

PROYECTO



REFORMA
CÓDIGO PENAL
EN FUNCIÓN DEL
INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO

Proyecto redactado por el Grupo 9+

→ *Dr. Diego Freedman*

→ *Dr. Héctor Raffo*

→ *Dr. Jorge Volnovich*

→ *Dra. Beatriz Esther González*

→ *Dr. Lucas Díaz*

→ *Lic. Nicolás Fariña*

→ *Dr. Juan Pablo María Viar*

→ *Dra. Liliana Carrasco*

→ *Lic. Mauro Pinelli*

→ *Dr. Jorge Mazzini*

→ *Lic. Ana Satto*

AÑO 2023

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Redactores del Proyecto

Dr. Diego Freedman - Abogado (UBA) - Docente de la Facultad de Derecho de la UBA. Juez del Tribunal Oral de Menores Nro. 2 - Ex consultor de UNICEF Argentina - Integrante del equipo de docencia y de investigación de la Dra. Mary Beloff.

Dr. Héctor Raffo - Ex Juez de Menores del Departamento Judicial de Morón - Ex Presidente de la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia - Ex Director de la Tecnicatura en Minoridad y Familia de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNLZ - Ex Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires - Ex Miembro del C.D. de ASAPMI - Director de la Comisión de Abogados del Niño del Colegio de Abogados de Morón.

Dr. Jorge Volnovich - Médico psicoanalista - Analista Institucional - Director Clínico del Centro Integral especializado en Niños y adolescentes - CIENA (CABA, Argentina) - Director Honorario de la Sociedade Brasileira de Estudos da Infância (SOBEPI), Rio de Janeiro, Brasil.

Dra. Beatriz Esther González - Abogada (UCC) - Posgrado Interdisciplinario de Derecho de Familia de la UBA - Integrante del Equipo Interdisciplinario de Asistencia y Asesoramiento del Consejo Mujeres, Género Diversidad y Derechos Humanos de Ituzaingó - Abogada del Niño para el Departamento Judicial de Morón - Integrante del Directorio del Instituto de Familia, Niñez y Adolescencia del CAM - Directora del Instituto de Políticas de Género del CAM –

Dr. Lucas Díaz - Abogado - Director de Infancia del Municipio de Tigre y Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de NNyA - Miembro del “Seminario Permanente Sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones”, del Instituto Ambrosio L. Gioja, UBA - Con experiencia nacional e internacional en la práctica y abordaje de casos en materia de Niñez, Adolescencia y Familia.

Lic. Nicolás Fariña - Psicólogo – Especialista en evaluación de riesgo y tratamientos de niños, niñas y adolescentes. Supervisor de entidades que atienden a la niñez vulnerada. Director del Centro Integral especializado en Niñez y Adolescencia (CIENA) - Director del Centro Integral de la Mujer “María Elena Walsh” - Director de los tres Hogares Buenos Aires pertenecientes a la Asociación Civil PRONATS.

Dr. Juan Pablo María Viar - Abogado (UBA) - Especialista en Violencia Familiar (UBA) - Profesor a cargo de la materia Aspectos Jurídicos en la Violencia Familiar y el Maltrato Infanto-Juvenil del Programa de Actualización Abordaje Interdisciplinario del Maltrato Infantojuvenil y la Violencia Familiar e Institucional que se dicta en la Facultad de Filosofía y Letras (UBA) - Docente a cargo de la materia Aspecto Jurídicos-legales y Éticos de la Carrera de Especialización en Violencia Familiar de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Salud (UNMDP) - Actual Vicepresidente de la Asociación Argentina para la Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil (ASAPMI) - Prosecretario de la Asociación de Especialistas en Violencia Familiar (ACEVIFA) - Ex-abogado de la Unidad de Violencia Familiar del Hospital General de Niños “Dr. Pedro de

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Elizalde” (1988/1994) - Ex plenarista del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la CABA (2015/2019) - Autor de libros y artículos.

Dra. Liliana Carrasco - Doctora en Ciencias Sociales y Humanas - Trabajadora Social - Especialista en Violencia Familiar - Conducción ejecutiva Políticas de prevención y abordaje de las violencias - ObsBA -; Profesora adjunta de la Universidad Nacional de Luján - Docente de posgrado para las universidades del Museo Social Argentino, UBA Psicología, UBA Filosofía y Letras. Formadora y supervisora de equipos de trabajo en violencias de género. Integrante de ASAPMI (Asociación Argentina de prevención del maltrato infante juvenil), RETEM (Red de equipos de trabajo y estudio en masculinidades) y Red latina de intervenciones críticas en violencia contra las mujeres.

Lic. Mauro Pinelli - Psicólogo. Coordinador del Departamento de Capacitación, Promoción y Participación Ciudadana y Jefe de la Unidad Técnica Especializada en Maltrato Infante Juvenil (UTEMIJ) del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (CDNNyA) del GCBA - Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infante Juvenil (ASAPMI) - Integrante del Centro Integral Especializado en Niñez y Adolescencia (CIENA) - Supervisor de dispositivos clínicos y equipos territoriales de atención a la Infancia y la Adolescencia

Dr. Jorge Mazzini - Abogado. Especializado en violencia de género. Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infante Juvenil (ASAPMI). Asesor externo del Servicio de Violencias de Género del Hospital Municipal “Dr. Julio Méndez”, exintegrante de “Shalom Bait” – Asociación Civil de Prevención de la Violencia Familiar.

Lic. Ana Sato - Trabajadora Social. Especialista en Psicología vincular. Coordinadora del Centro Integral de la Mujer “María Elena Walsh”. Integrante en Centro Integral Especializado en Niñez y Adolescencia (CIENA). Docente Universidad de Buenos Aires, Licenciatura en trabajo Social

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



ÍNDICE

FUNDAMENTOS GENERALES	10
I	10
II	13
III	16
FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS	20
LIBRO PRIMERO. DE LAS DISPOSICIONES GENERALES	20
TÍTULO II - DE LAS PENAS	20
ARTÍCULO 5°	20
Redacción actual	20
Fundamento de la Reforma Propuesta	20
Redacción propuesta	22
ARTÍCULO 9°	22
Redacción actual	22
Fundamento de la Reforma Propuesta	22
Redacción propuesta	23
ARTÍCULO 20° bis	23
Redacción actual	23
Fundamento de la Reforma Propuesta	24
Redacción propuesta	25
TÍTULO V - IMPUTABILIDAD	26
ARTÍCULO 41° quater	26
Redacción actual	26
Fundamento de la Reforma Propuesta	26
Redacción propuesta	27
TÍTULO VII - ARTÍCULO 45.-	28
Redacción actual	28
Redacción propuesta	28
ARTÍCULO 67.-	29
Redacción actual:	29
Redacción propuesta:	30
TÍTULO XIII – DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA.	31
ARTÍCULO 76° BIS	31
Redacción actual	31

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Fundamento de la Reforma Propuesta	32
Redacción propuesta	32
LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS	34
TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS	34
ARTÍCULO 80°	34
Redacción Actual	34
Fundamento de la Reforma Propuesta	35
Redacción propuesta	35
ARTÍCULO 83°	37
Redacción Actual	37
Fundamento de la Reforma Propuesta	37
Redacción Propuesta	39
ARTÍCULO 83° bis	40
Fundamento de la Reforma propuesta	40
Redacción Propuesta	42
ARTÍCULO 83 ter.-	42
ARTÍCULO 90°	43
Redacción Actual	43
Fundamento de la Reforma Propuesta	43
Definición de Maltrato Psicológico (abuso emocional):	47
Áreas del maltrato psicológico (abuso emocional)	47
Categorías del Maltrato Psicológico (abuso emocional) ²⁶	47
Indicadores del abuso emocional:	49
Redacción propuesta	51
ARTÍCULO 90 bis	52
Fundamento de la reforma propuesta	52
Redacción Propuesta	53
Artículo 90 bis	53
ARTÍCULO 93 bis	55
Fundamentos de la Reforma Propuesta	55
Redacción Propuesta	56
Fundamentos de las Reformas Propuestas (Delitos contra la identidad y delitos contra la integridad sexual)	56
DELITOS CONTRA LA IDENTIDAD	59

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Redacción propuesta	59
TÍTULO III - DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL	61
ARTÍCULO 119°	61
Redacción Actual	61
Fundamentos de la Reforma propuesta	62
La Verdad	68
Lo Verídico	68
La Veracidad	69
La Verosimilitud	69
Redacción Propuesta	71
ARTÍCULO 120	72
Redacción actual	72
Redacción Propuesta	73
ARTÍCULO 125	74
Redacción Actual	74
Redacción Propuesta	74
ARTÍCULO 125 bis	75
Redacción actual	75
Redacción Propuesta	75
ARTÍCULO 126	76
Redacción Actual	76
Redacción Propuesta	76
ARTÍCULO 127	77
Redacción Actual	77
Redacción Propuesta	78
ARTÍCULO 128	79
Redacción Actual	79
Redacción Propuesta	79
ARTÍCULO 129	80
Redacción Actual	80
Redacción Propuesta	80
ARTÍCULO 131	81
Redacción Actual	81
Redacción propuesta	81
Redacción Propuesta	81

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



ARTÍCULO 133	82
Redacción Actual	82
Redacción Propuesta	82
Redacción propuesta	82
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	84
ARTÍCULO 145 bis. -	84
Redacción Actual	84
Redacción Propuesta	84
ARTÍCULO 145 ter.	84
Redacción Actual	84
Redacción propuesta	85
TITULO VIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO	87
ARTÍCULO 209	87
Redacción actual	87
Redacción propuesta	87
TÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	88
ARTÍCULO 239 bis	88
Fundamento de la Reforma Propuesta	88
Redacción propuesta	91
ARTÍCULO 248	91
Redacción actual	91
Redacción propuesta	91
ARTÍCULO 269.	91
Redacción actual	91
Redacción propuesta	92
LEYES ESPECIALES	93
Ley 24.270	93
Redacción actual	93
Fundamentos de la reforma propuesta	93
Redacción propuesta	95
Ley N° 23.737	96
ARTÍCULO 12. -	96
Redacción actual	96
Redacción propuesta	96
EPÍLOGO	97

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



NÚCLEO DE LA PROPUESTA

1. El agravamiento de penas en la normativa vigente.
2. Enmiendas de figuras penales ya establecidas.
3. La consideración de nuevas figuras penales.

PARA QUÉ Y POR QUÉ

1. Para incluir en el Código Penal Argentino los principios presentes en la Convención Internacional de Derechos del Niño, la Ley Nacional 26061, y el Código Civil y Comercial de nuestro país.
2. Para incorporar penalidades que aseguren los derechos de NNyA, y delimiten los alcances de la responsabilidad parental.
3. Para introducir el maltrato psicológico(abuso emocional) como lesión grave hacia NNyA.
4. Porque todos los artículos de la reforma se encuentran atravesados por los derechos de género, garantizados por las leyes nacionales sancionadas en los últimos años.
5. Porque dimensiona la influencia de los medios de comunicación contemporáneos y su punibilidad.
6. Porque define con el mayor rigor científico los límites y los alcances punibles de abuso sexual y corrupción hacia NNyA.
7. Porque abre los caminos para que otros segmentos vulnerables - discapacitados, personas mayores, se adscriban a los parámetros propuestos.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



FUNDAMENTOS GENERALES

I

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sancionada el 2 de septiembre de 1990 con 192 países signatarios en Naciones Unidas, ratificada en nuestro país en primera instancia por la Ley N° 23.849, resulta ser el corolario del reconocimiento social del niño, niña y adolescente en la cultura de nuestro tiempo como sujeto de derechos.

El siglo XX, denominado por Claparède el siglo del niño, ha visto cómo la pedagogía, el derecho, la psicología, la medicina, en especial la pediatría, el psicoanálisis y demás ciencias sociales, han logrado construir una representación en el imaginario social del niño, niña y adolescente con derechos autónomos del mundo adulto. Dicha autonomía es el acontecimiento que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) traduce al consagrar la protección integral de los derechos propios a la infancia y la adolescencia.

La consideración de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) como *sujetos de derecho* contenida en la Convención, se ha visto enriquecida por las distintas Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana y por resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*corpus juris latinoamericano*) y las 100 Reglas de Brasilia en cuanto a reconocerlos como sujetos vulnerables respecto a su acceso a la justicia.

Las mismas tienen como destinatarios a los Estados, conteniendo ellas especial relevancia en cuanto a una adecuación legislativa para garantizar el pleno goce de esos derechos.

En la actualidad todos los Estados signatarios de la CDN, han dictado leyes con distintos perfiles, profundidad y contenidos conforme a las realidades de cada país, su cultura y sus costumbres, en consideración a lo dispuesto por la CDN en su Art. 4: *“los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas y legislativas y otros órdenes para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención”*

En la Argentina, esta condición se efectiviza con la aprobación de la Ley N° 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990, otorgando posteriormente jerarquía constitucional de acuerdo con el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, introductoria de una nueva mirada sobre los niños y las niñas y de un nuevo paradigma de la intervención estatal: la protección integral de sus derechos.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Posteriormente, el reconocimiento de los NNyA como sujetos plenos de derechos y la protección integral como principal objetivo de la intervención estatal, son aseguradas a través de la sanción de la Ley N° 26.061, promulgada en septiembre del año 2005, como respuesta normativa para sostener el paradigma de la protección integral, el interés superior de NNyA, donde su palabra debe ser escuchada y su opinión tenida en cuenta conforme a su capacidad progresiva al considerarlo sujeto de derechos.

A esta normativa enunciada debemos agregar el derecho positivo y operacional de las réplicas en las provincias destinadas a la protección de NNyA que terminan de conformar el *Sistema de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes* en nuestro país.

De esta manera nuestra legislación reforma el concepto heterónimo adultomórfico de sus legislaciones privilegiando el interés superior de NNyA, el reconocimiento de su autonomía progresiva en la toma de decisiones exigiendo la utilización de la interdisciplina conforme a la normativa contenida en el Código Civil y Comercial (CCCN) que comenzó a regir a partir del 1 de agosto de 2015.

Es necesario destacar que el mismo CCCN en su artículo 647 establece la prohibición de malos tratos y del castigo corporal en estos términos: *“Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes”*.

Nuestro ordenamiento jurídico establece que el Estado es el garante de la seguridad e integridad de las personas y en ejercicio del monopolio de la fuerza pública asume frente a los ciudadanos la obligación de repeler, perseguir y sancionar aquellas conductas prohibidas por la ley. Los niños, niñas y adolescentes deben gozar integralmente de ese derecho en función de su interés superior (Ley N° 26.061, Art 3).

