

Un análisis evolutivo, comparativo y crítico del delito de corrupción de menores

María Nazarena Castelluccio

Intercambios (N.º 19), 2022.

ISSN 1666-5457 | <https://revistas.unlp.edu.ar/intercambios>

FCJyS | Universidad Nacional de La Plata

La Plata | Buenos Aires | Argentina

Un análisis evolutivo, comparativo y crítico del delito de corrupción de menores

Por: María Nazarena Castelluccio¹

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Palabras Claves: corrupción de menores, integridad sexual, libertad e indemnidad sexual, consentimiento, legislación penal argentina, legislación penal española.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Evolución histórica y actualidad. a. En el derecho penal argentino. b. En el derecho penal español. III. Algunas diferencias en la regulación normativa del delito de corrupción de menores en el derecho penal argentino y en el derecho penal español. VI. Tipificación de algunas figuras delictivas contra la integridad o libertad e indemnidad sexual distintas a la corrupción de menores. El rol del consentimiento. Normativa argentina y española. V. Implicancia de la edad de la víctima en distintos delitos de contenido sexual. Normativa argentina y española. VI. Algunos interrogantes a las inconsistencias legislativas en la tipificación de la promoción y facilitación de la corrupción de menores, en un análisis global de la norma penal. a. Relativos a la oscuridad del precepto legal. b. Relativos al bien jurídico tutelado. c. Relativos a las escalas penales aplicables. VII. Conclusión y propuesta de solución. VII. Bibliografía.*

¹ Abogada de la FCJyS de la UNLP, Especialista en Derecho Penal de la FD de la UBA, Especialista en Derecho Penal Parte Especial Nueva Delincuencia de la USAL, Docente en Seminarios de grado, Docente a cargo del Preevaluativo Comisión 24 de la Cátedra II de Derecho Penal 1, y Adscripta Docente de la Cátedra II de Derecho Penal 1, todos de la FCJyS de la UNLP. Auxiliar Letrada del Tribunal Criminal N° 3 de La Plata. Email: nazarena_castelluccio@hotmail.com



I. Introducción

Mediante el presente trabajo abordaremos el modo en que se halla tipificado el delito de corrupción de menores en nuestro país y lo compararemos con la regulación otorgada en España.

Se desarrollarán diversos interrogantes acerca de aquellos conceptos que no parecen claros, y la respuesta de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación penal ante tal problemática.

Advertiremos aciertos y errores en su regulación y, para ello, haremos un análisis de la implicancia que se otorga a la edad de la víctima en los restantes delitos contra la integridad o libertad e indemnidad sexual.

También nos cuestionaremos acerca de la verdadera finalidad que se busca detrás de la regulación de la corrupción de menores como un delito independiente de otras figuras que tutelan el mismo bien jurídico.

Luego del análisis evolutivo, comparativo y crítico, elaboraremos una conclusión e intentaremos brindar alternativas para paliar la deficiencia legislativa.

II. Evolución histórica y actualidad

II.a. En el derecho penal argentino

El delito de corrupción de menores desde su aparición en el Proyecto Tejedor hasta su actual redacción ha variado la composición de sus diversos elementos típicos.

En ciertas oportunidades se han mencionado medios especiales de comisión, otras veces fueron requeridas finalidades determinadas incorporando a sujetos

no punibles no damnificados por la acción típica, también se han enunciado modalidades tales como la habitualidad y se han efectuado modificaciones en la franja etaria del sujeto pasivo.²

No obstante, todas estas modificaciones en los elementos que componen la figura delictiva de corrupción de menores, siempre se mantuvieron como

² *“El Proyecto de Tejedor... art. 259: “el que habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de veinte años, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con un año de prisión” ... El Código de 1886... art. 132: “El que habitualmente y con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores, será castigado con prisión de uno a tres años si la menor tuviera menos de dieciocho años y más de catorce y con penitenciaría de tres a seis años si la menor tuviera menos de catorce años cumplidos” ...El Proyecto de 1891... art. 154: “El que promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de dieciocho años, para satisfacer deseos ajenos será castigado con uno a tres años de prisión”... La ley de 1903 sustituyó el art. 132 con el texto de 1891 y agregó: “En caso de nueva condena será deportado. La pena será de tres a seis años de penitenciaría: 1) si el menor no tuviere 12 años cumplidos; 2) si el autor fuere ascendiente, afín en línea recta, marido o persona encargada de la educación o guarda de la víctima” ...El Proyecto de 1906 repite la fórmula y por vez primera dice “para satisfacer deseos propios o ajenos” ... El Proyecto Peco de 1941 abarca la corrupción y prostitución de menores y enfermos o deficientes psíquicos, la corrupción y prostitución de mayores de edad... (arts. 192 a 196). El Proyecto de 1951 promueve o facilita la corrupción de menores y mayores, requiriendo, para que el delito se configure en estos últimos, el empleo de violencia física, amenaza o engaño... contemplaba una enumeración de los actos comprendidos destacando los libidinosos anormales por ser prematuros, excesivos o depravados, ejecutados sobre la víctima o en su presencia; o induciéndola a que los efectúe, o mediante actos sexuales normales realizados ante la víctima, aunque medie su consentimiento. Si el sujeto pasivo ya estaba corrompido se establecía una escala penal atenuada (arts. 275 y 276)... El Proyecto Soler de 1960... el art. 167 sistematiza los actos sexuales que por perversos, prematuros o excesivos promovieran la corrupción de menores de edad, la corrupción alcanza a menores de dieciséis años... Por la Ley 17.567, las figuras de la corrupción y la prostitución, que se trataban conjuntamente en los arts. 125 y 126 originarios, se modificaron y se describieron por separado en los nuevos artículos 125 y 126... la Ley 20.509 dejó sin efecto las modificaciones de la Ley 17.567, y volvió al Código de 1922... La Ley 23.077, de 1984, modificó el inc. 3º del art. 125, refiriéndose a la víctima mayor de dieciocho años y menor de veintidós (anteriormente el límite era de veintiún años) ... La Ley 23.487, de 1987, sustituyó la rúbrica del Capítulo, que era “Corrupción y ultrajes al pudor”, por la de “Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor” –Ver. TENCA, A. M.; op. cit.; ps. 217/221. Y DONNA, E. A.; op. cit.; ps. 127/131.*

