

ADRIÁN MARCELO TENCA

# *Delitos sexuales*

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

*2ª edición actualizada y ampliada*

107046]



ASTREA



**DELITOS  
SEXUALES**



ADRIÁN MARCELO TENCA

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

# *Delitos sexuales*

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

*2ª edición actualizada y ampliada*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
C.C.I.J. “SILVESTRE MORENO CORA”  
BIBLIOTECA



EDITORIAL ASTREA  
BUENOS AIRES - BOGOTÁ

2013

Tenca, Adrián M.

*Delitos sexuales* - 2ª ed. - Buenos Aires: Astrea, 2013.

424 p.; 23×16 cm.

ISBN 978-950-508-553-2

1. Derecho Penal. 2. Delitos sexuales. I. Título  
CDD 345

1ª edición, 2001.

2ª edición, 2013.

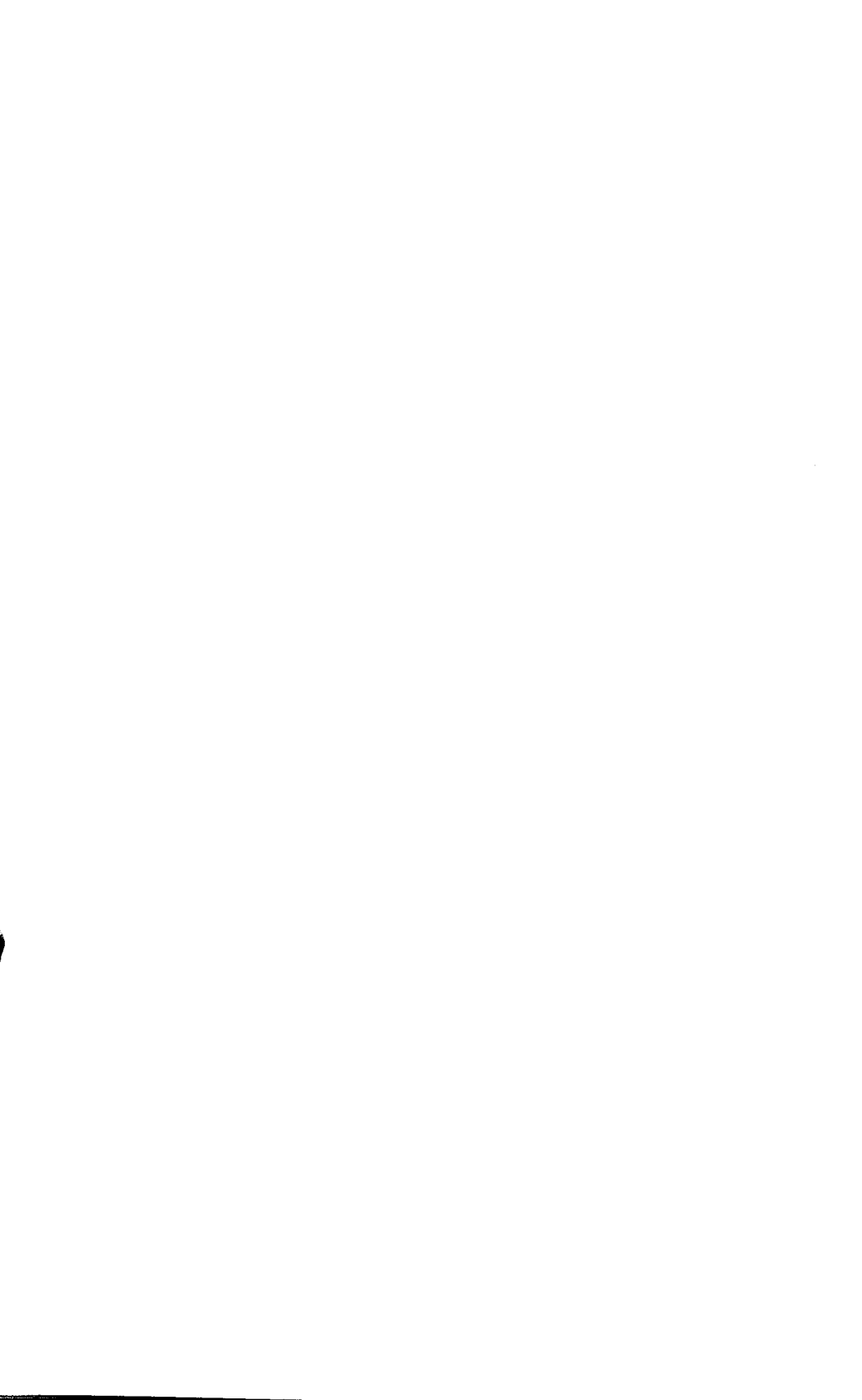
© EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA SRL  
Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires  
[www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar) - [info@astrea.com.ar](mailto:info@astrea.com.ar)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

288986

*A mis padres, Atilio y Claire,  
por su constante ejemplo.*

*A Leandro C. Maccan,  
por su sincera amistad.*





## ÍNDICE GENERAL

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

### CAPÍTULO PRIMERO

## PARTICULARIDADES EN EL ANÁLISIS DE LOS DELITOS SEXUALES

### A) LOS CONCEPTOS DE MORAL Y DERECHO EN LA MATERIA

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

### B) LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 25.087

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

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

## CAPÍTULO II

### ABUSO SEXUAL

#### A) ABUSO DESHONESTO O ABUSO SEXUAL SIMPLE

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

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

**B) ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE**

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

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

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

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

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

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

### 3) ELEMENTOS

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

### D) AGRAVANTES

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

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

### **CAPÍTULO III**

## **EL ESTUPRO (ABUSO SEXUAL CONSENTIDO)**

### **A) CARACTERIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO DEROGADO**

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

**B) EL ESTUPRO EN EL NUEVO ORDENAMIENTO**

**1) CARACTERIZACIÓN DEL TIPO**

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

**2) OTROS ASPECTOS**

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

**CAPÍTULO IV**

**PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN  
DE LA CORRUPCIÓN DE MENORES**

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

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



## CAPÍTULO V

PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN  
DE LA PROSTITUCIÓN

## A) DE MENORES

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

**B) DE MAYORES**

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

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

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

**B) TRATA DE PERSONAS**

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

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

### C) EXHIBICIONES OBSCENAS

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

### D) RAPTO

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

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

### **E) EL AVENIMIENTO. SU DEROGACIÓN**

§ 137.	El matrimonio como excusa absoluta .....	339
§ 138.	Requisitos .....	341
	a) El casamiento: requisito indispensable .....	341
	b) Momento en que debía prestarse el consen- timiento .....	342
	c) La expresión "delincuente". La interpreta- ción de "excusa absoluta" .....	343
	d) Interpretación jurisprudencial .....	343
§ 139.	Derogación .....	344

## **CAPÍTULO VII**

### **DIFICULTADES PROBATORIAS**

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

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