*“Un Estado inteligente profundiza la distribución del conocimiento de manera activa y fundamentalmente borrando los límites entre saber y poder, entre lo técnico y lo político”*¹. Por ende, la presente propuesta se hace dentro del marco dado por las legislaciones vigentes nacionales conforme el control de constitucionalidad y las convenciones internacionales vinculantes para la Argentina. (Art. 75 inc. 22 CN)

¹Foucault, M. (1986) *La Verdad y las Formas Jurídicas* (Pág. 31). Ed. Gedisa.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



En sintonía con ello, consideramos que resulta necesario retomar y profundizar los principios que inspiraron la Ley N° 24.410 que modificó el Código Penal en consideración a las directrices de la Convención de los Derechos del Niño, paradigma que a su vez ha sido actualizado como hemos mencionado. Concretamente y conforme lo establecido por la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde avanzar dentro del sistema penal de nuestro país en aquellas normas que aún no se han visto reflejadas en su cuerpo, en primer lugar, dando lugar a la categoría niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años de edad como bien jurídico a proteger tal como lo establece, reiteramos, la Ley N° 26.061, Título I Art 2. En segundo lugar, para sancionar la vulneración de derechos de NNyA de cualquier forma de malos tratos físicos, psicológicos, sexuales y otros.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



II

“El Derecho es un cuerpo vivo, emanación del conjunto de hechos, normas y valores que comparte una sociedad en un momento determinado y, como tal, sujeto a cambios. La Argentina de los tiempos de la sanción del Código Penal no es la misma que la actual.

El mundo no es el mismo, y el Derecho tampoco. Si el sistema normativo no se ajusta a la realidad sociohistórica, se impone su reforma.

El Derecho vigente no puede entenderse como el producto final de la evolución social: la sociedad es mutable; el Derecho también tiene que serlo porque es una manifestación de la vida en sociedad.

Hay que aceptar que los cambios en este último no se producen con la misma velocidad con que ocurren en la vida social; pero ello no debe ser obstáculo para dejar de recoger normativamente las conductas que una sociedad reputa valiosas o disvaliosas.

Este proceso de cambio social constante abre una brecha creciente entre aquella realidad y el Derecho, y se transforma en un problema notorio que ni el sociólogo ni el jurista pueden pasar por alto.

El Derecho tiene sus propios tiempos para aprehender los hechos sociales y extraer de ellos las normas jurídicas. Lo jurídico es un hecho social creado, utilizado y modificado por la propia convivencia de una sociedad”².

Precisamente, el mundo moderno nos interpela en cuanto a una profunda transformación referida a la noción de *asimetría de poder*, eje central sobre el cual se producen todos los malos tratos que afectan a niños, niñas y adolescentes privilegiando el interés superior del niño.

Esta asimetría de poder se encuentra en el Código Penal vigente, centralizada en el desequilibrio de edades y roles de los protagonistas evaluado en una perspectiva tridimensional del derecho; el mundo jurídico como hecho, norma y valor.

²Silvio Lamberti (1998) *Reflexiones sobre la necesidad de incriminación autónoma del incesto. En Incesto Paterno Filial, una visión multidisciplinaria.* (págs 173-174) Buenos Aires, Edit. Universidad

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



“Desde lo social, los niños/as están limitados a ser objeto de las potencias e impotencias que les adjudican los mayores.

En lo normativo, su debilidad se manifiesta en la limitación de su capacidad de obrar. En el área valorativa, y frente a los mayores, los niños/as presentan un menor desarrollo de sus propios valores.” (Lamberti - ob cit .págs. 178- 179).

La noción de asimetría de poder en lo que atañe a NNyA como sujetos de derecho en desarrollo debe ser reconsiderada a la luz del momento actual de nuestra sociedad.

Max Weber, eminente sociólogo, define el poder como *“la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social aún contra toda resistencia y cualquiera sea el fundamento de su probabilidad”*.³

Podemos observar que, en la actualidad dicha *“probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social”* no se basa solo en la asimetría de poder fundada en la diferencia de edad o de conocimiento, sino que debe ser ampliada a toda probabilidad de imponer en forma abusiva normas y pautas de vida sobre aquellos más vulnerables frente a ese poder.

Amerita esta posición la existencia de malos tratos de niños/as contra otros/as niños/as (bullying), de conductas abusivas sexuales de preadolescentes y adolescentes contra niños y niñas, el maltrato psicológico, y fundamentalmente el impacto de las TIC (Tecnología, Informática y Comunicación) en la producción de la subjetividad infanto-adolescente dañada.

Por consiguiente, esa asimetría abusiva de poder es el fundamento de los malos tratos físicos, psicológicos, sexuales y otros, deben ser considerados por la ley penal en sus alcances y límites teniendo en cuenta las transformaciones sociales en el siglo que transitamos.

“El Derecho, como espejo de la sociedad, queda reflejado en la desincriminación actual de varios tipos de malos tratos o la insuficiente respuesta a muchos de los que ya están consignados. La mejor manera de enfrentar el problema es describirlo como sucede en la realidad. (Lamberti - ob cit.pág.174).”

Por ende, resulta fundamental introducir en el Código Penal los cambios epocales que expresen la realidad que padecen las y los NNyA objeto de malos tratos en nuestro país, en sus diferentes subtipos y modalidades.

³Weber, M. (1922) Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México. 1979

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



III

Los malos tratos de los cuales son objeto NNyA engloban diferentes tipos en el campo de la victimización, y una amplia tipología de la revictimización, reconocidos en una vasta bibliografía y experiencia nacional e internacional⁴. En cuanto a la victimización consignamos principalmente a los malos tratos físicos, psicológicos, la negligencia, el abuso sexual y el abandono emocional y/o físico.

Cada una de estas formas de malos tratos han sido definidas como:

*Todo acto que por acción u omisión provoque en el niño, niña o adolescente un daño real o potencial en su integridad o desarrollo físico, sexual, psicológico, emocional, cognitivo o social; ejercido por personas o grupos de personas que sostengan con el niño, niña o adolescente una relación asimétrica de autoridad, confianza o poder.*⁵

Por otra parte, el campo de la revictimización implica a las instituciones o normas que reproducen y reactualizan el trauma primario en la infancia.

Dicha revictimización engloba la responsabilidad del Estado, las instituciones y los profesionales. Al respecto el maltrato institucional sobre NNyA es descrito como *“Cualquier legislación, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual de los profesionales que comporte abuso, negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado psicológico y emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño, y/o la infancia”.*⁶

Dicha definición puede ser más precisa al referirse a los profesionales como agentes de la revictimización: *“Un obstáculo observable es la existencia de distintas líneas teóricas y el abordaje de los profesionales intervinientes, que muchas veces resultan iatrogénicas, y hasta culpabilizantes hacia las víctimas, el fenómeno de la doble victimización se vuelve evidente cuando médicos,*

⁴ De Paul Ochotorena-Arruabarrena M.I.- Manual de Protección Infantil- (1995) Edit. Masson, España/ Barudy.J (1998). El Dolor Invisible de la Infancia - Paidós, España/ UNICEF (2009) Maltrato Infantil Versión **electrónica** - Desafíos Nro 9, Santiago de Chile/ Bringiotti, M.I (1999). Maltrato Infantil: Factores de riesgo para el maltrato físico - Miño y Davila, Madrid

⁵ UTEMIJ, 2012: 33)

⁶ Martínez Roig (1989) en Maltrato y Abandono en la Infancia. - Martínez Roig, J de Paul I Ochotorena, Edit Barcelona Roca DI, (1993)

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



psicólogos, abogados, jueces, asistentes sociales u otros profesionales investigan la culpabilidad de las víctimas de abuso y maltrato” ⁷ (Entel: 2002, 34)

Varios de estos tipos de malos tratos a los cuales nos hemos referido están incluidos en la ley penal argentina, aunque no de manera integral y/o específica.

Por consiguiente, ya sea porque las definiciones mencionadas ameritan precisar nuevos tipos, así como cambios en muchos de ellos que correspondan a las experiencias actuales de nuestra sociedad, consideramos necesaria una reforma pormenorizada de la ley penal en lo que hace a conductas lesivas respecto de niños niñas y adolescentes.

En síntesis, el 28 de diciembre de 1994 -hace más de veinticinco años- se sancionó la Ley N° 24.410 que básicamente: 1.- modificó y amplificó el delito de abandono de personas agravándolo cuando fuera cometido por los progenitores en perjuicio de sus hijos/as, 2.- derogó la figura del infanticidio y 3.- creó un nuevo tipo penalizando la alteración o supresión de la identidad de las personas.

Como fue desarrollado a lo largo de la exposición de motivos, en ese entonces el/la legislador/a cumplió con la obligación asumida por el Estado Argentino al adherir a la Convención sobre los Derechos del Niño a través de la Ley N° 23.849, especialmente en lo establecido en los artículos 2, 3 y 16 de la misma. No obstante en atención al tiempo transcurrido y las violaciones sistemáticas a los derechos enunciados, han sido desarrolladas distintas intervenciones en respaldo de dicha normativa tales como las conformadas por directrices y opiniones consultivas de la citada Convención, en especial la Observación General (O.G) N° 13 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la producción de dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de maltrato y abuso hacia la infancia, es que consideramos que resulta perentorio adecuar el Código Penal a la doctrina internacional vigente.

Por ello nos proponemos adecuar la totalidad del código en el sentido señalado, teniendo presente el apartado 55 de la citada O.G. N° 13 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU que establece con suma claridad que: *“La intervención judicial puede consistir en: a) Respuestas diferenciadas y mediadas, como entrevistas colectivas con los familiares, mecanismos alternativos de solución de controversias, procedimientos de justicia restaurativa y acuerdos que prevean la entrega del niño al cuidado de un pariente o allegado (estos procedimientos deben respetar los derechos humanos, estar sujetos a una rendición de cuentas y estar a cargo de facilitadores*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



capacitados); b) *Una intervención del tribunal de 7 Entel, R. (2002) " Mujeres en situación de Violencia Familiar " Editorial Espacio.*

niños, niñas y adolescentes o de familia que dé pie a la adopción de una medida específica de protección del niño; c) Procedimientos penales, que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, de jure o de facto, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales; d) Actuaciones disciplinarias o administrativas contra profesionales por negligencia o comportamiento impropio en la tramitación de casos en que hay sospechas de maltrato infantil (actuaciones internas cuando se trate de corporaciones profesionales por incumplimiento de los códigos deontológicos o las normas de atención del niño, o actuaciones externas); e) Órdenes judiciales de indemnización y rehabilitación para niños víctimas de actos de violencia en sus diferentes formas". (Observación General N° 13)

En efecto, la intervención judicial, priorizando la protección integral de la víctima, comprende un haz amplio de respuestas de la Justicia conforme las características, la gravedad, las consecuencias y demás circunstancias de los hechos constitutivos del maltrato infanto juvenil, en todos los ámbitos en donde tenga ocurrencia, cuya responsabilidad penal no empieza ni termina con quienes cometen estos hechos.

En lo que hace a la deuda de la legislatura nacional con la infancia y la adolescencia, la misma debe ser saldada con las modificaciones que proponemos siendo imperiosa la creación de nuevas leyes y la modificación de otras existentes para combatir adecuadamente la magnitud de las violencias hacia NNyA. Tales son los motivos por los cuales se debe poner coto a la impunidad generada por los malos tratos sobre NNyA y por eso proponemos esta reforma que debe comprender:

- a. El agravamiento de penas en la normativa vigente
- b. Enmiendas de figuras penales ya establecidas
- c. La consideración de nuevas figuras penales

Todas y cada una de estas reformas que serán descriptas en los siguientes capítulos podrían ser coextensivas a otros segmentos sociales vulnerables teniendo en cuenta las obligaciones que el Estado Argentino ha adquirido en cuanto a garantizar condiciones de protección y equidad tanto para mujeres, adultos y adultas mayores y personas con discapacidad. Para todas ellas se han dictado leyes que incorporan las respectivas Convenciones internacionales, a las que Argentina ha adherido, debiendo adecuar la normativa a dichos estándares.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Es así como a través de la Ley N° 27.360, promulgada en 2017, se aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual establece en su Preámbulo que *“la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano.”*

Del mismo modo, la Ley N° 26.738, promulgada en el año 2008, aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por medio de la cual los estados partes se comprometen a promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y la no discriminación.

Finalmente, la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales garantiza, en especial en su Art. 3, el derecho a una vida "sin violencia y discriminación" y el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia.

En lo que respecta a la violencia de género consideramos pertinente contemplar el agravamiento de penas en los casos en que las medidas de protección dictadas en función de dicha ley 26.485 así como las distintas leyes provinciales existentes son incumplidas por el obligado, lo que resulta coextensivo en la inmensa mayoría de los casos a los NNyA cuando también son directamente afectados por dicho incumplimiento.

Ahora bien, esta reforma propuesta tiende a establecer la autonomía de NNyA en el Código Penal, así como la defensa de los derechos vulnerados por los malos tratos hacia NNyA, establecidas por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las leyes nacionales que adhieren a su postulados, así como la participación de una sociedad dispuesta a defender una vida de buenos tratos infantoadolescentes. Esto exige la tarea legislativa de incorporar específicamente a NNyA y los malos tratos explicitados hacia los mismos en el orden jurídico penal vigente.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS

LIBRO PRIMERO. DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

La ponderación de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en el texto penal, exige necesariamente un abordaje multidimensional e interdisciplinario⁷ así como lo establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Ley N° 26.061 y el Código Civil y Comercial de nuestro país.

Esto requiere redefinir en el texto penal la consideración de las víctimas NNyA en cuanto a su natural estado de vulnerabilidad, fortalecer las responsabilidades familiares e institucionales sobre las mismas y disponer modificaciones a los distintos delitos, ya sea elevando las penas en algunos casos, diseñando agravantes en otros e incorporando nuevos tipos penales conforme las siguientes propuestas.

TÍTULO II - DE LAS PENAS

ARTÍCULO 5°

Redacción actual

Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Fundamento de la Reforma Propuesta

Estimamos agregar el arresto discontinuo como una herramienta pertinente en el modo de cumplimiento de la condena. Tal medida surge como consecuencia de la comisión de los casos de delitos por malos tratos hacia NNyA tal como lo establecen otras legislaciones como el Art. 37 del Código Español que textualmente reza: *“1. La localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado. No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio*

⁷ En la actualidad se promueven prácticas transdisciplinarias, considerando los diferentes atravesamientos sociales, culturales, científicos, institucionales y subjetivos.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



del penado 2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada. 3. Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468. 4. Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo. El incumplimiento de la pena de localización permanente o arresto domiciliario dará lugar a la comisión del delito de quebrantamiento de condena”.

En efecto, conforme se ha sostenido: “Uno de los objetivos fundamentales del arresto de fin de semana es el de ocupar el espacio entre las proscritas penas cortas de prisión y de multa, pudiendo operar como sustitutivo de las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración. La introducción de esta pena en nuestro sistema conlleva algunas ventajas mayoritariamente aceptadas: contiene el impacto punitivo y admonitorio del internamiento, aunque al ser cada arresto de corta duración, permite que el condenado mantenga sus vínculos sociales, familiares y laborales, desplegando «efecto-shock».