acciones típicas promover³ o facilitar⁴ dicha corrupción. Conceptos estos acerca de los cuales podemos advertir la falta de precisión para dar cuenta de aquellos actos que son denotados por los mismos.

Si bien pueden ensayarse distintas definiciones o ejemplos de aquello que se entiende como una conducta facilitadora, o que promueve; la oscuridad de la regulación normativa continúa presente, y siempre se configura respecto de ‘¿qué es aquello de lo que hablamos cuando hablamos de corrupción, de corromper?’ Recayendo en el juzgador la tarea de delimitar los casos a subsumirse dentro del precepto legal.

Con la Reforma operada por la Ley 25.087 del 14 de mayo de 1999 el Título 3 del Código Penal que rezaba: “Delitos contra la honestidad” pasó a llamarse: “Delitos contra la integridad sexual” mutando el bien jurídico tutelado por la norma que, para la doctrina, deja de ser la honestidad para pasar a ser la libertad, la indemnidad o la integridad sexual.⁵ Este cambio en el bien jurídico

³ “Promueve quien impulsa o determina al menor a la realización de prácticas sexuales depravadas, idóneas para torcer o deformar su libre desarrollo sexual” D’ ALESSIO, A. J.; *op. cit.*; p. 191.

⁴ “... a diferencia de la promoción, el impulso o iniciativa parte de la propia víctima, que puede corromperse gracias a la intervención del facilitador. En palabras de Laje Anaya, facilita quien coopera, apoya, asiente o favorece; quien lejos de impedir, dificultar o evitar, apoya, en una palabra, hace fácil.” D’ ALESSIO, A. J.; *op. cit.*; p. 191.

⁵ “El cambio de la denominación del título “Delitos contra la honestidad”, por el actual, introducido por la ley 25.087 –“delitos contra la integridad sexual” importa un serio avance en el intento de dejar de lado la idea de protección de la honestidad sexual, entendida como moralidad sexual, tal como lo hacía, antes de su reforma, la legislación española, que sin duda ha influido en la nuestra... Entendemos que el concepto incluye la libertad sexual, aunque también con él se pretende abarcar otros... el término “integridad sexual” se presenta entonces como más apropiado para abarcar tanto la libertad sexual de los individuos adultos, como la indemnidad sexual de aquellas personas que careciendo de ella, son merecedores de igual o mayor protección...” D’ ALESSIO, A. J.; *op. cit.*; ps. 156, 157 y 158.

“PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL. - Como se ve, en todos estos casos, la ley tiene en cuenta la ausencia del consentimiento de la víctima, porque sus circunstancias o calidades le impiden prestarlo válidamente o porque el modo de actuar del agente implica su eliminación; en tal sentido, mediando una

tutelado por la norma penal signa a cada uno de los tipos abarcados por el capítulo referido, exigiendo la armonía de su aplicación con el fin de la norma.

Como lo analizaremos en el transcurso del presente trabajo, lo determinante para que se constituyan la mayoría de los delitos de contenido sexual, abarcados por el Título, es la falta de consentimiento de la víctima.

Actualmente se pune la promoción y facilitación de la corrupción de menores como un delito autónomo, y se lo regulada en el art. 125 del Código Penal argentino:

“El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.”

Como se logra advertir en la regulación legal precedente, sujeto pasivo de delito puede ser el menor de dieciocho (18) años, sin importar su

suplantación de la voluntad de la víctima -efectiva o así considerada por la ley por la del agente, podemos opinar que estamos en presencia de un delito que protege la libertad sexual, la cual se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee e impedir que otros lo hagan” CREUS, Carlos; Derecho Penal. Partes Especial. Tomo I. 6ta. Edición actualizada y ampliada; ASTREA; Buenos Aires; 1998; p. 171.

consentimiento respecto de los actos de contenido sexual, agravándose la pena cuando se trate de menores de trece (13) años.

En el segundo supuesto el legislador no hace mención al consentimiento de la víctima porque, como lo veremos más adelante, para el legislador penal los menores de trece (13) años no tienen capacidad de consentimiento válido en lo relativo a actos de contenido sexual.

Por último, agrava la escala penal en igual cuantía, sea la víctima menor de 18 o de 13 años, cuando medie alguna de las circunstancias enunciadas en el último párrafo.

Podemos hallar en la doctrina y jurisprudencia el acuerdo de que el sustrato sobre el cual se mancilla el desvalor actoral en este delito es un acto sexual que por prematuro, perverso o excesivo afecta el normal instinto sexual del menor, tuerce su sano desarrollo sexual. Moral, normal y natural son repetidos en casi todos los conceptos.

Sin embargo, aun luego de la reforma no pudo lograrse un concepto claro y preciso de aquello que es abarcado por el término '*corrupción*'. Del tintero de cada autor como de cada juez se lucubraron diversas acciones que tanto podrían o no encuadrar en el concepto sub examine⁶.

