciones realizadas en forma dogmática sin ninguna fundamentación, en el fallo Reynal:

Lo así resuelto solo es producto de una afirmación dogmática sin una mínima argumentación sobre las razones de hecho y de derecho en que se sustenta, y sin ponderar las diversas razones por las cuales la cámara de apelaciones había entendido —más allá de su acierto o error— que la prueba reunida era insuficiente para acoger la categorización pretendida por el querellante particular. (2021)

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

También lo dicho puede aplicarse en lo que respecta a la producción de imágenes de niñas, niños y adolescentes sin consentimiento (art. 128 del CP). Se señaló con claridad

que, en este caso, existió producción (creación, fabricación) de imágenes de partes genitales de los NNA. Es claro que el sujeto pasivo actuó con autoría mediata con las víctimas, pues las niñas efectuaron dichas representaciones a instancias del imputado, producto de su instrumentalización a tales fines, en el marco del proceso coactivo desarrollado en un contexto de violencia de género. Asimismo, cuando las víctimas son niñas, se trata de una situación agravante, que explicaré a continuación.

Sin dudas, este caso constituye un típico hecho de violencia sexual ejercida con violencia de género; al respecto, Refi y Pastorini (2020) dicen que:

No obstante ello, si bien no existe, aún en nuestro país, una regulación ni tratamiento específico a esta nueva modalidad de violencia hacia las mujeres con la utilización de medios tecnológicos, analizaremos las figuras delictivas —algunas actualmente incluidas en nuestro derecho interno— en donde las TIC son utilizadas como medio o como fin, para allí poder analizar si ellas también pueden ser analizadas con perspectiva de género. (p. 118)

Claramente coincido con los autores citados y en este caso considero que la Argentina, en instancias como esta, quizá no esté respetando el derecho internacional en relación a sancionar y erradicar hechos de violencia de género:

Atento a que violencia contra la mujeres incluye la violencia de tipo sexual, esta característica de violencia tendría que ser agravante, no solo en esta figura que incluye a las niñas víctimas de «ciber-acoso», sino que esta característica debería incluir un tipo agravante en todos los delitos sexuales, cuando éstos se produzcan como consecuencia de ser mujeres o por odio o desprecio hacia el género femenino; ausencia que debería ser remediada en una eventual reforma del Código Penal, para evitar condenas en tribunales internacionales, por no adecuar nuestra legislación interna a los compromisos internacionales contraídos. (Ambrosis, 2018, p. 44)

Debido a ello, creo que la solución del Tribunal es prudente y razonable.

Por último, es altamente positiva la recomendación al Tribunal de origen para los tribunales inferiores, con el objeto de que, en lo sucesivo en las sentencias, se observe lo dispuesto por la «Regla de Heredia N.º 5», en pos de usar iniciales en los procesos penales y no dar a conocer la identidad de los NNA en las actuaciones judiciales a fin de evitar su revictimización.

Conclusiones finales

Luego de formularnos la pregunta de inicio y cuestionarnos si se puede cometer abuso sexual sin tocar a la víctima y sin tener intermediación de ella, y luego de recorrer los argumentos utilizados por la defensa con apoyo doctrinario y los esgrimidos por el máximo Tribunal cordobés, podemos decir que la solución que este propone puede generar debate y, al mismo tiempo, romper una barrera y un mito que había impuesto la

doctrina, con apoyo en una categoría dogmática, para explicar un hecho social y cultural socialmente dañoso y digno de reproche penal: se sostenía que no se podía abusar de alguien sin tocarlo y a gran distancia, situación que aquí quedó desmentida.

Ahora bien, es de destacar la frescura con la que aborda el máximo Tribunal provincial la cuestión, trayendo a la actualidad una interpretación que tiene más de cuarenta años, de uno de los grandes penalistas argentinos; resolvió con prestancia un problema que la doctrina actual se encargó de generar, con creaciones, como lo son las categorías de la teoría del delito o como lo es la imposibilidad de cometer ciertos delitos con autoría mediata, como los llamados «delitos de propia mano», y cuestiones que pretenden explicar la autoría, como la del «dominio del hecho», entre otras elucubraciones dogmáticas, como «la coautoría funcional». Estas teorías que se importan al derecho local sin una adaptación al contexto social y cultural, y, sobre todo, sin tener en cuenta el acervo y la evolución del derecho penal argentino son soluciones que se pretenden erigir como salvadoras y luego tienden a generar más dudas que certezas, en su aplicación al caso concreto.