En suma, mantiene el constreñimiento sobre el condenado durante un cierto tiempo pero sin producir los efectos desocializadores de la prisión continuada.”⁸

Si bien nuestra propuesta está inspirada indudablemente en la normativa española, nos proponemos avanzar en un paradigma que aproveche las ventajas descriptas a las que se añaden dos requisitos superadores que entendemos fundamentales para procurar la modificación real y concreta de los/ as condenados/as con esta modalidad. La primera es la realización obligada de abordajes integrales -otrora tratamientos psicoeducativos- previamente determinados, establecidos y diagramados llevados adelante por profesionales y/u operadores/as especializados/as en la problemática. La segunda -que complementa la primera- es la realización de trabajo socio-comunitario conforme las habilidades reales o potenciales de quienes cumplan este tipo de condenas; de igual manera en forma pre-establecidas y programadas que no solo impliquen evitar el ocio, sino que puedan coadyuvar al cambio de conductas y comportamientos futuros, dimensionando al mismo tiempo las consecuencias también sociales del delito cometido.

Claramente esta alternativa pretende orientarse específicamente a los denominados delitos intrafamiliares, y consiste en privar la libertad de las y los agresores por espacios temporales

⁸(<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/arresto-de-fin-de-semana/arresto-de-fin-de-semana.htm>).

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



discontinuos. De hecho, el arresto domiciliario cumple con una doble función, ya que promueve el cumplimiento de la pena frente al delito cometido, y permite al agresor/a permanecer como sostén de la responsabilidad parental. Por consiguiente, propiciar esta medida significa otorgarle prioridad al derecho del niño/a a una protección efectiva, obligación que no cesa con la pena impuesta.

Redacción propuesta

Artículo 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, arresto discontinuo, multa e inhabilitación.

ARTÍCULO 9º

Redacción actual

La pena de prisión perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

Fundamento de la Reforma Propuesta

Consideramos que el arresto discontinuo se cumplirá durante los días de la semana dispuestos en la condena, especialmente los fines de semana, y se hará efectivo en dispositivos especiales durante el tiempo de privación de libertad de los/as condenados/as, como dispositivos psicológicos, tareas sociocomunitarias u otras similares.

De esta manera, la pena no se cumplirá en establecimientos penitenciarios sino que serán los mismos organismos administrativos de protección de las infancias y adolescencias de cada provincia, quienes deberán crear los institutos adecuados para llevar adelante esta pena, conforme las posibilidades presupuestarias locales. No podemos dejar de señalar que el costo será infinitamente menor al que en la actualidad tienen las penas privativas de la libertad tradicionales.

Queda especificado, entonces, que los dispositivos así determinados, tendrán lugar solo en los establecimientos habilitados a tales efectos, que dependerán de la autoridad administrativa competente integrante del Sistema de Protección Integral de NNyA

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



En el caso que la persona condenada incumpliera con lo dispuesto, se le impondrá en forma efectiva la pena de prisión por el tiempo restante.⁹

De hecho, esta medida otorga "una nueva oportunidad" en la restitución adecuada del ejercicio de la capacidad de parentalidad. En consonancia con la modificación del Art. 5, el cumplimiento de la pena en establecimientos que los organismos administrativos dispongan a ese fin, visa a deconstruir y transformar en los adultos agresores/as los múltiples atravesamientos socio culturales y subjetivos que producen la violencia física, mental y sexual.

Redacción propuesta

Artículo 9° bis.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de cuatro años y que el delito sea cometido en perjuicio de un niño, niña o adolescente, será facultad de los tribunales disponer que se aplique la pena de arresto discontinuo de hasta cuatro años.

El arresto discontinuo se cumplirá durante los días de la semana dispuestos en la condena con un máximo de 36 horas semanales y se hará efectivo sólo en los establecimientos habilitados a tales efectos, que dependerán de la autoridad administrativa competente en el Sistema de Protección Integral de NNyA. Durante el cumplimiento de la sanción se realizará un abordaje especializado e interdisciplinario y tareas psico-sociocomunitarias. En el caso que la persona condenada incumpliera con lo dispuesto, se le impondrá en forma efectiva la pena de prisión por el tiempo restante.

En forma complementaria, el Tribunal podrá imponer las reglas de conducta previstas en los artículos 13 y 27 bis de este Código durante el tiempo de la pena.

ARTÍCULO 20° bis

Redacción actual

Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

⁹ Freeland, Alejandro - *La pena de detención o arresto de fin de semana y algunos antecedentes legislativos argentinos - 5 de Marzo de 2004 EL DIAL.COM - SUPLEMENTO PENAL Id SAJ: DACF040057*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



- 1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;
- 2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;
- 3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 "in fine", 130 "párrafos segundo y tercero", 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión.

Fundamento de la Reforma Propuesta

El Art. 20 bis se refiere a la pena de inhabilitación pero utiliza los términos propios del Código Civil, previos a la reforma ("patria potestad").

Es por ello que proponemos una modificación que refleje en los tiempos actuales los límites penales en la crianza de NNyA. La responsabilidad parental, según el nuevo Código Civil y Comercial es "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y los bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"¹⁰. Su base está centrada en la protección integral de los/las hijos/as, y tiene una finalidad tuitiva cuyo fin es la protección y la satisfacción del interés superior del niño. (ISN)

Ahora bien, el mismo Código Civil y Comercial a través de los Arts. 700 y 700 bis establece las condiciones de Privación de la Responsabilidad Parental.

Abona esta modificación propuesta el hecho de que más del 90% de los malos tratos hacia NNyA son intrafamiliares, y extiende dicha responsabilidad a aquellos en el ejercicio de la adopción, tutela, guarda o curatela, todos ellos con la obligación de proteger el interés superior del niño, niña y adolescente. Al mismo tiempo, es necesario que la pena de inhabilitación por abuso de la responsabilidad parental dictada por la justicia penal resulte articulada con la justicia civil conforme a lo previsto en el Código Civil y Comercial en los art. 700 y 700 bis y ese es el sentido de la reforma propuesta.

¹⁰ https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2019/11/21/1-182/#_ftn1

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Es imprescindible en esta cuestión recrear la noción de trauma propuesta por el psicoanálisis¹¹ que califica al mismo en la superposición del daño físico y/o psíquico sobre el cuerpo y la mente del niño o niña, con el hecho de que dicho daño proviene de la figura de quien tiene el deber y la obligación de protegerlo, o sea quien goza del amor y confianza del NNyA. A estas dos condiciones del trauma debemos sumar una cualidad significativa: la impunidad. En efecto, el trauma es más trauma cuando no existe sanción social o penal ya que la ausencia de la ley implica que la víctima se sentirá culpable o avergonzada de su propia victimización.¹²

Redacción propuesta

Artículo 20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º. Abuso en el ejercicio de la responsabilidad parental, adopción, tutela, guarda o curatela, la sentencia será notificada al Ministerio Público Tutelar, al abogado del niño, niña o adolescente designado si lo hubiere y al organismo administrativo de protección de la infancia en un plazo no mayor de 48 horas en los términos de los art. 700 y 700 bis del Código Civil y Comercial.

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 "in fine", 130 "párrafos segundo y tercero", 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión, **no siendo admisible la rehabilitación prevista en el artículo 20 ter, cuando la víctima es un niño, niña o adolescente. Tampoco procederá la rehabilitación prevista en el art. 20 ter cuando el/la autor/a hubiera incurrido en el delito previsto en el art. 80, inc. 14.**

¹¹ Ferenczi, Sandor (1934)-. *Confusión de lenguas entre los adultos y el niño. El lenguaje de la ternura y de la pasión (en Psicoanálisis [Tomo IV]). Aperturas Psicoanalíticas, (62). Recuperado de: <http://aperturas.org/articulo.php?articulo=0001087> 1984)*

¹² Volnovich, Jorge (2018) - *Sobrevivientes de lo peor. Lugar Edit. Buenos Aires.*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



TÍTULO V - IMPUTABILIDAD

ARTÍCULO 41° quater

Redacción actual

Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

Fundamento de la Reforma Propuesta

La modificación propuesta del Art. 41 quater del Código Penal contiene el doble objetivo de cambiar la denominación menores y adecuar la misma a la designación de NNyA según la contemplan legislaciones internacionales, la Ley N° 26.061 y el Código Civil y Comercial de nuestro país, y al mismo tiempo establecer como agravante los delitos cometidos por malos tratos hacia los mismos.

En ese sentido, son dos los principales argumentos que avalan esta modificación:

I - Los malos tratos físicos, psicológicos (abuso emocional) y sexuales hacia NNyA cuya mayor parte se producen en su centro de vida constituyen hechos lesivos que, considerando que se trata de sujetos de derecho en desarrollo, dañan la capacidad afectiva, de aprendizaje y conductual en el presente y potencialmente compromete el futuro de los mismos. Dichos malos tratos, en tanto victimización primaria, ocupan un lugar esencial y a la vez naturalizado por una sociedad que, aún con los avances civilizatorios, todavía resiste a considerarlos delitos justificados en representaciones disciplinarias o morales. *A su vez, el CCyC en el artículo 647 establece la prohibición de malos tratos y del castigo corporal en cualquiera de sus formas. "Los malos tratos y todo hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes, por más moderados que puedan ser, están prohibidos".* Por consiguiente, el agravamiento de la pena propuesta toma en consideración la vulnerabilidad de los NNyA frente al delito, en especial cuando es cometido dentro de su centro de vida.

II- En el mismo campo del delito debe inscribirse la revictimización del niño, niña y adolescentes que sufre malos tratos cuando envuelve generalmente acciones institucionales y/o profesionales que reproducen la victimización de los niños. Recordamos la definición de maltrato institucional: *"Cualquier legislación, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual de los profesionales que comporte abuso, negligencia,*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño/a y/o la infancia".¹³(Martínez Roig: 1989)

Se trata, entonces, de las conductas lesivas hacia NNyA que parten de quienes detentan la responsabilidad institucional e individual de saber sobre el daño producido lo cual justifica el agravamiento de la pena impuesta.

Los dos argumentos desarrollados, nos llevan a considerar el agravamiento de la pena cuando la víctima sea NNyA

Redacción propuesta

Artículo 41 quater.- Cuando alguno de los delitos dolosos previstos en este Código sea cometido con intervención o en perjuicio de un niño, niña y adolescente, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores de edad que hubieren participado, sin que la pena pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificador del delito de que se trate.

La misma escala penal agravada se aplicará cuando en el ámbito familiar, educativo o en algún otro tipo de establecimiento, los niños, las niñas y adolescentes se encuentren expuestos a la comisión de algún delito contra las personas, contra la integridad sexual de las personas, los delitos previstos en los artículos 149 bis y 149 ter del Código Penal o los delitos previstos en el artículo 5 de la Ley N°

23.737.

TÍTULO VII - ARTÍCULO 45.-

Redacción actual

Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

¹³Martínez-Roig, Alex.; De Paul Ochotorena, Joaquín.(1989) *Maltrato y abandono en la infancia.* Martínez Roca, Barcelona

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Redacción propuesta

ARTÍCULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo. Cuando una persona mayor de edad determine a cometer un delito a un niño, niña o adolescente, la escala penal se le incrementará en un tercio del mínimo y del máximo.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



TÍTULO X- EXTINCIÓN DE ACCIONES Y PENAS

ARTÍCULO 67.-

Redacción actual:

ARTÍCULO 67.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

Redacción propuesta:

ARTÍCULO 67.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 90, 90 bis, 108 (bis), 108 (ter), 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

TÍTULO XIII – DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA.

ARTÍCULO 76° BIS

Redacción actual

Art. 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones.

Fundamento de la Reforma Propuesta

El Art. 76 bis prevé la suspensión del juicio a prueba para los delitos que no superen los 3 años de pena, para lo cual considera relevante escuchar la voz de la víctima. Estimamos que la misma condición debe establecerse en el caso de NNyA, contemplado en la Ley N° 26.061 que establece en su Art. 3 inciso b: el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta. En efecto, uno de los ejes centrales del respeto al interés superior del NNyA resulta ser el derecho de "ser oído y su opinión tomada en cuenta".

Es entonces que resulta imprescindible que la palabra de la víctima, cuando se trata de un NNyA, sea representada por el Ministerio Tutelar y/o Abogado del Niño como garantía de que la pena impuesta contará con la representación legal de la voz del NNyA, considerando los elementos técnicos que constaten los daños y las resonancias familiares. Esto resulta particularmente importante ya que, cuando nos encontramos con delitos de malos tratos intrafamiliares hacia NNyA, la propia índole de la victimización impide que los mismos se encuentren en posición de ejercer esa palabra por encontrarse atrapados en el propio círculo de la violencia.

Redacción propuesta

ARTICULO 76 bis.- *El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.*

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

En los casos que las víctimas del delito sean NNyA, se deberá correr traslado previamente al Ministerio Público tutelar y al/la abogada/o del niño/a designado/a. En todos los casos deberá escucharse a aquellos/as NNyA y su opinión será tenida en cuenta considerando las especificidades de su condición madurativa, conforme las disposiciones legales vigentes. En caso de proceder la suspensión de juicio a prueba la palabra del NNyA será tenida en cuenta a fin de que las reglas de conducta previstas en el art. 76 ter respondan a su Interés Superior.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones.



LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS
TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

ARTÍCULO 80°

Redacción Actual

Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Art. 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia.

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por Art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

10º A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas.

11º A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género.

12º Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

Fundamento de la Reforma Propuesta

Consideramos que los homicidios hacia los NNyA deben ser contemplados por la legislación penal y por ello, incluimos figuras específicas dentro del Art. 80. Dado el estándar de protección especial reconocido por el amplio corpus juris de protección de la infancia y la adolescencia creemos que estos homicidios deben ser agravados correspondiendo la pena más grave prevista en nuestro ordenamiento jurídico: privación de la libertad perpetua. De esta manera continuamos el camino emprendido en los últimos años con la previsión de homicidios agravados por ser cometidos con las mujeres mediando una situación de violencia de género.

La solución propuesta es incorporar un inciso que tipifica específicamente el homicidio de una persona adulta a un niño, niña o adolescente, sin importar que exista una relación familiar o de afecto (Art. 80, inc. 13). A renglón siguiente, también prevemos el supuesto que el autor sea una persona mayor de edad en ejercicio de la responsabilidad parental, adopción, tutela, guarda o curatela, a fin de tipificar en forma específica la comisión de un homicidio por parte del adulto responsable (Art. 80, inc. 14).

Al mismo tiempo, hemos ampliado la figura del Art. 80, inc. 1 para comprender como homicidio agravado los hechos cometidos por un referente afectivo o familiar afín. De esta forma se recoge un concepto más moderno de relaciones familiares, en la cual los deberes de protección, respeto y cuidado se extienden más allá de los vínculos más directos.

Redacción propuesta

ARTICULO 80.- Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º - A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia.