⁶ "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... pueden ser percibidos y compartidos por el menor con su calidad evidente de *libidosidad*" SALVAGNO CAMPOS, Carlos; *Los delitos sexuales*; Peña; Montevideo; 1934; p. 383. "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*" MORAS MOM, Jorge R.; *Los delitos de violación y corrupción*; Ediar; Buenos Aires; 1971; p.92. La acción 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... la acción corruptora debe ser medida... con el tipo de pura relación sexual en el sentido biológico-natural...debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcársele a la víctima el hábito de

prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*, tomo III; Buenos Aires; 1978; ps. 308 y 309. *“La corrupción es la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma... la deformación de la práctica sexual de la víctima es... la secuela de la deformación de sus sentimientos e ideas sexuales”* NUÑEZ, Ricardo C.; *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III, vol. II*; Lerner; Córdoba; 1988. Jurisprudencia: dos fallos de la SCJBA: en el primero de ellos se consideró que las prácticas homosexuales llevadas a cabo sobre la víctima menor, son conducentes a la depravación moral del pequeño, al iniciarlo en la práctica de actos repugnantes, en la senda del vicio y la degradación sexual, siendo determinante la ofensa a la moral social “M.,S. s/ violación, esturpo, abuso deshonesto y corrupción de menores, rta. 23/4/1940, JA, t. 70, junio 1940, pp. 824/6. En otro, se sostuvo que el incesto por vía normal no era corrupción porque 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”* “Acuerdo 3843, J. I. s/ violación calificada, rta. 12/9/1961. DDJ, 2/10/1961, Año XX, t. 64, n° 4634”. LUEGO DE LA REFORMA DE LA LEY 25.087: *“... Tanto la corrupción como la prostitución son estados de las personas que se logran mediante actos sexuales enderezados hacia ese fin por ser perversos en sí mismos, prematuros o excesivos.”* DONNA, E. A.; *op. cit.*; p. 123. *“... es la interferencia en el proceso de formación de la sexualidad o el normal desarrollo de ella (...) cuando se sostiene que la ley tiende a tutelar el normal o sano crecimiento sexual y castigar como corrupción los actos que ponen en peligro dicho desarrollo, sólo se dice lo correcto si se interpreta que lo que se reprime es la influencia o interferencia negativa en el libre crecimiento sexual de las personas, mediante la realización de prácticas sexuales, que tengan la capacidad de pervertir o depravar sexualmente a la víctima...”* D’ ALESSIO, A. J.; *op. cit.*; p. 188. *“... las personas se corrompen sexualmente cuando se depravan y se entregan a torpezas sexuales contrarias a la naturaleza”* ESTRELLA, Oscar A.; *De los delitos sexuales*; Hammurabi; Buenos Aires; 2005; p. 158. *“La corrupción típica es el estado en el que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución... sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal –para su propia conducta- la depravación de la actividad sexual”* CREUS, Carlos –BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Derecho penal, Parte especial, tomo 1; 7° edición actualizada y ampliada*; Astrea; Buenos Aires; 2007; p. 224. Jurisprudencia: fallos de la Casación Penal de la Provincia de Bs. As.: *“La corrupción de menores tiene lugar cuando se impulsa a la víctima a que adopte una práctica sexual prematura o depravada... para que adopte una determinada costumbre que implique alterar el desarrollo normal de su sexualidad, de modo que para que la acción sea considerada corruptora debe ser capaz de desviar el libre crecimiento sexual de la persona... Desde el punto de vista subjetivo... requiere... el conocimiento y la voluntad del autor de provocar el peligro de depravación en el sujeto pasivo...”* TC0005 LP 67688 770 S 27/08/2015 Juez CELESIA (SD) Carátula: Ovejero, Mauricio Bernardo s/ Recurso de Casación Magistrados Votantes: Celesia-Ordoqui Tribunal Origen: TR0600MO. TC0005 LP 55193 RSD-464-13 S 03/10/2013 Juez CELESIA (SD) Carátula: D. ,E. C. s/Recurso de casación Magistrados Votantes: Celesia - Ordoqui - Mancini Tribunal Origen: TR0500MO. *“La esencia del delito de corrupción radica en conductas de tinte lujurioso que prematuramente atentan contra el normal desarrollo de la sexualidad, sin importar incluso -en principio- la llamada “experiencia sexual”, esto es haber tenido las víctimas relaciones*

II.b. En el derecho penal español

Conforme la Ley Orgánica 3/1989, el delito de corrupción de menores se legislaba juntamente la prostitución de menores, en el mismo artículo de la norma penal. La edad de quienes podían ser víctimas de estos delitos eran los menores de dieciocho (18) años. Las conductas típicas eran promover, favorecer o facilitar la corrupción, sin determinarse, al igual que en la legislación argentina, qué debe entenderse por ‘*corrupción*’.⁷