Para responder la segunda pregunta efectuada como disparador, el Tribunal adopta una solución que parece más razonable acorde a la normativa nacional e internacional vigentes, en cuanto reconoce con valentía que se trata de un hecho característico de violencia de género, pese a que se puede inferir que él mismo piensa que la acción debe ser agravada por el derecho penal.

Por ello, el Tribunal tomó de forma prudente las características y modalidades del hecho para adecuar la pena dentro de las pautas de los arts. 40 y 41 del CP. Se trata de una solución que, sin dudas, pone algo de justicia a un flagelo como lo es la «violencia contra las mujeres en todas sus formas», que amenaza a nuestra sociedad y que merece un reproche para una situación que supone desigualdad, pero que, tarde o temprano, se tendrá que corresponder con una solución normativa superadora.

Indudablemente, la llamada «violencia digital» genera también un impacto en las mujeres víctimas, no solo en su salud, sino que también les produce un desmedro en su imagen y en su honor, por posible generalización instantánea e indiscriminada de las imágenes, con la consecuente grave afectación de su dignidad personal y su imagen, derechos ahora reconocidos en forma cabal por el C. C. y C. en su art. 51, que deben ser atendidos y protegidos.

No solo la solución que propone el alto Tribunal provincial es novedosa, porque apela a interpretar la realidad social, a lo clásico y a lo sobrio del derecho penal argentino, para luego desnudar las falacias dogmáticas, sino que también toma opiniones del derecho comparado y lo más moderno de la dogmática para derrumbar un mito, que admitía, en su mayoría, la doctrina nacional, como algo imposible e irrealizable. Al mismo tiempo, pregona que no se podía abusar de alguien sin tocarlo y estando a gran distancia. No obstante, sin dudas ese concepto se derrumbó como un castillo de naipes solo con desempolvar el *Tratado de Derecho Penal*, del recordado Ricardo Núñez, y mostrar el uso de una práctica social y cultural (las TIC), más allá del elevado razonamiento del Tribunal para resolver el caso.

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

Referencias

- Ambrosis, R. M. (2018). *Las Redes del Delito* [en línea]. Buenos Aires: Editorial Astrea. ISSN: 950-508-630-X.
- Código Penal de la República Argentina (1984). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Cugat Mauri, M. (2019). La tutela penal de los menores ante el *online grooming*: entre la necesidad y el exceso. En Riquert, M. A. (coord.). *Ciberdelitos* (p. 250 y ss.). Buenos Aires: Hammurabi.
- De Luca, J. A. y López Casariego, J. (2009). *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Núñez, R. (1964). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño (2021). Observación General N.º 25 «Los derechos de los niños en relación con el entorno digital».
- Refi, M. y Pastorini, J. (2020). Violencia de género digital: Nuevos desafíos para el Sistema Penal Argentino. *Revista Perspectivas*, 3, 111-126.
- ONU (2017). Recomendación General n.º 35, citada en el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, del Consejo de Derechos Humanos, perteneciente a la Organización de Naciones Unidas (ONU), A/HRC/38/47 de fecha 18/6/2018. Disponible en https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=106.
- Rivero, M. C. (2018). ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano? *Revista Penal*, Revista de la Universidad de Sevilla, Doctrina, pp. 102-123. Disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12235/Queda.pdf?sequence=2>

Jurisprudencia

- Fallo Superior Tribunal de Córdoba (28 de julio de 2020). «CARIGNANO, Franco Daniel sobre abuso sexual, producción de imágenes con contenido sexual de menores de 18 años, etc. -Recurso de Casación-» (SAC2469171). Disponible en <https://justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22212>

Fallo del Tribunal Supremo Español (2015). «Sentencia n.º 301/2016, sobre/ recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Carmelo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca (Sección Primera) de fecha 26 de mayo de 2015 en causa seguida contra Carmelo». Disponible en <https://vlex.es/vid/632689977>.

Fallo del CSJN (28 de diciembre de 2021). Recurso de hecho deducido por la defensa de la causa «Reynal, Alejandro s/ incidente de recurso extraordinario» CFP 1875/2009/15/1/1/RH5.