2º - Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º - Por precio o promesa remuneratoria.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



4º - Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por el art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

5º - Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º - Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º - Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º - A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º - Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10º - A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11º - A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12º- Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O.

14/12/2012).

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



13° - A un niño, niña o adolescente cuando el hecho sea perpetrado por una persona mayor de edad.

14° - A un niño, niña o adolescente cuando el hecho sea perpetrado por una persona mayor de edad en *ejercicio de la responsabilidad parental, de la adopción, de la tutela, de la guarda o de la curatela.*

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia hacia la mujer, **el niño, la niña y el/la adolescente** víctimas.

En el caso del inciso 14° se aplicará además la inhabilitación perpetua de la responsabilidad parental para ejercerla sobre cualquiera de sus hijos/as o en su caso la inhabilitación perpetua en el ejercicio de adopción, guarda, tutela o curatela legal.

ARTÍCULO 83° **Redacción Actual**

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

Fundamento de la Reforma Propuesta

Los aportes realizados por los estudios interdisciplinarios de las últimas décadas en el campo de la protección de los derechos de NNyA hacen necesaria la redefinición de la noción de instigación y a su vez diferenciarla de la inducción. En efecto, en el campo de la violencia instigar e inducir no son sinónimos. De alguna manera, la instigación presupone la existencia de una asimetría de poder entre un sujeto activo, quien instiga, y otro pasivo, instigado, aun cuando éste quede animado a tomar conductas activas. A su vez la inducción posee una dinámica propia. Existe una inducción sobre el yo del otro, que puede ser consciente o inconsciente y que asimismo puede ser favorable o inadecuada frente a los procesos vitales. Tal es el caso cuando los progenitores inducen al NNyA a vivir, crear o ampliar el yo inmaduro de los mismos, que toma las representaciones ofrecidas y

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



las hace propias por vía de la identificación. También es posible que esa inducción sea negativa y transmita mandatos negativos que el yo hace suyos alienándose¹⁴ (Hegel:1807) a ellos, sin tener consciencia de que dichos mandatos le han sido transmitidos. En todo caso, esta inducción en la vida humana siempre cobra sentido en el lazo del sujeto y el otro.

Al mismo tiempo existe una inducción de orden psicopática, o sea llevada a cabo por los individuos que portan un trastorno de personalidad narcisista de variables psicopáticas¹⁵ (DSM-V) o personas con conductas psicopáticas, que inducen al otro a abdicar de su propio deseo y adherir activamente al ideal que le ha sido inducido. Esta inducción no está exenta de los mecanismos de seducción necesarios para que el sujeto inducido adhiera y se identifique al ideal propuesto por el inductor. La masacre de Guyana, expresa en forma radical y paradigmática la inducción al suicidio a partir de la identificación de los participantes a los ideales del pseudo mesías Jim Jones, aboliendo toda referencia crítica o juicio autónomo del yo individual y grupal. La particularidad de dicha inducción es la creencia en la falsa promesa de una recompensa salvadora que como tal desmiente la muerte siempre que se obedezca fielmente el mandato del líder. De ese modo, el inductor puede ocupar un lugar de aparente pasividad mientras que el inducido actúa una acción que no le pertenece. Esto incluye la posibilidad de, a través de manipulaciones, inducir la culpabilidad en el otro de la cual carece el sujeto psicopático, para que dicho sentimiento sea actuado por la víctima lo que puede llevar al suicidio. En efecto, si la palabra llave en la instigación al suicidio en una persona vulnerable psíquica y emocionalmente sería "*matate!*" como mandato o imperativo categórico¹⁶ (Kant:1785), en el caso de la inducción la frase dedicada al mismo fin sería: "*qué tendrías que hacer considerando que tu vida no sirve para nada!*". El inducido hace suyo este axioma.

Cuando se trata de NNyA la inducción cobra relevancia en la medida que se trata de un yo en proceso de formación, lo que significa en sí mismo un estado de vulnerabilidad frente a la inducción psicopática. En general, dicha inducción psicopática cuenta en su caja de herramientas con los medios para que el inducido no pueda escapar del círculo de su poder. En estos casos extremos, sólo las referencias exogámicas le permitirán al yo discernir otro valor diferente al inducido.

¹⁴Hegel, G.W.F (1807) *Fenomenología del Espíritu* - Fondo de Cultura Económica, México DF (1966)

¹⁵DSM-V -(2013) *Manual de Trastornos Mentales*- CIBERSAM, Arlington

¹⁶Kant, I - (1785) *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* - Alianza Edit. Madrid (2002)

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



De esta manera, instigar e inducir aun siendo mecanismos diferentes pueden ser complementarios así como independientes. En ambos casos, el acto instigado y/o inducido tiene como correlato radical y último el suicidio -ya sea consumado o no - y su agravante cuando se trata de NNyA.

Redacción Propuesta

Artículo 83.- Será reprimido/a con prisión de uno a cuatro años, quien instigare y/o induciere a otro/a al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

Si la víctima fuese niño, niña o adolescente, y mediare una situación de violencia será reprimido/a con prisión de dos a ocho años.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



ARTÍCULO 83° bis Fundamento de la Reforma propuesta

En este nuevo milenio es imprescindible aludir al impacto de la alta tecnología en la subjetividad humana. Las últimas décadas del siglo XX y en especial en el siglo XXI, la robótica, la telemática y la cibernética han transformado la cultura de todas las personas que habitan este planeta y la pandemia COVID 19 que quedará grabada a fuego en la memoria de nuestra civilización así lo demuestra.

En ese contexto, debemos considerar en especial las mentes y cuerpos de los niños/as y adolescentes, hoy denominados nativos digitales ya que nacen y se desarrollan inmersos en las TIC (Tecnología - Informática - Comunicación). Ya la Convención Internacional de Derechos del Niño en 1989 en su art. 17 (en concordancia con los arts. 13, 18 y 29) aseguraba el derecho del niño a los medios de comunicación para su información y educación. Lo que nunca imaginaron sus signatarios era que los niños, niñas y adolescentes no serían sólo usuarios de dichos sistemas, sino también usados por los mismos, en la medida que el cuerpo y mente infanto-juvenil deviene consumida por las TIC y por las instituciones que las instrumenten incluso en el campo educativo.

Es tal la transformación que esta cibercultura hipertextual ha producido en la subjetividad infanto adolescente que las conquistas de la razón crítica textual han arrojado el conocimiento textual al baúl de las causas perdidas¹⁷ (Volnovich J.C: 2013), mientras niños, niñas y adolescentes se han transformado en verdaderos operadores complejos en el tiempo y en el espacio de veloces imágenes creadoras y creativas que los adultos, la mayor parte inmigrantes digitales, apenas pueden comprender en especial cuando se trata de educadores y progenitores. En ese contexto cobra relevancia la comprensión del niño/a y adolescente sujetos de derechos "en desarrollo" teniendo en cuenta su grado de madurez (Ley N° 26.061, Art 3).

Desarrollo y madurez, resultan ser la clave para la comprensión de la infancia y la adolescencia actuales, en la medida que las TIC han producido el pasaje de un universo adultomórfico a otro de carácter adolescentomórfico y los niños y las niñas configuran su estética y su ética como tales,

¹⁷ Volnovich. J.C (2013) - *Nuevas Tecnologías ¿Nuevas Patologías? En el III Simposio Internacional de Patologización de la Infancia. Buenos Aires.*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



para devenir consumidores multitasking (multitarea)¹⁸ (Balardini S: 2002, Linne, J: 2014) jugando en la play mientras mandan mensajitos, hacen los deberes, ojean la tele y comen una hamburguesa con mucho ketchup.

De esa manera quedan establecidos vínculos sociales muchas veces efímeros y líquidos,¹⁹ pero al mismo tiempo transitan un campo de creatividad del cual todavía no conocemos exactamente su extensión ya que se trata de una infancia y una adolescencia en transición. En ese contexto, el desafío individual o colectivo de los jóvenes se ha transformado también en el desafío de los niños y niñas y esa es la clave para comprender el vínculo generado y generador que une las TIC a la producción de subjetividad infanto adolescente.²⁰ (Squire and Jenkins: 2013)

A su vez, no tardaron en aparecer todas las formas de violencia cibernética hacia niños, niñas y adolescentes ejercidas desde las TIC, todas ellas nominadas en forma anglófona tales como el ciberbullying, el ciber-suicide, grooming, sharenting, sextortion, etc, delitos que dañan gravemente la subjetividad de niños, niñas y adolescentes.

En la reforma propuesta como art. 83 bis consideramos que la instigación y/o inducción al suicidio de NNyA a través de medios virtuales ocupa un lugar fundamental. Episodios como el de la *Ballena Azul*, el *Momo Challenge* o el *Blackout Challenge*, indican que los retos y desafíos que proponen tienen como corolario la muerte propia o del otro²² (López:2017) y por ende ocupan un lugar destacado al formularlo como delito.

En todo caso, la figura del instigador y/o inductor cobra especial relevancia, ya que captura la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en función de su madurez mental, que conjuga la fascinación por el "desafío" junto a la caída de la razón crítica que promueve la sociedad actual.

¹⁸ *Cuaderno de Ciencias Sociales, 2002/ Linne, J - Dos generaciones de Nativos Digitales en www.scielo.br 2004*
Barlardini, S- Jóvenes, tecnología, participación y consumo - CLACSO Consejo Latinoamerica

¹⁹ *Bauman, Z - Amor Líquido - Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos- Paidós- Barcelona, 2018*

²⁰ *Squire and Jenkins (2013) - The Power of games in education – Rev. Creative Education Vol 4 N 7A, USA. 22*

Lopez, Javier (2017) ¿Existe responsabilidad penal tras el juego de la ballena azul? Recuperado de www.elpais.com (7/7/2017)

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



En ese sentido, suele responsabilizarse a los NNyA de satanizar a sus progenitores por no haberlos protegido, lo que termina culpabilizando a las víctimas.

En realidad, el "mentor" (así designado el instigador o el inductor) reconoce el alma de los NNyA en nuestra época mejor que cualquier científico o intelectual, y el arma de las redes le brinda la posibilidad sin freno de desplegar todas sus operaciones tóxicas transitando desde el reto más ingenuo hasta el reto suicida.

Es por este motivo que la legislatura nacional debe considerar la introducción del art. 83 bis como primordial. La instigación y/o inducción al suicidio a través de las redes sociales vulnera uno de los principios fundamentales de los derechos de los NNyA: el derecho a la vida.

Redacción Propuesta

ARTÍCULO 83 bis.- Quien, a través de medios de comunicación electrónica o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, difundiere mensajes destinados a inducir a personas indeterminadas a cometer suicidio o actos que pongan en peligro su vida, por la sola instigación, será reprimido con la pena de prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

Si como consecuencia de estos mensajes el suicidio se hubiera tentado o hubiera ocurrido la muerte de la víctima, la pena de prisión será de hasta seis (6) años. Si la víctima fuese niño, niña o adolescente será reprimido/a con prisión de dos (2) a ocho (8) años

ARTÍCULO 83 ter.-

Se impondrá la pena de prisión de dos (2) a siete (7) años e inhabilitación especial perpetua a quien en el establecimiento de salud, educativo, de protección, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de las fuerzas de seguridad incumpliera con los deberes a su cargo, ocasionando la muerte de un NNyA, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Se impondrá la pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años e inhabilitación especial por tres (3) a seis (6) años a la persona a cargo del establecimiento de salud, educativo, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de seguridad, si las circunstancias del caso, permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios.

Se impondrá la pena de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial de tres (3) a 6 (seis) años a la persona que trabaje o colabore en el establecimiento de salud, educativo, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de seguridad, tome conocimiento del hecho y no lo denuncie o no lo comunique a la autoridad competente.

ARTÍCULO 90° Redacción Actual

Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

Fundamento de la Reforma Propuesta

El maltrato psicológico (abuso emocional) resulta ser el más naturalizado de los malos tratos en nuestra sociedad, a pesar de los daños actuales y potenciales que generan y de las secuelas que persisten en el tiempo.

Es en este siglo, con el avance de la conciencia social haciendo eje en los derechos humanos, los derechos de la mujer, los derechos del niño, niña y adolescentes, de las personas con discapacidad y derechos de personas mayores, es que resulta posible visibilizar este tipo de maltrato.

El maltrato psicológico se encuentra disperso en varias legislaciones en USA, Australia, Canadá e Inglaterra, las que denominan en forma diferente este tipo de violencia como abuso emocional, maltrato psicológico, crueldad emocional o violencia mental. Asimismo, diversas legislaciones

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



protectoras de derechos hacen referencia directa o indirectamente a los daños psíquicos y mentales producidos por el maltrato psicológico (la Ley Nacional N° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres y la Ley N° 26.061 de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes). También hay previsiones en normas internacionales como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana sobre la Protección a los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de Belém do Pará.

En nuestro país se encuentra tipificado junto a otros tipos de maltrato en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Art. 53. Maltratar: "*Quien ejerce violencia, maltrata físicamente o psíquicamente a otro mediante humillaciones, vejaciones, malos tratos verbales o físicos o cualquier otra forma de ataque a la dignidad, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con dos (2) a diez (10) días.*(Conforme art. 6 de la Ley N° 6128, BOCBA N° 5531 del 07/01/2019)

A su vez, el Código Penal Argentino alude al maltrato psicológico (abuso emocional) en términos de salud mental en el inc. a) del art. 119 (delitos contra la integridad sexual) o en forma inespecífica aludiendo a la salud en general y se limita a los daños provocados por esta modalidad delictiva.

Ahora bien, es en las últimas décadas del siglo XX y primeras del siglo XXI que resulta posible visibilizar el maltrato psicológico (abuso emocional) y sus efectos, en especial dentro de la familia o en el centro de vida de niños, niñas y adolescentes, que quedan grabados traumáticamente en la subjetividad infanto-adolescente²³.

Aún así, en nuestro país todavía es necesario un intenso trabajo de sensibilización a nivel de las representaciones sociales de la significación del maltrato psicológico ya que los niños, niñas y adolescentes objetos de dicho maltrato, han sido consideradas víctimas secundarias cuando la experiencia indica que constituye un grave trauma primario en la vida psíquica infanto-juvenil. El estudio global realizado por UNICEF en 2017 "*Una situación habitual: violencia en las vidas de los niños y los adolescentes*" señala que 7 de cada 10 niños en la Argentina sufren violencia física y psicológica, siendo que en el 63% de los hogares la agresión es verbal.

Avala esta afirmación una vasta práctica con víctimas de maltrato psicológico (abuso emocional) de la que dan cuenta pediatras, educadores, psicopedagogos/as, psicoanalistas y psicólogos/as que

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



intervienen en el área infanto-juvenil²¹²⁴. Dicho maltrato psicológico puede presentarse en forma independiente, así como asociado a otras formas de malos tratos justificado por la disciplina y otras representaciones arquetípicas de una sociedad patriarcal y sexista.