sexuales... Así, estas conductas depravadas tienen que tener la entidad objetiva suficiente para producir sobre el espíritu de los menores un verdadera “deformación psíquica”, que tenga luego su correlato en una perversión en el instinto sexual.” TC0004 LP 70090 420 S 07/07/2015 Juez KOHAN (SD) Carátula: Flores, Carlos Miguel s/Recurso de Casación Magistrados Votantes: Kohan-Natiello Tribunal Origen: TR0200LP. “... actos anormales, prematuros e idóneos para torcer el normal desarrollo sexual de la víctima y por eso, idóneos para promover la corrupción en el caso.” TC0002 LP 56638 RSD-1169-13 S 07/11/2013 Juez MANCINI (SD) Carátula: S. ,L. A. s/Recurso de casación Magistrados Votantes: Mancini – Mahiques Tribunal Origen: TR0300BB. “Dice Soler, a mi juicio con acierto, que “...corromper tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad...”, agregando a continuación que en éste aspecto “...es preciso precaverse de la influencia de ideas excesivamente elevadas de moralidad y ascetismo...” y que “...la acción corruptora debe ser medida no ya con relación a un tipo perfecto de relación sexual monogámica y casta, sino con el tipo de pura relación sexual en el sentido biológico natural...” (Soler, III, pp. 98).” TC0004 LP 56098 RSD-259-13 S 11/06/2013 Juez KOHAN (SD) Carátula: O., M. A. s/Recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal Observaciones: Y su acumulada causa nº 56099 Magistrados Votantes: Kohan - Natiello Tribunal Origen: TR0100SN. De la SCJBA: “Lo que da entidad de corrupta a la acción... es la simple dirección del acto que denota que su autor propende o coadyuva a deformar el sentido naturalmente sano de la sexualidad. De modo que no se trata de un delito de resultado material sino de un delito formal donde su criminalidad se apoya en el peligro de que la conducta del autor corrompa a la víctima.” SCBA LP P 66349 S 02/11/2005 Juez GENOUD (MI) Carátula: C. ,N. W. s/Violación en con-curso ideal con corrupción de menores Observaciones: Dictado por mayoría de fundamentos Magistrados Votantes: Roncoroni-Genoud-Kogan-Hitters-Pettigiani-Soria Tribunal Origen: CP0001SM. “...tales actos encierran la suficiente idoneidad como para dejar rastros deformantes en el normal desarrollo sexual del menor...” SCBA LP P 81307 S 18/08/2004 Juez KOGAN (SD) Carátula: R., C. E. s/Violación Magistrados Votantes: Kogan-Hitters-Genoud-Pettigiani-Roncoroni Tribunal Origen: CP0002SI.

⁷ Art. 452 bis. b). 1 Ley Orgánica 3/1989: “promover, favorecer o facilitar la prostitución o la corrupción de persona menor de dieciocho años”.

Con el Código Penal de 1995 desapareció el delito de corrupción, se entiende que ello se debió a la falta de claridad del término descripto y a la no delimitación de las conductas que quedaban abarcadas por dicha calificación. Similares razones que hoy generan la crítica de la regulación normativa de la figura en el derecho penal argentino. Tampoco puede dejar de considerarse como otro motivo para esa decisión, que las conductas abarcadas por el término '*corrupción*' configuraban además otros tipos penales como el abuso sexual contra menores de dieciocho (18) años.

Mediante la Ley Orgánica 11/1999 se modificó el Título VIII del Libro II del Código Penal español, y se reintrodujo el delito de corrupción de menores como un delito autónomo. Con esta reforma los delitos contra la libertad sexual pasan a denominarse "*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*", reservándose el bien jurídico '*indemnidad*' para los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por considerarse que estos no pueden ejercer libremente su sexualidad.

Luego de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, las conductas de contenido sexual efectuadas contra los menores pasan a integrar el Capítulo II bis del Código Penal español, "*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*".

Actualmente, con motivo de superar la imprecisión del término '*corrupción*' el delito se encuentra tipificado de manera autónoma en el art. 183 bis del Código Penal español, del siguiente modo:

"El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho

presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.”

III. Algunas diferencias en la regulación normativa del delito de corrupción de menores en el derecho penal argentino y en el derecho penal español

Como puede apreciarse, en los párrafos anteriores, a diferencia de lo que ocurre en la legislación argentina, en la española se describe y delimita la conducta cualificada como corruptora, que es el ‘determinar’ al menor de dieciséis (16) años a realizar las conductas sexuales descritas en las distintas figuras delictivas que incluye el artículo, aumentándose la escala penal si lo que se determina a presenciar es un abuso sexual. Como sabemos, determinar es generar, hacer nacer o surgir la voluntad y motivación en el menor para que este participe o presencie los actos de contenido sexual, pero sobre esta determinación, es claro, no rigen las reglas de la participación criminal por cuanto el menor no es sujeto punible sino sujeto damnificado, víctima.

De este modo, se reducen significativamente las conductas abarcadas por la norma antes de la reforma.

Como puede advertirse, no exige la norma que el determinador participe en esos actos de contenido sexual para quedar abarcado por el tipo penal, en caso de que participe de ellos y se den los restantes elementos típicos de otro delito contra la libertad o indemnidad sexual, podrán regir las reglas de los concursos de delitos entre la corrupción de menores y el o los restantes delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Llama la atención la diferencia, entre ambas legislaciones, de las escalas penales contempladas para el delito. En la legislación española, se prevé una sanción de 'seis meses a dos años de prisión' cuando el comportamiento de naturaleza sexual en el que se determine al menor a participar o presenciar no sea un abuso sexual; mientras que, si lo que se determina a presenciar, al menor, es un abuso sexual, se prevé una escala penal que va de 'uno a tres años de prisión'. Por su parte, la legislación argentina prevé para el delito una escala penal de 'tres a diez años de reclusión o prisión' cuando la víctima sea menor de dieciocho (18) años, mientras que, si la víctima es menor de trece (13) años se prevé una escala penal para el delito que va de los 'seis a quince años de reclusión o prisión'.

De esta abismal diferencia entre las escalas penales que prevé el legislador español y las escalas penales que prevé el legislador argentino para el delito de corrupción de menores, podemos intentar concluir consecuencias distintas que surgen de la relación entre este delito y otros delitos contra la integridad sexual dentro de cada derecho interno.

Porque cuando uno piensa en el reproche punitivo que se hace al autor de un hecho delictivo necesariamente piensa que el mismo guarda una proporción con el grado de injusto realizado, ese grado de injusto va a estar determinado por el disvalor de su conducta y, en su caso, por el disvalor de su resultado, sumado a la mayor o menor protección que quiera efectuar el estado de determinado bien jurídico.

Consecuentemente, como lo desarrollaremos más adelante, con solo ver la escala penal con que se pune el delito de corrupción en cada legislación, y en comparación con la escala penal con que se punen restantes delitos contra la libertad e indemnidad sexual podemos afirmar que,

- en el derecho penal español la figura de corrupción de menores no desplaza ni contiene como elemento constitutivo a otro u otros delitos contra la libertad e indemnidad sexual, porque estos últimos guardan una pena mayor que la del delito de corrupción, de modo que deben aplicarse reglas del concurso de delitos o del concurso de leyes entre ellos -conforme la circunstancias en que fueron realizados-.
- en el derecho penal argentino, la escala penal establecida para el delito de corrupción supera a muchos de los delitos tipificados contra la integridad sexual de modo que puede entenderse que cuando estos últimos son el modo comisivo para los primeros corresponde aplicar las reglas del concurso aparente de leyes, por quedar abarcado el disvalor de la conducta en el delito de corrupción.

Por último, puede advertirse que nuestra regulación actual del delito de corrupción de menores es muy similar a la regulación que contemplaba la Ley Orgánica 3/1989 española, tanto en cuando a la edad del menor que podía ser víctima del hecho infraccionarlo como por las conductas de promover y facilitar la 'corrupción'.

IV. Tipificación de algunas figuras delictivas contra la integridad o libertad e indemnidad sexual distintas a la corrupción de menores. El rol del consentimiento. Normativa argentina y española

En nuestra legislación penal cuando se tratan los delitos contra la integridad sexual se otorga una consideración determinante al consentimiento del sujeto pasivo, a la voluntad de la víctima, en ciertos casos se efectúa una presunción iure et de iure de que la persona no puede dar su consentimiento hacia la práctica sexual -cuando es menor de trece (13) años-.

Nuestra ley penal enumera, de modo meramente enunciativo, distintos medios comisivos del abuso sexual por los cuales la víctima no pudo consentir libremente la acción, dejando abierta la posibilidad de que si por cualquier otro medio, además de los enunciados, el sujeto pasivo no pudo consentir libremente la conducta sexual ella será delictiva.

Veámoslo en la regulación normativa que se hace del abuso sexual (art. 119, primer párrafo), del abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo) y del abuso sexual mediante acceso carnal (art. 119, tercer párrafo).

Art. 119 legislación penal argentina:

“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.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;

- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;*
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;*
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;*
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;*
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).”

Por su parte, la legislación penal española contempla a los delitos reseñados como delitos contra la libertad e indemnidad sexual, y efectúa un distinguo entre los abusos sexuales (art. 181) y las agresiones sexuales (art. 178 y 179), pues en los primeros no media violencia ni intimidación, mientras que para tener por configuradas las agresiones sexuales es un requisito ineludible que concurra alguno de los dos medios comisivos enunciados. En ambos casos la base del delito contra la libertad e indemnidad sexual se apoya en que la víctima no haya consentido el acto.

Art. 181 de la legislación penal española:

“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será

castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.”

Art. 178 y 179 de la legislación penal española:

“Artículo 178. El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

Artículo 179. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.”

De este modo, puede advertirse una distinción importante entre ambas legislaciones al momento de tipificar las conductas, mientras para la nuestra lo determinante es la falta del consentimiento, no importando el medio empleado por el autor, en la legislación española si bien la base del tipo penal es la falta de consentimiento, el modo en que se logre la acción delictiva puede incrementar el reproche punitivo y transformar un abuso en una agresión sexual.

Otra distinción que encontramos entre ambas legislaciones es que la española regula de modo autónomo, en su art. 183, los abusos y agresiones sexuales contra menores de dieciséis (16) años, incrementando considerablemente la escala penal del delito respecto de la contemplada para abusos y agresiones sexuales contra mayores de dieciséis (16) años.⁸ Veámoslo.

Art. 183 de la legislación penal española:

“1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la

⁸ Se puede hallar la razón de el incremento punitivo en los fundamentos dados en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 “En el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquéllas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.”.

pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.”

De la lectura del artículo anterior y de la del art. 119 de la legislación penal argentina encontramos otra diferencia al momento de legislar el delito, mientras nuestra norma efectúa una presunción iure et de iure de que los menores de trece (13) años no pueden consentir el acto sexual, la legislación española entiende mediante una presunción mixta entre iure et de iure y iuris tantum que los menores de dieciséis (16) años no pueden consentir libremente el acto sexual (art. 183 quater).

Decimos presunción mixta entre iure et de iure e iuris tantum en el caso de la legislación española por la excepción que trae el art. 183 quater, mediante el cual se regula que el menor de dieciséis (16) años puede consentir los actos sexuales descritos por la norma penal cuando dicho consentimiento es libre y si el autor es una persona próxima en edad, en grado de desarrollo o madurez. Esta salvedad a la calidad que debe revestir el sujeto activo para que se excluya su responsabilidad penal genera una gran incertidumbre, ¿veinte (20) años queda excluido, y si tiene veintitrés (23) años o si tiene veinticinco (25) años?, al parecer es un término muy impreciso, veámoslo.

Art. 183 quater de la legislación penal española:

“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”

V. Implicancia de la edad de la víctima en distintos delitos de contenido sexual. Normativa argentina y española

Veamos la implicancia que tiene la edad de la víctima en cuanto a la posibilidad de brindar un consentimiento válido, estar dotado de libertad sexual, en distintos delitos contra la integridad o la libertad e indemnidad sexual.