Destacamos la Observación N° 13 de los Derechos del Niño sobre el art. 19 párrafo 1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, el cual alude a la violencia mental comprendido en la expresión "*perjuicio o abuso (...) mental*", que describe el maltrato psicológico y el abuso mental como agresión verbal y maltrato o descuido emocional, y puede consistir en:

- A. Toda forma de relación perjudicial persistente con el niño, como hacerle creer que no vale nada, que no es amado ni querido;
- B. Asustar al niño, aterrorizarlo y amenazarlo, explotarlo y corromperlo; desdeñarlo y rechazarlo; aislarlo, ignorarlo y discriminarlo;
- C. Desatender sus necesidades afectivas, su salud mental y sus necesidades médicas y educativas;
- D. Insultarlo, injuriarlo, humillarlo, menospreciarlo, ridiculizarlo y herir sus sentimientos;
- E. Exponerlo a la violencia doméstica;
- F. Someterlo a un régimen de incomunicación o aislamiento, o a condiciones de detención humillantes o degradantes;
- G. Someterlo a la intimidación y las novatadas de adultos o de otros niños, en particular por medio de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC) como los teléfonos móviles o Internet (la práctica llamada "acoso cibernético").

Redefining the emotional and psychological abuse and maltreatment of children / Journal of Legal Medicine. 26 311-337 / American Professional Society on the Abuse of Children. Guidelines for Psychological evaluation of suspected psychological maltreatment on children and adolescents / American Professional Society, Chicago, 1997 / Glaser,

²¹ 23 Arruabarrena, Ma. Ignacia -(2011)Maltrato Psicológico a los niños, niñas y adolescentes en la familia. *Psychological Intervention. Vol 20 nro 1, Madrid /Saucedo Garcia, J- Maldonado Duran J.M. (2016) El abuso psicológico al niño en la familia - Rev. Fqac.de Med. (México) vol 59 , Nro 5 - Ciudad de México / Bueno Bueno. A -El Maltrato Psicológico (emocional) como expresión de la Violencia hacia la Infancia. -Universidad Alicante - España - www.core.ac.uk*

²⁴ Gomez deTerrerros Guadiola, M -Maltrato Psicológico- Cuad. Med. Forense , 2006 12 (43-44) 103-116 / Loue S.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Danya -Abuso y negligencia emocional (maltrato psicológico): un marcoconceptual.- Department of Psychological Medicine, Great Ormond Street Hospital for Children, London, 3JH, England.-Journal of Child Abuse & Neglect 26 (202) 697-714

Estas categorías son definidas desde el daño que provocan en NNyA. El daño psicológico es descrito como: "La modificación patológica del aparato psíquico de un niño, niña o adolescente como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración simbólica o verbal produciendo una alteración de la personalidad, que se expresa a través de síntomas tales como inhibiciones, depresiones, bloqueos o actuaciones. (H.H.G y otro /s pretensión indemnizatoria. Juz. Primera Inst. en los Contencioso administrativo de La Plata, 21/9/2017).

Al mismo tiempo también es necesario definir el daño psicológico significativo como: "*El concepto de daño significativo real y potencial es central tanto en la definición de qué es desprotección infantil como en la valoración de su gravedad. Para definir qué es daño (harm) y más específicamente daño significativo (significant harm) que ha sufrido un niño, niña o adolescente es importante considerar los indicadores mencionados*".²² (Baker, 2009)

Por otra parte, el maltrato psicológico es considerado delito en determinadas legislaciones, tales como Brasil en el Estatuto del Niño y el Adolescente Ley N° 8.069 Art. 232, que criminaliza "*someter al niño o adolescente bajo protección de autoridad, guarda o vigilancia a situaciones de vergüenza y humillación*" y Suecia que penaliza con 6 meses a 2 años de prisión el delito de maltrato psicológico en el Código Penal - Código de los Progenitores (capítulo 6 acápite 1) y el Código del Delito (capítulo 3).

²²Baker (2009) - *Adult recall of childhood psychological maltreatment: Definitional strategies and challenges*. Children and Youth Services Review, 31, pp. 703-714.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Definición de Maltrato Psicológico (abuso emocional):

"Todas las acciones por omisión o comisión sostenidas en el tiempo o características de la interacción que dañen la salud psíquica y emocional del niño, niña o adolescente en el curso de su desarrollo mental y afectivo, producidas en su centro de vida ya sea dentro de la familia por progenitores y familiares afines y fuera de la familia por quienes detenten una relación de poder y autoridad sobre la vida de niños, niñas y adolescentes".

Áreas del maltrato psicológico (abuso emocional)

- Intrafamiliar: El daño es producido por una o más personas encargadas de su cuidado dentro del entorno familiar.
- Extrafamiliar: El daño es producido fuera del ámbito familiar por:
 1. Educadores, guardadores, tutores o referentes afectivos.
 2. Acoso entre pares (Bullying)
 3. Cualquier medio de comunicación virtual, como por ejemplo el denominado acoso cibernético, grooming o cyberbullying

Categorías del Maltrato Psicológico (abuso emocional)²⁶

1. Atribuciones negativas y erróneas al niño/a.

Hostilidad verbal persistente en forma de insulto, desprecio, crítica, amenaza de abandono, denigración, segregación, acoso y rechazo hacia un niño/a (incluye el impedimento al juego, al tiempo libre y al ocio).

2. No disponibilidad emocional, falta de respuesta y negligencia:

Incluye la insensibilidad parental y otros referentes. No pueden, o no están disponibles para responder a las necesidades emocionales del niño, niña y/o adolescente ni generan una alternativa adecuada para ello.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



3. Interacciones inconsistentes o inapropiadas con el niño, niña o adolescente desde el punto de vista de su desarrollo.
- Expectativas respecto del niño/a que están más allá de sus propias capacidades evolutivas.
 - Limitar la exploración y el aprendizaje acorde con su desarrollo evolutivo
 - Exponer a hechos e interacciones confusos y/o traumáticos.

4. El fracaso en el reconocimiento o la toma de conciencia de la individualidad del niño/a y las fronteras psicológicas

- Falta de habilidad para distinguir la diferencia entre la realidad del niño/a, las creencias y los deseos de los adultos.

Esta categoría del abuso emocional es frecuentemente hallada en el contexto de disputas por la custodia y el contacto dentro de los procesos de divorcio e incluye inducir o manipular al niño, niña y/o adolescente al rechazo hacia el/la otro/a progenitor/a. También esta categoría está presente cuando se intenta inducir o manipular al niño, niña o adolescente en contra de las instituciones de protección de los derechos vulnerados de la infancia y la adolescencia.²³

- Negligencia psicológica (fracaso en la provisión de las necesidades básicas, de una estimulación cognitiva adecuada y/o las oportunidades para un aprendizaje experimental
- El Desorden Facticio by Proxy (Síndrome de Munchausen) es una variante de estas categorías.- Niños, niñas y/o adolescentes rehenes de delirios psicóticos individuales y/o colectivos (incluye deificación en sectas)

5. La falla en la promoción de la adaptación social del niño/a

- Bloqueo de las iniciativas de las interacciones infantiles (desde evitación hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier adulto.

²³ *Adaptación de la clasificación realizada por Danya Glaser en 1983. Abuso y negligencia emocional (maltrato psicológico): un marco conceptual. - Department of Psychological Medicine, Great Ormond Street Hospital for Children, London.*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



- Promover en el desarrollo del niño/a la desadaptación social (incluyendo la corrupción y la implicación en actividades delictivas).
- Permitir o incentivar en niños, niñas y/o adolescentes el consumo de drogas, alcohol o psicofármacos no recetados por las autoridades competentes.

6. Niños, niñas y adolescentes testigos de violencia

- Exposición a la violencia doméstica extrema y/o crónica (incluye la violación intramatrimonial)
 - Presenciar el consumo crónico de drogas ilegales y/o el estado de ebriedad crónico de los progenitores y/o referente.
- Escucharla violencia sucedida habiendo estado o no de cuerpo presente en la escena de violencia.
- Observación de consecuencias inmediatas a la agresión; los niños, niñas y adolescentes ven moretones, heridas, objetos y mobiliario rotos, ambulancias y policía, reacciones emocionales de gran intensidad en familiares adultos.

Una vasta práctica llevada a cabo desde la salud mental demuestra lo lesiva que resultan dichas experiencias con una menor o mayor gravedad en la vida infanto-adolescente ya que, en su conjunto, la exposición a las formas de violencia descritas genera en NNyA una matriz identificatoria inconsciente hacia la víctima, hacia el victimario o a la escena, comprometiendo la vida infantil, juvenil y adulta del sujeto. Asimismo, tales experiencias contribuyen al desarrollo de conductas e interrelaciones ensayadas cotidianamente como estrategias de supervivencia que sólo pueden comprenderse accediendo al contexto de reproducción de la vida cotidiana en la familia de origen, en cualquiera de sus configuraciones vigentes.

Indicadores del abuso emocional:

- Limitación en el desarrollo de las competencias del NNyA
- Funcionamiento psicológico o desarrollo dañado;
- Daño inmediato o a largo plazo en el funcionamiento comportamental, cognitivo, afectivo, social, psicológico o físico del NNyA;

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



- Daño en la autoestima del NNyA, degradación de sus sentimientos de competencia y pertenencia, e impedimento de un desarrollo sano y vigoroso;
- Daño psicológico y restricción a la superación por parte del NNyA de logros evolutivos importantes;
- Daño o reducción sustancial de las capacidades potenciales del NNyA a nivel cognitivo, intelectual, perceptivo, lingüístico, en su memoria, atención y sentido moral.

En síntesis: la necesidad de otorgarle estatuto de delito en el Código Penal a los malos tratos tiene en el maltrato psicológico (abuso emocional) la expresión más acabada como tipo de maltrato justificado en lo lesivo sobre la vida pasada, presente y futura, así como el irrefutable principio de reproducción del maltrato psicológico como causación de daños a sí mismo y a otros²⁴

Por otra parte, resulta fundamental abordar la cuestión de la negligencia hacia NNyA en la legislación penal argentina que agrupamos bajo la figura de omisión de cuidados. La gravedad de los daños producidos por la omisión de cuidados hacia NNyA puede ser registrada no solo en los efectos actuales, sino también en todo el futuro de una generación. La legislación federal en USA brinda orientación a sus estados miembros al identificar un conjunto mínimo de actos o comportamientos que definen el abuso y la negligencia infantil a través de la Ley Federal de Prevención y Tratamiento del Abuso Infantil (CAPTA) (42 USCA § 5106g), enmendada por la Ley de Reautorización CAPTA de 2010 que define el abuso y la negligencia infantil como:

· *“Cualquier acto reciente o falta de actuación por parte de un padre o tutor que resulte en la muerte, daño físico o emocional grave, abuso o explotación sexual”*

Esta definición de abuso y negligencia infantil se refiere específicamente a los padres o tutores, lo que en la legislación vigente en nuestro país involucra a todos aquellos responsables del centro de vida de los NNyA. En la misma línea de la tradición anglosajona se inscribe la negligencia en la *Ley y política de protección infantil* de Inglaterra que prevé en su *Capítulo II. Protección contra el abuso y la negligencia, inciso A* cuatro tipos de definiciones de negligencia

· a) *Descuido físico, que ocurre cuando no se proporcionan las necesidades básicas de un niño en cuanto a comida, ropa, refugio y supervisión adecuada.*

²⁴Fernández E. M(2016) -Consecuencias del maltrato psicológico y/o emocional en la niñez y la infancia.

<http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos/articulo.asp?id=138> / CIENA 5 años Despues: Contribuciones a las prácticas terapéuticas de niños, niñas y adolescentes objeto de malos tratos y abuso sexual. Ed. Lugar. Argentina.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



- *b) La negligencia educativa surge cuando los padres no se aseguran de que un niño reciba educación.*
- *c) La negligencia emocional ocurre cuando un padre no “satisface las necesidades de crianza y estimulación de un niño, quizás ignorándolo, humillándolo, intimidándolo o aislándolo [y es] a menudo lo más difícil de probar”.*
- *d) La negligencia médica implica no “brindar la atención médica adecuada, incluida la atención dental y el rechazo de la atención o ignorar las recomendaciones médicas”.*

De alguna manera la negligencia que codificamos como omisión de cuidados abarca las dimensiones resaltadas, físicas, mentales, educativas y de salud, a las cuales incluimos la omisión de cuidados protectores específicamente destacadas en la Ley 26061 y en el CCyC de nuestro país.

Tales son los motivos por los cuales la legislatura nacional debe consagrar en la reforma propuesta al Código Penal Argentino el maltrato psicológico (abuso emocional) y la omisión de cuidados como delitos a nivel de sus efectos actuales y la propia incidencia progresiva del mismo, así como señal de que dichas categorías de malos tratos no pueden permanecer impunes en la realidad de nuestra sociedad.

Redacción propuesta

Artículo 90.- Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

En la misma pena incurrirá quien provocare daño psíquico significativo a través de los malos tratos o del hostigamiento por cualquier medio a un niño, niña o adolescente siempre y cuando no incurriere en un delito más grave.

También se aplicará la misma pena a quién a través de la omisión de los debidos cuidados de la salud, físicos, psicológicos, educativos o protectores a un niño, niña o adolescente le ocasionare alguna de las lesiones descriptas en el primer párrafo, un daño psíquico significativo o los/las pusiera en grave riesgo, siempre y cuando no incurriere en un delito más grave.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



El mínimo de la pena será de cuatro (4) años cuando las conductas sean reiteradas o persistentes o la víctima hubiera sufrido actos de violencia previos conocidos por el/la autor/a del nuevo hecho de violencia, cualquiera fuera su género.

ARTÍCULO 90 bis

Fundamento de la reforma propuesta

Por primera vez, esta reforma propone considerar delito la revictimización de NNYA objeto de malos tratos partiendo de la base de lo lesivo que podrían resultar ser ciertos procedimientos destinados a proteger, mitigar y reparar los daños en su subjetividad, cuando reproducen e incrementan sus efectos nocivos originales. Tal como mencionamos en el Documento Base, dicha revictimización engloba de hecho la responsabilidad del Estado, las instituciones y los profesionales. Al respecto, describimos el maltrato institucional sobre NNYA como "*Cualquier legislación, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual de los profesionales que comporte abuso, negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado psicológico y emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño, y/o la infancia*".²⁵ (Martínez Roig: 1989 / Martínez Roig, J de Paul I Ochotorena: 1993)

Al mismo tiempo, es necesario delimitar las responsabilidades individuales de aquellos que detentan el saber y el poder sobre la atención y cuidados de los NNYA que así definimos: "*Un obstáculo observable es la existencia de distintas líneas teóricas y el abordaje de los profesionales intervinientes, que muchas veces resultan iatrogénicas y hasta culpabilizantes hacia las víctimas; el fenómeno de la doble victimización se vuelve evidente cuándo médicos, psicólogos, abogados, jueces, asistentes sociales u otros profesionales investigan la culpabilidad de las víctimas de abuso y maltrato*"²⁶ (Entel: 2002:34) De hecho, todos y cada uno de estos actos institucionales públicos o privados poseen una profunda raíz ética, aunque deben ser considerados en la práctica ya que tienen como principal justificación los procedimientos para la atención del NNYA objeto de malos tratos en el campo de la asistencia social, la justicia, la educación y la salud. De esa manera quedan legitimadas innumerables entrevistas a NNYA maltratados donde repiten la experiencia traumática vivida, muchas veces no se los escucha en especial cuando se trata de revinculaciones,

²⁵ Martínez Roig, 1989, en *Maltrato y Abandono en la Infancia*.- Martínez Roig, J de Paul I Ochotorena, Edit Barcelona Roca DI, 1993

²⁶Entel, R. (2002) – *Mujeres en situación de Violencia Familiar* – Editorial Espacio.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



se los expone a entrevistas juntos con los agresores u ofensores, se dictan una y otra vez infinidad de Cámaras Gesell o pericias para ratificar las denuncias, deben padecer malos tratos en las mismas instituciones que los albergan para protegerlos, o simplemente les ratifican una y mil veces que no les creen. Todo en nombre de los procedimientos regimentales algunos y de ruptura de los deberes de funcionarios en otros, en especial cuando son profesionales.