-Mayores de dieciocho (18) años: tienen capacidad para consentir libremente con quién, y de qué modo desarrollar su sexualidad, sólo se punen los actos sexuales realizados en contra de su voluntad conforme la legislación penal reseñada. No se puede promover o facilitar su corrupción de modo jurídico-penalmente relevante.

- Mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años: según ambas legislaciones tienen capacidad para consentir libremente con quién y de qué modo desarrollar su sexualidad, pueden ser víctimas de los delitos de prostitución, explotación sexual y pornografía (arts. 188 y 189 del Código Penal Español y arts. 126, 127 y 128). En argentina también se pune el grooming contra los menores (art. 131 del Código Penal), y la facilitación y corrupción de menores de dieciocho (18) años (art. 125 del Código Penal).

-Menores de dieciséis (16) años: conforme la legislación española no pueden consentir válidamente el acto sexual, a excepción de que con quien realicen el acto sexual sea una persona próxima en edad, en grado de desarrollo o en madurez (art. 183 quater). Pueden ser víctimas de grooming (art. 183 Código Penal) y de corrupción de menores (art. 183 bis Código Penal). En la legislación argentina se regula que pueden ser víctimas de grooming y de corrupción, como lo señalamos en el párrafo anterior, también cuando son

mayores de trece (13) años pueden ser víctimas de estupro como lo veremos a continuación.

-Menores de dieciséis (16) mayores de trece (13) años: el legislador argentino permite un consentimiento válido restringido, el menor dentro de esta franja etaria puede mantener relaciones sexuales simples sin límite. También puede mantener relaciones sexuales que se califican como gravemente ultrajantes o en las que medie acceso carnal, pero en estos dos supuestos si mantiene una relación sexual con un mayor de edad, para que el mismo no sea punible, por estupro, no debe aprovecharse de la inmadurez sexual del menor por diversos medios tipificados que hagan concluir que el menor no pudo ejercer libremente su sexualidad por tener el consentimiento viciado. No hay consecuencias punitivas si el menor elige experimentar mediante relaciones de contenido sexual con quienes no sean mayores de edad.

Delito de estupro, art. 120 de la legislación penal argentina:

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

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119”.

-Menores de trece (13) años: el legislador argentino realiza una presunción iure et de iure de incapacidad para prestar consentimiento, si se es menor de trece

(13) años no existe posibilidad de brindar un consentimiento válido en la materia sexual, sin excepciones (art. 119).

VI. Algunos interrogantes a las inconsistencias legislativas en la tipificación de la promoción y facilitación de la corrupción de menores, en un análisis global de la norma penal

VI.a. Relativos a la oscuridad del precepto legal

Al referirnos a la evolución histórica del delito, advertimos la falta de precisión del término ‘corrupción’, y citamos doctrina y jurisprudencia que lo evidencian. La imposibilidad de precisar con certidumbre, y previo a la realización de un juicio, la conducta sexual que per se y bajo ciertas condiciones se va a considerar apta para corromper⁹, hace que nos preguntemos ¿qué ocurre en estos casos con el principio de legalidad, igualdad y seguridad jurídica?¹⁰.

Toda vez que una misma conducta puede ser considerada para algún juzgador como corruptora mientras para otro no, por una disquisición de valoraciones de

⁹ “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...” DONNA, E. A.; *op. cit.*; p. 124.

¹⁰ Los tipos penales una vez creados tienen que ser certeros, determinados y estrictos “*nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*” –arts. 9 de la C.A.D.H y 15 del P.I.D.C.P.- “El principio de legalidad no sólo exige que el presupuesto y la sanción surjan de una norma jurídica expresa sino además que los describan con certeza. Los presupuestos penales no pueden ser indeterminados, pues no permiten conocer con exactitud los comportamientos que comprenden... Lo cual no se cumple en los tipos abiertos, en los que a consecuencia de la imposibilidad o ineficacia técnica del legislador de lograr una descripción precisa, se deja en manos del juez esa tarea”; RIGHI, Esteban; *Derecho Penal. Parte General*; Lexis Nexis; Buenos Aires; 2008; ps. 72/73.

diversa índole, se estaría generando una distinción que por las circunstancias no se consagra en su necesaria racionalidad. Además, tal distingo que redundaría en la afectación de unos y la salvación de otros impide brindar a los ciudadanos la seguridad jurídica de saber en todo momento qué conductas le pueden ser o no reprochables, conminadas con pena, de modo que puedan motivarse o no en la prohibición punitiva.

Por otra parte, al no delimitar con precisión los supuestos que quedarían abarcados por la norma se pone a cargo del poder Judicial la función legislativa, obligando al mismo a tener que definir lo que es una conducta corruptora, en contra de la división de poderes que alumbra al estado republicano de derecho.¹¹

Para reflexionar quiero citar un texto de Beccaria, quien ya por el año 1764, en su tratado 'De los delitos y de las penas' advertía acerca de este mal:

“Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón que no son legisladores... No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley... El espíritu de la ley sería, pues la que resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión: dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre... Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será mayor cuando

¹¹ “la conducta incriminada debe estar tipificada como delito al momento de iniciarse las actuaciones, toda vez que nadie puede ser castigado por una conducta que no esté mencionada en una figura de la ley penal... antes que haya sido efectivamente realizado”; DE ELÍA, Carlos M.; Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado; segunda edición; Librería El Foro; Buenos Aires; 1999.

las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad”¹²

VI.b. Relativos al bien jurídico tutelado

Como vimos, no obstante entender el legislador penal argentino que los mayores de trece (13) años tienen capacidad jurídica de consentir libremente actos de contenido sexual, considera que pueden ser víctimas de que se promueva su corrupción, lo cual es un tanto extraño porque: ¿cómo se corrompe la sexualidad de quien la ejerce dentro de los parámetros legales establecidos, mediando su voluntad de llevarlos a cabo?