Por consiguiente, es deber del Congreso Nacional abogar en esta reforma no sólo por los derechos ante la vulneración de derechos de NNyA objeto de malos tratos, sino también por considerar delitos los actos que contribuyen a revictimizarlos psicológica y emocionalmente y cuyas consecuencias son la retractación, el silencio, o la renuncia de las víctimas a continuar el proceso lo que, de alguna manera, vuelve invisible el dolor de las víctimas y deja impunes a los agresores u ofensores.

Redacción Propuesta

Artículo 90 bis

Se impondrá la pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial de dos (2) a diez (10) años a quien en el establecimiento de salud, educativo, de protección, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de las fuerzas de seguridad incumpliera con los deberes a su cargo, de modo que de ello ocasionaren lesiones prevista en los artículos 90 y 91 a un niño, niña y adolescente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

Se impondrá la pena de tres (3) meses a un (1) año de prisión e inhabilitación especial de seis (6) meses a tres (3) años a la persona a cargo del establecimiento de salud, educativo, de protección, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de seguridad, si las circunstancias del caso, permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios.

La pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años e inhabilitación de especial de uno (1) a cinco (5) años se impondrá a la persona que trabaje o colabore en el establecimiento de salud, educación, de protección, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de seguridad, tome conocimiento del hecho no lo denunciare o no lo comunicare a la autoridad competente.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



ARTÍCULO 93 bis Fundamentos de la Reforma Propuesta

En la fundamentación realizada del Art 83 bis de esta misma reforma, hacemos referencia a los sistemas de captura que las TIC realizan sobre las mentes y cuerpos de los/as NNYA llegando a su extremo más radical, tal como el denominado cibersuicidio. De la misma forma el acoso mediático, denominado también ciberbullying, da cuenta de los efectos lesivos en la mente y los corazones de NNYA provocando conductas profundamente perturbadas y perturbadoras. Por otra parte, el Código Penal Argentino ha incorporado como delito en su art. 131, la figura del grooming, (acoso cibernético) con fines sexuales.

En esta oportunidad, resulta necesario encuadrar el conjunto de actos a través de las redes informáticas que instigan y/o inducen a NNYA a dañarse a sí mismos, a los otros humanos o a animales. En realidad, dichas conductas son el resultado de la inducción psíquica que opera sobre la subjetividad infantoadolescente sujeta a *"los efectos que dejan en la persona agredida son diversos, entre ellos: bajo rendimiento escolar, disminución de la autoestima, inseguridad, cambios en el humor y trastornos en los estados de ánimo, entre otros. Es claro que, si no se interviene anticipada y adecuadamente, puede llegar a derivar en conductas depresivas, autodestructivas y hasta en el suicidio de la víctima."*²⁷ (Goffredo: 2017)

Las conductas auto y heteroagresivas a las que aludimos incluyen la instigación y/o inducción a cortarse su propio cuerpo o dañarlo severamente, así como lesionar a otros, incluso animales que suelen ser mascotas familiares. La inducción que producen las redes, en especial entre niños y niñas entre 9 y 14 años, suele dejar en segundo plano la psicopatología infanto-juvenil que categoriza este tipo de niños, niñas o preadolescentes como portadores de trastornos límites de la personalidad según lo establece el DSM-V²⁸ (Lerche Davis, J: 2020)

En efecto, instigar y/o inducir en las redes supera y atraviesa ampliamente la subjetividad infantoadolescente que no puede ser reducida apenas a la psicopatología, de manera que todo NNYA está sujeto a la instigación mediática y al daño psíquico significativo que promueve.

²⁷Goffredo F. - SAIJ - (2017)

²⁸Jeanie Lerche Davis. *Self Cutting Syndrome and Self Harm*, en www.webmd.com, 2020

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Es por este motivo que resulta necesario incluir como delito el daño psíquico significativo producido a través de los medios electrónicos de comunicación de instigación o inducción a NNyA a autolesionarse o lesionar gravemente, penalizando a los instigadores y/o inductores de una práctica protegida por el anonimato y la impunidad.

Redacción Propuesta

Artículo 93 bis.- Quien, a través de medios de comunicación electrónica o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, difundiere mensajes destinados a inducir a personas indeterminadas a provocar y provocarse intencionalmente lesiones previstas en los artículos 90 y 91, por la sola instigación, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

Si como consecuencia de estos mensajes se consuman o se intentan provocar las lesiones previstas en dichos artículos, la pena de prisión será de hasta tres (3) años. Si la víctima fuese niño, niña o adolescente será reprimido/a con prisión de uno (1) a seis (6) años de prisión.-

Fundamentos de las Reformas Propuestas (Delitos contra la identidad y delitos contra la integridad sexual)

El conjunto de las reformas propuestas a través del capítulo de los Delitos contra la Identidad "arts. 108, 108 bis, 108 ter, 108 quater", así como de los Delitos contra la Integridad Sexual "arts. 119, 120, 125, 126 bis, 128, 129, 131, 133 y 145 bis", tiene como objetivo asegurar el Interés Superior del Niño así como lo establece la ley 26.061 y el Código Civil y Comercial de nuestro país. Esto significa, en primera instancia, garantizar al NNyA como sujeto de derechos, pero al mismo tiempo admitir que la representación social de los NNyA en los tiempos actuales ha sufrido modificaciones sustanciales.

Nada mejor para demostrarlo que el conjunto de reformas propuestas para los artículos mencionados. Se trata de constatar que, en la sociedad de consumo actual, los NNyA han pasado activamente a ser consumidores pero al mismo tiempo consumidos en esta denominada sociedad postmoderna (Guattari, Rolnik: 2005)²⁹

²⁹Guattari, Rolnik (2005) - Micropolítica - Cartografías del Deseo. Edit. Vozes, Petrópolis, Brasil

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



De hecho, el cuerpo de los NNyA es el principal objeto consumido aún más que en siglos anteriores, como puede ser constatado en el aumento alarmante de los abusos sexuales, la prostitución infantoadolescente, o el tráfico de niños/as. Ha quedado atrás la discusión sobre si actualmente existen más denuncias porque se visibiliza más el delito o porque han aumentado los casos. Las dos cosas son ciertas: los delitos contra la identidad y los delitos contra la integridad sexual se han desnaturalizado y visibilizado más en virtud de los avances en la conciencia social, y al mismo tiempo la tecnología aplicada a los medios de comunicación y las transacciones han multiplicado exponencialmente los mismos.

En segunda instancia, todos los delitos cuyas reformas proponemos hablan de la extensión de la responsabilidad de la familia al centro de vida de NNyA y fundamentalmente de la responsabilidad del Estado en garantizar sus derechos. En efecto, dicha responsabilidad en la protección de derechos abarca una extensa lista determinada por las nuevas configuraciones familiares, así como implica en escala la responsabilización de todos los funcionarios del Estado cuya función primaria, ya sea en el campo de la salud, la educación, la asistencia social o la justicia, es proteger dichos derechos. De alguna manera esto nos obliga a establecer que, el NNyA a proteger es hoy un sujeto de derechos producido por la industria cultural (Lewkowicz, Corea: 1999)³⁰ y redefinir los delitos presentes en la vulneración de derechos de NNyA.

Los delitos contra la identidad propuestos en los arts. 108 bis, 108 ter y 108 quater surgen de exigencias expresas del "Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía" y de la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242).

De alguna manera, responde a la inquietud que genera un sistema neocolonial (Hobsbawn: 2007)³⁴ de los cuerpos infantiles y adolescentes a partir del dominio biopolítico ejercido por los avances de los denominados sistemas de mercado.

³⁰Lewkowicz, Corea (1999) ¿Se acabó la infancia? Edit. Lumen-Humanitas, 1999, Argentina 34

Hobsbawn (2007) Historia del siglo XX, Barcelona, Crítica

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Los delitos contra la identidad sexual presentes en los arts. 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129, 131, exponen el carácter de mercancía de dichos cuerpos producidos para el goce, mientras que el art. 145 bis, sanciona las transgresiones en un universo que ha ampliado las fronteras de lo familiar a un mundo sin fronteras reales y simbólicas generado por los medios de comunicación.

Finalmente, se trata de que la legislatura sancione a través del Código Penal la responsabilidad del Estado frente a la protección del interés superior del niño preservando su carácter de sujeto y no de objeto como se encuentra implícito en los delitos mencionados, así como lo establece la Convención Internacional de Derechos del Niño y la legislación nacional.



CAPÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA IDENTIDAD

Redacción propuesta

Art. 108 (bis): "El que entregare o recibiere a un niño, niña o adolescente en una transacción que tenga por objeto su transferencia a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución o prestación será reprimido con prisión de 5 a 15 años".

La misma pena le corresponderá a toda persona que facilitare o intermediare en esta transacción o que recibiere al NNyA objeto de la transacción.

Art. 108 (ter): "Será reprimido con prisión de 5 a 15 años el que ofreciere o promoviere la transferencia de un niño, niña o adolescente a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución o prestación".

Art. 108 (quater): "Los funcionarios públicos o los profesionales que colaboren o intermedien en una transferencia de un niño, niña o adolescente a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución, prestación o transacción de un niño, niña o adolescente sufrirán además inhabilitación especial perpetua".

Art. 108 (quinquies): "Quien utiliza la imagen y/o datos filiatorios de un niño, niña o adolescente para suplantar su identidad o crear una identidad falsa con la imagen y/o datos filiatorios de dicha víctima mediante la utilización de cualquier tipo de comunicación electrónica, transmisión de datos, página web y/o cualquier otro medio, siempre que el hecho no constituya otro delito más grave será sancionado con una pena de (6) seis meses a (2) dos años de prisión.

Las sanciones se elevan al doble cuando sea cometida por ascendientes, descendientes, afín, colateral sin límite de grado, hermano o hermana unilateral o bilateral, parientes por afinidad, pareja, tutor o tutora, curador o curadora, integrante del sistema de apoyo, ministro o ministra

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



de culto reconocido o no, encargado de la guarda, de la protección, de la educación o de la salud, referente afectivo, autoridad deportiva, social o recreativa.



NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



TÍTULO III - DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

ARTÍCULO 119°

Redacción Actual

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).

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Fundamentos de la Reforma propuesta

Los avances en la conciencia de la sociedad contemporánea han permitido desnaturalizar el abuso sexual hacia niños, niñas y adolescentes derrumbando los cimientos del Muro de Silencio que lo invisibilizaba. De alguna manera, las comunicaciones y las denuncias constituyeron la punta de un iceberg gigantesco que pasó de ser definido en su origen como una problemática de salud, para ser categorizado actualmente como la expresión paradigmática de la ominosa producción de una cultura hegemonizada por el patriarcado androcéntrico. Pero la marca registrada de la ciencia en la génesis del movimiento social tendiente a hacer visible y punible el abuso sexual en la infancia y la adolescencia (en adelante ASI) aún conserva vigencia si examinamos los postulados de Summit³¹. En efecto, las fases descriptas por este autor, verdadero pionero de dicho movimiento, distinguen muy bien la diferencia entre el ASI y la violación aún cuando ambos son considerados dentro de la misma figura penal. Sin embargo, Summit define el Abuso sexual hacia NNyA a partir de la cronicidad temporal y lo referencia a fases:

1. FASE DE OCULTAMIENTO O SECRETO.

Teniendo en cuenta que más del 90% de los abusos sexuales hacia NNyA son intrafamiliares y que hoy pueden ser ampliados al centro de vida infanto juvenil, la víctima calla porque no entiende lo que le sucede y además está sujeta al dominio de quien debe protegerla y amarla.

2. FASE DE DESAMPARO

En ese contexto, la soledad y el desamparo de los NNyA se impone porque lleva implícito el hecho que para éstos todos los otros consideran natural lo que les sucede.

3. FASE DE ACORRALAMIENTO Y ACOMODACIÓN

Verdadera encerrona trágica del NNyA que bajo la seducción o el hechizo³⁶ (Perrone: 2910) se “acomoda” a un cierto beneficio secundario que le brinda el familiar ofensor.

³¹Summit, D. - (1983) *Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil*- Child Abuse & Neglect, Vol 7, Issue 2 . Elsevier, Amsterdam

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



4. FASE DE DENUNCIA TARDÍA, CONFLICTIVA E INCONVINCENTE

La revelación del ASI por parte de un niño, niña o adolescente es generalmente tardía, varios meses o años después y a partir de circunstancias que le permiten relatar de la manera que puede lo que le sucede, lo que abordaremos en este mismo escrito.

5. FASE DE RETRACTACIÓN

Finalmente el sentimiento de culpa y la vergüenza hacen que las víctimas NNYA que sufren el abuso sexual con frecuencia se retracten, en especial los y las adolescentes que pasan de víctimas a ser consideradas destructoras de la familia o de haber puesto preso a un familiar querido.

Todas estas fases, aún con nuevas modificaciones, han sido aceptadas por estudios posteriores de Sgroi, Lopez Sánchez, Finkelhor, Glaser y otros³⁷ y constituyen el cuerpo normativo considerado científico de una problemática subjetiva que transita en el ámbito de la privacidad pero resulta de orden público como delito penal.