Asimismo, si la persona menor de dieciocho (18) años quiere desarrollar su libertad sexual, para que ello no le cause un problema a la persona con quien lo haga tendría que estar analizando qué conductas pueden corromperla, aunque sea madura sexualmente, a criterio –no de la ley por ausencia de certeza- sino de algún juzgador.¹³

Si se protege el mismo bien jurídico que en los restantes delitos contra la integridad o libertad sexual, ¿por qué la corrupción de menores es un delito de

¹² BECCARIA, Cesare (César Bonesana, Marqués de Beccaria); *Tratado de los delitos y de las penas*; Editorial HELIESTA S.R.L.; Brasil; 1993; ps. 63, 64 y 67.

¹³ “... podría decirse que el nuevo artículo 120 transmite este mensaje: “Si tienes entre trece y dieciséis años, no realices ninguna de las conductas descriptas en los párrs. 2° y 3° del art. 119. Pero si decides hacerlo, procura que tu primer compañero/a no sea mayor de edad o tenga respecto de ti alguna relación de preeminencia, pues lo harás autor de un delito. En todo caso elige un menor inexperto como tú” TENCA, A. M.; *op. cit.*; p. 211.

acción pública que no depende de instancia privada como lo sí lo hacen la mayoría de los delitos contra la integridad sexual?

Si las dos partes de la relación tienen 17 años, sujetos ambos punibles de conformidad con la Ley 22.278 que regula el Régimen penal de la minoridad en Argentina, ¿el estado tendría que determinar quién comenzó la relación, quién propuso el acto corruptor?, ¿podrían ser ambos coimputados por dominio funcional del hecho para corromperse mutuamente?, o ¿se entendería que no hay afectación a sus bienes jurídicos con los cuales mantienen una relación de disponibilidad?, ¿puede una persona mayor de dieciséis (16) años pero menor de dieciocho (18) ser punible, toda vez que se reconoce su posibilidad de autodeterminación y de culpabilidad, conforme la Ley 22.278, pero a la vez se niega esa posibilidad de autodeterminación conforme el art. 125, primer párrafo del Código Penal?

VI.c. Relativos a las escalas penales aplicables y los posibles concursos

Todas las conductas tipificadas dentro del Título 3 del Código Penal argentino son aptas como medio comisivo de la promoción y facilitación de la corrupción de menores, se hallan abarcadas como posibles medios comisivos por la figura penal en estudio, exigiéndose el plus de la ultrafinalidad en el autor de ejecutar esos actos de contenido sexual para corromper al menor y que al menos -habiendo consenso en ello- se hubiese configurado un peligro cierto de corromperlo.

Si un abuso sexual, sea simple -si fueran varios podrían encuadrar en uno gravemente ultrajante-, sea gravemente ultrajante o con acceso carnal, es apto para corromper al menor, y la finalidad de corromperlo guio la conducta

delictiva, entonces el mismo se halla abarcado dentro de la figura delictiva de la corrupción de menores como medio comisivo de esta.

Esto no significa que todo abuso sexual constituya una facilitación o promoción de la corrupción de menores, como tampoco que toda conducta sexual que es apta para lograr una facilitación o promoción de la corrupción de menores deba ser de las tipificadas como algún delito contra la integridad sexual. Así, por ejemplo, no está tipificado como abuso sexual mediante acceso carnal quien mantiene relaciones sexuales mediante acceso carnal con una persona menor de dieciocho (18) y mayor de dieciséis (16) años, no obstante, lo cual puede ser una conducta apta para facilitar o promover la corrupción del menor.

Lo que resta delimitar es si el hecho punible integrado, por más de una conducta típica -como sería el caso en que se hubiese promovido la corrupción de un menor mediante abuso sexual del mismo- encuadra en un solo tipo penal y consecuentemente en una única sanción penal, o en más de un tipo penal y con ello en más de una sanción penal (art. 54 CP).

Para poder lograr una respuesta al interrogante que introducimos en el párrafo anterior, deberíamos utilizar como indicador, la pena que el legislador previó para cada tipo. Porque la escala penal con que se conminan los tipos penales refleja la protección que el legislador otorgó a los bienes jurídicos tutelados por ellos y si el reproche es suficientemente cubierto por el mismo.

Se debe determinar, si la pena establecida para la corrupción de menores, abarca el desvalor de la conducta llevada adelante para corromper y que, asimismo, es tipificada por el legislador como otro delito contra la integridad sexual de la víctima. Si la respuesta es sí, se dará un concurso aparente de tipos penales. Si la respuesta es no, deberán aplicarse ambos tipos penales

porque no estar abastecido el reproche efectuado por el legislador en el tipo penal más complejo.

Así, será sencillo cuando se trate de un abuso sexual simple porque el delito de corrupción de menores tiene una pena mucho más elevada de modo que no generaría incongruencias de considerar al abuso sexual abarcado en su disvalor por la corrupción. Por otro lado, será claro que cuando la conducta corruptora hubiese empleado como medio el abuso sexual con acceso carnal estos concurrirán idealmente porque el desvalor efectuado por el legislador en el segundo tipo penal no se halla cubierto por el reproche del primero.

Esto nos lleva a realizarnos otras preguntas, acerca de si es razonable que resulte la misma escala penal a aplicar, cuando se facilita o promueve la corrupción de menores con un abuso sexual simple que cuando se lo hace mediante un abuso sexual con acceso carnal. Veámoslo,

-El abuso sexual simple tiene una escala penal privativa de la libertad que va de seis meses a cuatro años.