36 Perrone, R - (2010)Violencia y Abusos Sexuales en la Familia- Paidós, Buenos Aires

37 Sgroi, S Portes,F Blick, L (1982) Handbook of Clinical Intervention in Child Sexual Abuse,- Lexington, USA/ Finkelhor ,D. (2005) Abuso Sexual al Menor - Edit. Pax México, México / Lopez Sanchez, F (2014) Abusos Sexuales a Menores y otras formas de maltrato sexual - Edit Síntesis, España / Galser, D y Frosh,S (1997). Abuso Sexual de Niños- Edit. Paidós, Buenos Aires

Todos los conocimientos y saberes desarrollados en medio siglo constituyen la base para considerar el abuso sexual hacia NNYA a partir de su definición:

- *Cuando un niño o niña es involucrado en actividades sexuales, con o sin contacto físico, que transgreden las leyes o las restricciones sociales, actividades que el niño no llega a comprender por estar evolutivamente inmaduro y que son ejercidas por quien mantiene con éste un vínculo asimétrico de poder, conocimientos y posibilidades de satisfacción.*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



- *Incluye tocamientos, exhibicionismo, voyeurismo, estimulación de genitales, sexo oral y masturbación del adulto y/o del niño, penetración digital anal y genital, violación, participación en material pornográfico, prostitución, etc.*³²

Una de cada 4 mujeres es victimizada antes de llegar a los 18 años (entre el 65% y el 70% de los/as NNyA abusados son mujeres). Las cifras en el caso de los varones muestran 1 cada 4 ó 6 casos de abuso sexual. En la actualidad, el decidido desarrollo de los movimientos de protección a los derechos de género, han producido un verdadero avance en el campo de las comunicaciones de abuso sexual hacia niños varones, los que se encontraban invisibilizados y naturalizados por su condición de "machitos" que debían soportar dichos abusos por ser varones. Es por ello que, en las últimas décadas las estadísticas están en revisión constante en la medida que se han producido crecientes denuncias de abuso sexual a niños y adolescentes varones, lo que implica la homosexualidad por imposición y no por elección.³³ (Volnovich: 2018)

En la definición precedente existen tres condiciones inherentes al abuso sexual hacia NNyA que han sufrido cambios importantes. El primer cambio alude al carácter del abuso con o sin contacto físico, en la medida en que el desarrollo de los medios de comunicación modernos expone a los NNyA a ver y exhibir mucho más que a tocar o ser tocados. En efecto, en una sociedad donde la imagen y el espectáculo alcanzan dimensiones hiperbólicas, también el ASI queda atravesado por estas circunstancias que amplían el carácter de la denominada pornografía, en especial en la familia o en el el centro de vida infanto juvenil, lo que incluye las TIC. En segundo lugar, la cuestión del consentimiento presente en varias definiciones actuales, incluso en el Art.119 de nuestro Código Penal. Dicho consentimiento constituye una figura sexista que parte del supuesto de la existencia de un sujeto activo que propone -el ofensor- y un sujeto pasivo que acepta o consiente -la víctima- generalmente mujer.³⁴(Fraisse. G:2011)

Frente a ello, consideramos que niños, niñas y adolescentes no se encuentran en condiciones madurativas para dar su consentimiento cuando son menores de dieciséis (16) años y aún luego de

³² CIENA 5 años después: Contribuciones a las prácticas terapéuticas de niños, niñas y adolescentes objeto de malos tratos y abuso sexual. Ed. Lugar. Argentina, 2016

³³ Volnovich, J. (2019) Sobrevivientes de lo peor - Lugar Edit. Buenos Aires

³⁴ Fraisse. G - Del consentimiento - Edit. Palinodia, Santiago de Chile

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



los dieciséis años hasta los dieciocho (18) años; los diferentes tipos de relación sexual genital deben establecerse por mutuo acuerdo entre los/las implicados/as, siempre y cuando no se constate el abuso de poder por parte del ofensor.

En efecto, todo alude a la tercera cuestión central en el abuso sexual en lo que refiere a la asimetría de poder existente entre el/la ofensor/a y niños, niñas o adolescentes víctimas. Tal vez, la definición de dicha asimetría de poder es el mayor de los desafíos en tiempos actuales por las frecuentes denuncias de ASI de adolescentes, preadolescentes, hasta niños y niñas con conductas abusivas sexuales muchas veces minimizadas como juegos sexuales normales.

Estas dos últimas cuestiones resultan claves en la definición del abuso de poder sobre la cual se asienta el ASI y deben tener siempre en cuenta el derecho a la Sexualidad en especial entre adolescentes en su desarrollo, cuando existe un mutuo acuerdo libre entre los mismos para el ejercicio de dicha sexualidad. Esto queda explicitado en el Convenio de Lanzarote³⁵ que no pretende tipificar como delito las actividades sexuales consentidas entre adolescentes que están descubriendo su sexualidad, incluso si uno o ambos están por debajo de la edad legal para mantener actividades sexuales. Su objetivo no es regular las relaciones sexuales consentidas entre menores de edad en el contexto de su desarrollo sexual. Con dicho parecer concuerda la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Guzman Albarracin vs Ecuador sentencia 24/6/2020 manifestando: "*Respecto al aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad o poder, la Corte comparte lo expresado por el Comité de Lanzarote, que manifestó la necesidad de protección de las/los niñas y niños, incluso cuando alcanzan la edad legal para mantener relaciones sexuales y la persona involucrada no usa la coerción, la fuerza o la amenaza o cuando personas abusan de una relación de confianza o autoridad*".

Realizadas estas aclaraciones abordamos los denominados indicadores de abuso sexual en la infancia. Tales indicadores refieren a las sospechas fundadas, efectos de un acto que transita en la intimidad de las familias tanto pobres como ricas y del cual generalmente no existe ningún registro flagrante.³⁶(Intebi: 2001)

INDICADORES ESPECÍFICOS

³⁵ Convenio del Consejo de Europa para la explotación y el abuso sexual infantil - Convenio de Lanzarote- Asamblea parlamentaria del consejo de Europa – enero 2011

³⁶ Intebi, I. **Abuso sexual en las mejores familias** - Edit. Granica - Buenos Aires

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Físicos:

Lesiones en zona genital y/o anal;

Sangrado por vagina y/o ano;

Infecciones genitales o de transmisión sexual (sífilis, blenorragia, SIDA, no preexistente al momento del nacimiento, condilomas acuminados; flujo vaginal infeccioso con presencia de gérmenes no habituales en la flora normal de los niños); embarazos.

Cualquiera de los indicadores anteriores junto con hematomas y escoriaciones en el resto del cuerpo, como consecuencia de maltrato físico asociado.

Psicológicos:

1. Relato del niño

INDICADORES INESPECÍFICOS

Preescolares:

Conductas hipersexualizadas y/o autoeróticas (no esperables para la edad); trastornos del sueño (pesadillas, terrores nocturnos, etc.); conductas regresivas; enuresis, encopresis; retraimiento social; temores inexplicables frente a determinadas personas o situaciones; fenómenos disociativos.

Latentes:

Cambios bruscos en el rendimiento escolar; problemas con figuras de autoridad; mentiras; fugas del hogar; delincuencia; coerción sexual hacia otros niños; excesiva sumisión frente al adulto; fobias; quejas somáticas (cefaleas, dolores abdominales, etc.); sobreadaptación, pseudomadurez.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Adolescentes:

Promiscuidad sexual, prostitución; coerción sexual hacia otros/as niños/as; drogadicción; delincuencia; conductas autoagresivas; intentos de suicidio; excesiva inhibición sexual; trastornos disociativos; anorexia, bulimia.

Adultos:

Trastornos psiquiátricos graves; disfunciones sexuales; trastornos de la alimentación.

Generalmente es el conjunto de indicadores específicos e inespecíficos que validan el ASI, ya que los indicadores físicos per se solo aparecen en un pequeño porcentaje de casos. Sin embargo, dentro de los mismos, el relato del NNyA tiene un carácter fundamental.

Dicho relato queda formalizado bajo un registro lógico formal que nos confronta con la verdad, lo verídico, la veracidad o la verosimilitud del mismo.³⁷ (Volnovich: 2018)

La Verdad

Considerar el texto de lo que dice, revela o testimonia el niño, la niña o el adolescente que ha vivido el impacto traumático del ASI nos lleva a concluir que la verdad es "muda". Para ello recreamos el texto de Primo Levi(10), escritor italiano sefaradí sobreviviente de los campos de concentración que dice:

*“Nosotros los sobrevivientes somos una minoría anómala además de pequeña. Somos aquellos que por prevaricación o por sus habilidades no tocamos el fondo del pozo. Quien ya vio la Gorgona (río de la muerte) no volvió para contarlo o volvió mudo. Ellos son los "musulmanes", los verdaderos testigos cuya declaración podría tener un significado general.”*⁴⁴ (Primo Levi:1948)

³⁷Volnovich, J. (2018) *Sobrevivientes de lo peor* - Lugar Edit. Buenos Aires 44

Levi, Primo (1948) *Si esto es un hombre* - Edit. Austral, Argentina (2018)

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Los musulmanes eran seres humanos que quedaban cual despojos en los campos de concentración, se ponían en posición orante, e incluso eran despreciados por las otras víctimas. Pensando en las circunstancias atravesadas por dicho "musulmanes", decimos que la verdad es "muda" en los niños y niñas que han vivido ASI.

Lo Verídico

Lo verídico tiene como fuente el poder que interpreta los hechos como tales. Tengamos en cuenta una nueva referencia, esta vez atribuida a un capitán de la SS que trabajó en los campos de concentración:

"Sea cual fuere el fin de esta guerra, la guerra contra ustedes nosotros la ganamos; nadie restará para dar testimonio y aun cuando alguien escape el mundo no les creerá. Tal vez haya sospechas, discusiones, investigaciones, historiadores, pero nunca habrá certezas porque destruimos las pruebas junto con Uds. Y aun cuando queden algunas pruebas y sobreviva alguien, las personas dirán que los hechos contados son tan monstruosos que no merecen confianza () nosotros somos los que dictaremos la historia de los Lager".³⁸

Por ende, los hechos "verídicos" son tales por el poder de quien los formula. Por eso los procesos por delitos de lesa humanidad son tan importantes en la Argentina y marcan una diferencia sustancial con los "juicios de la verdad" establecidos en otros países frente a los crímenes de lesa humanidad. Además está decir que el testimonio de un niño no expresa por sí mismo el poder de quien lo formula.

La Veracidad

La veracidad comporta la mayor aproximación posible a la verdad. Pero al mismo tiempo, esta aproximación se realiza desde los saberes y semas disponibles por el niño, los que no excluyen las teorías sexuales infantiles. Por consiguiente, cuando un niño de dos años sostiene que los niños son concebidos por la boca y expulsados por el ano él está siendo veraz. Esto significa que el niño tiene capacidad de construir "teorías sexuales" y darles valor axiomático en lo que Freud

³⁸ Ibidem

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



denominó la versión fidedigna. Desde el psicoanálisis afirmamos que una "teoría sexual" es veraz, y resulta el correlato de la capacidad del niño de hacer teorías dentro de una semiótica particular. Desde este punto de vista, puede ser tan veraz en un niño lo real del hecho acaecido como la fantasía real que teje sobre su estar en el mundo.

La Verosimilitud

La verosimilitud resulta de la apariencia de la verdad y es lo que podemos constatar cuando nos referimos a niños, niñas y adolescentes que han padecido abuso sexual. Su relato es verosímil por el tipo de palabras, el texto, su enunciación y los afectos que provoca. Una niña de tres años decía *"me tocó la cola de adelante y la cola de atrás"*, animada por su saber sobre la analidad dominando todos los aspectos de su vida. Un niño de 4 años que no veía a su padre supuestamente abusador desde hacía un año, comenta a su entrevistador: *"el me hizo cosas feas ayer"*. El tiempo tiene otro carácter en el niño y solo haber pensado o soñado "ayer" ya le otorga carácter fáctico. Existen infinidad de semas infantiles que le exigen al investigador o al entrevistador despojarse, en especial en sede penal, de todos los preconceptos adultomórficos que hacen a una prueba y constituyen un desafío a la comprensión de otro universo para el cual generalmente pocos expertos están preparados.

Más aún, uno de los principales descubrimientos del psicoanálisis ha sido poner en la praxis el término transferencia. En efecto, el psicoanálisis no descubrió la transferencia, pero ha sido la teoría que mejor la estudió. Logró explicitar que los pacientes, los alumnos, los clientes, hasta las masas, depositan en el otro un saber y un poder que supera inclusive la realidad del otro, pero que, al mismo tiempo, como herramienta adecuadamente utilizada puede transformar la vida de las personas.

Entonces, es necesario resaltar que todo texto es emitido bajo una transferencia, que otras teorías psicológicas denominan empatía. Bajo esa misma transferencia el niño o niña pueden revelar la situación abusiva a un educador o a una amiga y jamás a nadie de su familia, o podrá hacerlo a un terapeuta y callar frente a un entrevistador en Cámara Gesell.

Es necesario entender que no se trata solo de un texto, sino también de un contexto que es arquitectónico y subjetivo. Tal vez, este sea el motivo por el cual insistimos en que, cuando las

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



substantializaciones o validaciones de abuso sexual en la infancia no han sido posibles de ser realizadas porque los niños callan, lo mejor es que la clínica permita bajo transferencia corroborar si ha existido el trauma psicosexual o no.

Con esto proponemos que, cuando la psicología forense se ve en la encrucijada por la cual no puede afirmar o descartar la ocurrencia de un abuso sexual en la infancia, es la clínica psicoterapéutica bajo transferencia la mejor manera de acercarse a la verosimilitud de lo traumático en el niño, porque es en ella que cobra relevancia toda la semiótica de la infancia hecha de palabras, juegos, dibujos o modelaje que componen el texto de un testimonio.

Todas las consideraciones vertidas sobre el abuso sexual hacia NNyA constituyen los saberes que tienen un punto de partida desde el punto civil y penal: el nivel de daño psíquico o físico producido se verifica en el trauma registrado en el/la niño/a víctima, *nunca en el agresor, generalmente atrincherado en justificativos y desmentidos que naturalizan el acto.*

Respecto de dicho trauma psicosexual, digamos que es considerado como el más grave que padece un NNyA como lo refiere Anna Freud⁴⁶ porque no solo implica la intrusión sexual en una sexualidad inmadura, sino porque la misma es llevada a cabo por un figura de protección y cuidado⁴⁷ (Ferenczi).

46 Freud, Anna (1936) - *El Yo y los Mecanismos de Defensa* - Paidós, Argentina (1992)

47 Ferenczi, Sandor (1934)-. *Confusión de lenguas entre los adultos y el niño. El lenguaje de la ternura y de la pasión (en Psicoanálisis [Tomo IV])*. Aperturas Psicoanalíticas, (62). Recuperado de: <http://aperturas.org/articulo>.

Al mismo tiempo, nuestra época nos permite poner de relieve la repetición traumática del ASI padecido, que se produce por la revictimización generalmente de carácter institucional.

Consideramos la necesidad de reformular nociones significativas en el art.119 y en sus incisos a partir de los conocimientos y saberes científicos que han conseguido consenso en la comunidad nacional e internacional en especial en los últimos años y que el legislador considere los límites y alcances de un delito grave que, por su carácter eminentemente subjetivo, anida en las mentes y corazones de las víctimas como estigma indeleble toda su vida.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Redacción Propuesta

Artículo 119.- Será reprimido con reclusión o prisión de tres (3) años a diez (10) años quien abusare sexualmente, con o sin contacto físico, de un niño, niña o adolescente menor de dieciséis (16) años.