-El abuso sexual mediante acceso carnal tiene una escala privativa de la libertad que va de seis a quince años.

-La corrupción de un menor de trece (13) años tiene una escala penal privativa de la libertad que va de seis a quince años.

Podemos advertir que, el mayor o menor desvalor las conductas no se refleja en la escala penal aplicable. La misma escala es de aplicación, a un abuso sexual con acceso carnal al que además se le suma la finalidad del autor para torcer en libre desarrollo sexual futuro del menor con peligro concreto de que ello ocurra; y a un abuso sexual simple con la misma finalidad y peligrosidad.

Esa misma incongruencia véase en la base de los posibles concursos aparentes de todas las figuras de delitos contra la integridad sexual completamente aptos como medios comisivos de la facilitación o promoción de la corrupción de menores, como ser las relacionadas con material pornográfico o el grooming.

VI. Conclusión y propuesta de solución

A lo largo del presente trabajo hemos visto las sucesivas reformas legislativas en torno al delito de corrupción de menores, tanto en el derecho penal argentino como en el derecho penal español. Hemos evidenciado que la regulación actual de la figura delictiva en el Código Penal argentino es muy similar a la antigua regulación de la legislación penal española.

Advertimos la mala técnica legislativa a su respecto, y la incongruencia con la regulación de otros delitos contra la integridad o libertad sexual contra menores, que mantiene aún hoy la tipificación que efectúa el Código Penal argentino.

Vimos como la ley argentina mantiene la inconsistencia de otorgar libertad sexual a mayores de trece (13) años, pero punir conductas sexuales que mayores (pudiendo ser mayores de dieciséis (16) años, sujetos punibles de conformidad con la Ley 22.278 que regula el Régimen penal de la minoridad en Argentina) realizan con los mismos, aun cuando estos menores de dieciocho (18) y mayores de trece (13) años consientan dichas conductas.

Por el contrario, se entiende armonioso el límite etario que marca la ley española, en delitos como la corrupción de menores, porque el legislador entiende que el menor de dieciséis (16) años no puede ejercer aún su libertad sexual y cualquier conducta de contenido sexual que realice un mayor con él será delictiva, con la salvedad que contempla el art. 183 quater.

Es de una gran inconsistencia legislativa otorgar libertad sexual a los menores de dieciocho (18) años y mayores de trece (13), pero punir a quienes la desarrollen con ellos, aparece irrazonable, pues si el legislador argentino quiere punir las conductas sexuales de todo aquel mayor que realice conductas sexuales con un menor de dieciocho (18) años, ¿no tendría, acaso, que considerar que los menores de dieciocho (18) años no pueden consentir el acto sexual válidamente?, lo que los convertiría en víctimas de abuso sexual per se.

Entiendo que, como un posible punto de partida para combatir las diversas problemáticas que acarrea la redacción actual del delito de corrupción en el derecho penal argentino, que se redacte expresamente la conducta que se entiende corruptora, no sólo por respeto al principio de legalidad, que cada ciudadano sepa que conductas le pueden ser reprochadas penalmente¹⁴, sino también para que puedan aplicarse las reglas del concurso, sea del concurso de leyes, del concurso de delitos o del concurso aparente, y ajustarse la pena al correcto desvalor del injusto penal.

Asimismo, entiendo que debe ajustarse la edad de los menores que puedan ser víctimas de estos delitos, a la edad de los menores que según el legislador no pueden ejercer válidamente su consentimiento en el desarrollo de actos de contenido sexual, para evitar las incongruencias que advertimos a lo largo del presente trabajo.

¹⁴ “...el derecho penal mínimo... condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza ... resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos... Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente...” FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón*; Trotta; 2011; p. 104/105.

También habría que preguntarse si es necesaria la tipificación del delito de corrupción de menores a la luz de la regulación vigente de los restantes delitos contra la integridad sexual.

VII. Referencias

- Beccaria, Cesare (César Bonesana, Marqués de Beccaria) (1993); Tratado de los delitos y de las penas. Brasil: Editorial HELIASTA S.R.L.
- Creus, Carlos (1998) Derecho Penal. Partes Especial. Tomo I. 6ta. Edición actualizada y ampliada; Buenos Aires: Astrea.
- Creus, Carlos & Buompadre, Jorge Eduardo (2007) Derecho penal, Parte especial, tomo 1; 7° edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.
- D'alessio, Andrés José (2004) Código Penal. Comentado y anotado; Buenos Aires: La Ley.
- De Elfa, Carlos M. (1999) Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado; segunda edición; Buenos Aires: Librería El Foro.
- Donna, Edgardo Alberto (2000) Delitos contra la integridad sexual; Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Estrella Oscar A. (2005) De los delitos sexuales; Buenos Aires: Hammurabi.
- Ferrajoli, Luigi (2011) Derecho y razón; Trotta.
- Moras Mom, Jorge R. (1971) Los delitos de violación y corrupción; Buenos Aires: Ediar.

- Núñez, Ricardo C. (1988) Tratado de Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III, vol. II; Córdoba: Lerner;
- Righi, Esteban (2008) Derecho Penal. Parte General; Buenos Aires: Lexis Nexis;
- Salvagno Campos, Carlos (1934) Los delitos sexuales; Montevideo: Peña.
- Soler, Sebastián (1978); Derecho Penal Argentino, tomo III; Buenos Aires.
- Tenca, Adrián Marcelo (2013) Delitos Sexuales; segunda edición; Buenos Aires – Bogotá: Astrea.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro (2006) Manual de Derecho Penal, Parte General; segunda edición; Buenos Aires: 2006.