Sera reprimido con la misma pena, quien abusare sexualmente con o sin contacto físico de un/a adolescente entre los dieciséis (16) y dieciocho (18) años cuando mediare seducción, manipulación, violencia, amenaza, abuso coactivo y/o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder o por cualquier otra causa no existiere mutuo acuerdo libremente otorgado para la acción.

La pena será de ocho (8) a veinte (20) 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 diez (10) a veintidós (22) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer y segundo 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 hasta veinticuatro (24) años de prisión si:

- a) Cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización resultare en un daño grave en la salud física y/o mental de la víctima.
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, afín, colateral sin límite de grado, hermano o

[php?artículo=0001087\(1984\)](#)

hermana unilateral o bilateral, parientes por afinidad, pareja, tutor o tutora, adoptantes, curador o curadora, integrante del sistema de apoyo, ministro o ministra de culto reconocido o no, encargado de la guarda, de la protección, de la educación o de la salud, referente afectivo, autoridad deportiva, social o recreativa.

- c) El hecho fuere cometido aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



- d) El hecho fuere cometido por personal de las fuerzas armadas o de seguridad en ocasión de sus funciones de educación o específicas de su tarea.
- e) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiere existido peligro de contagio.
- f) El hecho fuere cometido por dos o más personas o con armas aún de utilería.
- g) El hecho fuere cometido por odio racial, religioso, de género o la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

En el supuesto del primer y segundo párrafo, la pena será de cinco (5) a doce (12) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), c), d) e), f), g).

ARTÍCULO 119 bis:

Fundamentos

La Reforma del Código Penal Argentino en función del Interés Superior del Niño exige incorporar al corpus iuris en forma precisa los delitos sexuales hacia los adolescentes. En este artículo se trata de delimitar el delito de abuso sexual hacia adolescentes desde los trece años de edad hasta que cumplan los dieciséis años de edad.

En ese sentido, resulta importante señalar los límites trazados a la adolescencia en cuanto a edad en el Código Civil y Comercial (arts. 25 y 26) de nuestro país, sobre el cual destacamos el comentario realizado por la Dra. Elena Highton de Nolasco respecto del “cambio de paradigma”. En el mismo, la autora delimita política-cultural-social-jurídica y subjetivamente la adolescencia según la capacidad progresiva, en dos etapas desde los 13 a 16 años y desde los 16 a 18 años (Los jóvenes y adolescentes en el Código Civil y Comercial – Dra. Elena Highton de Nolasco - La Ley 13/4/2015).

Por otra parte, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso sexual -25 de octubre de 2007- (Convenio de Lanzarote) en su art. 18 tipifica el delito de abuso sexual hacia los NNyA a partir de la asimetría de poder entre la víctima y el victimario en estos términos:

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



1) Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales:

a) Realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades;

b) realizar actividades sexuales con un niño:

- Recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; o

- abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; o

- abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia.

2) A efectos de la aplicación del apartado 1, cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño.

3) Las disposiciones del apartado 1.a no tienen por objeto regular las actividades consentidas entre menores.”

El Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Observación General Nro. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, ha considerado que:

“La adolescencia es una etapa del desarrollo humano única y decisiva, caracterizada por un desarrollo cerebral y un crecimiento físico rápidos, un aumento de la capacidad cognitiva, el inicio de la pubertad y de la conciencia sexual, y la aparición de nuevas habilidades, capacidades y aptitudes” (párr. 9).

“Los Estados, junto con las entidades no estatales, mediante el diálogo y la colaboración con los propios adolescentes, deben promover entornos que reconozcan el valor intrínseco de la adolescencia, y adoptar medidas que los ayuden a progresar, explorar sus nuevas identidades, creencias, sexualidades y oportunidades, conciliar el riesgo y la seguridad, desarrollar la capacidad de tomar decisiones positivas para sus vidas libremente y con conocimiento de causa, y transitar satisfactoriamente el camino hacia la edad adulta. Se necesita un enfoque que se funde en los

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



puntos fuertes y reconozca el aporte que los adolescentes pueden hacer a sus vidas y a las vidas de los demás, pero que además combata los obstáculos que restringen esas oportunidades"(párr. 16).

“De conformidad con el artículo 12 de la Convención, los Estados partes deben adoptar medidas para garantizar el derecho de los adolescentes a expresar sus opiniones sobre todas las cuestiones que los afecten, en función de su edad y madurez, y velar porque éstas se tengan debidamente en cuenta, por ejemplo, en decisiones relativas a su educación, salud, sexualidad, vida familiar y a los procedimientos judiciales y administrativos” (párr. 23).

“También debe considerarse la posibilidad de que se presuma la capacidad jurídica del adolescente para solicitar servicios y productos urgentes o preventivos de salud sexual y reproductiva, y para tener acceso a ellos” (párr. 39).

“Los Estados partes deben tener en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección y el desarrollo evolutivo, y que es preciso fijar una edad mínima aceptable para el consentimiento sexual. Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación” (párr. 40).

De este modo, el Comité de Derechos del Niño establece el deber de los Estados partes de proteger los derechos sexuales de los adolescentes, lo que comprende evitar la criminalización de los actos sexuales entre adolescentes, cuando existe mutuo acuerdo.

Por otra parte, la asimetría de poder es la esencia del abuso de poder que afecta el derecho a la interacción sexual entre adolescentes entendida como la oportunidad y capacidad progresiva de tomar decisiones libremente.

Dicha asimetría de poder y por consiguiente abuso en el campo de la interacción sexual se asienta sobre el sistema patriarcal, adultocéntrico y sexista, que es la base de las siguientes desigualdades:

- Desigualdad de género
- Desigualdad de contextura física
- Desigualdad de edad como condición para el abuso de poder. La condición de menor edad de quien ejecuta el abuso, como la de igualdad generacional, no presuponen imposibilidad de

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



comisión de un abuso sexual, por lo cual deben considerarse los otros factores que puedan operar como fuentes del abuso de poder

- Desigualdad habitacional y/o económica como factor que construye dependencia.
- Desigualdad por naturalización e invisibilidad de prácticas basadas en discriminación sexista por parte de la víctima.
- Mutuo acuerdo bajo condiciones confusas del objeto del acuerdo.
- (Desconoce la práctica sobre la que acuerda su ejecución). Especial relevancia tiene considerar que el conocimiento o práctica previa sexual de por supuesto el consentimiento futuro, o implique condición de experiencia en el campo del intercambio sexual.
- Condición de arrasamiento preexistente por ASI.
- Condiciones diferenciales de salud
- Condición de oportunidad coyuntural para la comisión de actos de manipulación relacional.
- Desigualdad de posición vincular en el ámbito cotidiano en cualquier configuración familiar.
- Condiciones de intencionalidad (ej., uso intencional del conocimiento de existencia de acuerdos en relaciones previas para conseguir este acuerdo)
- Condición de reversibilidad disponible
- Desigualdad en el acceso y conocimiento de sustancias cuya administración a la víctima sea obturante para que defina una respuesta asertiva respecto al intercambio sexual.

En el conjunto de desigualdades que sostienen el abuso de poder, debemos considerar la desigualdad estructural generada por el patriarcado como elemento prioritario de condicionamiento para todo acuerdo de índole sexual. Es en dicha desigualdad donde se define el condicionamiento familiar para una vinculación, así como el mutuo acuerdo sin garantías de libertad, autonomía o condiciones de reversibilidad.

Ahora bien, el delito de abuso sexual hacia adolescentes entre los trece años a dieciséis años ha sido delimitado en el Código Penal de España (art. 183 quater) cuando hubo abuso de poder o transgresión del límite de proximidad etaria, de desarrollo y de madurez.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



A su vez, también la legislación el Estatuto del Estado de Texas (Estados Unidos de Norte América) consigna que una persona que se involucre en relaciones sexuales con un menor no será acusada de violación legal, ni será obligada a registrarse como delincuente sexual si:

- El acusado tenía menos de cinco años de diferencia de edad que la víctima.
- La víctima tenía por lo menos 14 años de edad.
- El acusado no era delincuente sexual registrado en el momento del acto.
- El acto fue consensual.

Se trata, entonces de establecer a respecto de adolescentes entre trece y dieciséis años, cualquier conducta de participación en actos sexuales bajo un ámbito de aplicación que delimite lo punible y lo no punible en las interacciones sexuales (Ramos Vázquez, José Antonio. CLAUSULA ROMEO Y JULIETA. 5 años después Perspectivas Teóricas y Praxis Jurisprudencial).

Para ello, nuestro proyecto propone especificar tres condiciones bajo las cuales no estaríamos frente a una conducta punible:

- a) La edad, para lo cual se establece los cinco años de diferencia con el autor del delito que solo podría ser adulto (mayor de 18 años de edad).
- b) El segundo criterio es la proximidad en el desarrollo físico y psíquico, similar al art. 183 quater del Código Penal de España.
- c) El *mutuo acuerdo libre*, que no puede ser tal en la medida que exista engaño, manipulación, coacción, amenazas o intimidación por parte de una relación de dependencia, autoridad o poder.

De esta forma, el art. 119 bis emerge como una necesidad para que el legislador delimite el abuso sexual y, al mismo tiempo, se admita la libertad de interacción sexual en una de las etapas más complejas de la cultura actual como es la adolescencia.

ARTÍCULO 119 bis

No se considerará abuso sexual cuando la interacción sexual con adolescente mayor de trece años y menor de dieciséis años, la diferencia de edad sea inferior a los cinco años o existiere proximidad de madurez y desarrollo psico-físico, siempre y cuando no mediare engaño, manipulación,

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio, de una relación de dependencia, de autoridad, de poder o por cualquier otra causa no existiere mutuo acuerdo libremente otorgado para la acción.

ARTÍCULO 120

Redacción actual

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.

Redacción Propuesta

Artículo. 120.- Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años quien abusare sexualmente de una persona 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 acordar libremente la acción.

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

La pena será de seis (6) años 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 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:

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



- a) Resultare un grave daño en la salud física y/o mental de la víctima
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, curador, ministro de algún culto reconocido o no o encargado de la educación
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiere existido posibilidad 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 de policiales o de seguridad en ocasión de sus funciones

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) y e)

ARTÍCULO 125 Redacción Actual

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.

Redacción Propuesta

Artículo 125. - Quien promoviere o facilitare la corrupción de niños, niñas y adolescentes, aunque mediare acuerdo de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro (4) a doce (12) años. Se incurrirá en este delito, aunque la finalidad última no haya sido la corrupción del niño, niña y adolescente.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



La pena será de seis (6) a dieciséis (16) años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de dieciséis años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinte (20) años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, seducción, manipulación, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, afín, colateral sin límite de grado, hermano o hermana unilateral o bilateral, parientes por afinidad, pareja, tutor o tutora, curador o curadora, integrante del sistema de apoyo, ministro o ministra de culto reconocido o no, encargado de la guarda, de la protección, de la educación o de la salud, referente afectivo, autoridad deportiva, social o recreativa.

ARTÍCULO 125 bis **Redacción actual**

El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro 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.

Redacción Propuesta

Artículo 125 bis.- .El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el acuerdo de la víctima.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



ARTÍCULO 126

Redacción Actual

En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*
- 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*
- 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

Redacción Propuesta

Artículo 126.- En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.**
- 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, afín, colateral sin límite de grado,, hermano o hermana unilateral o bilateral, parientes por afinidad, pareja, tutor o tutora, curador o**

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



curadora, integrante del sistema de apoyo, ministro o ministra de culto reconocido o no, encargado de la guarda, de la protección, de la educación o de la salud, referente afectivo, autoridad deportiva, social o recreativa.

3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima de la explotación sexual fuere niño, niña y adolescente la pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión.

ARTÍCULO 127

Redacción Actual

Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*
- 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*
- 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

Redacción Propuesta

Artículo 127.- Será reprimida con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, la persona que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el acuerdo de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el acuerdo de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.**
- 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, afín, colateral sin límite de grado, hermano o hermana unilateral o bilateral, parientes por afinidad, pareja, tutor o tutora, curador o curadora, integrante del sistema de apoyo, ministro o ministra de culto reconocido o no, encargado de la guarda, de la protección, de la educación o de la salud, referente afectivo, autoridad deportiva, social o recreativa.**
- 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.**

Cuando la víctima fuere niño, niña y adolescente la pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



ARTÍCULO 128

Redacción Actual

Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgarre o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

Redacción Propuesta

Artículo 128.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años quien produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, adquiriere, divulgarre o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un niño, niña o adolescente dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación, en cualquiera de sus formas con fines predominantemente sexuales, al igual que quien organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en los cuales participaren niños, niñas o adolescentes.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años a quien a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de dos (2) a cuatro (4) años quien tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines de distribución o comercialización.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de dieciséis(16) años.

ARTÍCULO 129

Redacción Actual

Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

Redacción Propuesta

Artículo 129.- Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos quien ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de voyerismo o exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. En la misma pena incurrirá quien enviare o exhibiere fotografías, videos o cualquier otra imagen obscena de su cuerpo.

Si las víctimas fueran niños, niñas y adolescentes será de prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, siempre que el hecho no importe un delito más grave. Cuando las víctimas fueran niños, niñas o adolescentes menores de dieciséis (16) años, la pena mínima será de un (1) año de prisión.

Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años de prisión quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de dieciséis (16) años, siempre que el hecho no importe un delito más grave. Cuando las víctimas fueran niños,

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



niñas o adolescentes menores de trece (13) años, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión.

ARTÍCULO 131

Redacción Actual

Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.-

Redacción propuesta

Artículo 131.- Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años quien, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a un niño, niña o adolescente con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de las/os mismas/os.-

Si la víctima fuere menor de dieciséis años, la pena mínima será de 1 año de prisión.

Redacción Propuesta

Artículo 131 bis.-

Se impondrá la pena de prisión de prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial dos (2) a doce (12 años) a quien en el establecimiento de salud, educativo, de protección, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de las fuerzas de seguridad incumpliera con los deberes a su cargo, permitiendo un daño contra la integridad sexual a un niño, niña o adolescente, siempre que no cometiere un delito más severamente penado.

La pena de prisión de cuatro (4) meses a un (1) año y seis (6) meses e inhabilitación especial de uno (1) a tres (3) años se impondrá a la persona a cargo del establecimiento de salud, educativo, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de seguridad, si las

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



circunstancias del caso, permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios.

La pena de prisión de uno (1) a dos (2) años e inhabilitación especial de dos (2) a seis (6) años se impondrá a la persona que trabaje o colabore en el establecimiento de salud, educativo, deportivo, religioso, social, asistencial, de las fuerzas armadas o de seguridad, que tome conocimiento del hecho y no lo denuncie o no lo comunique a la autoridad competente.

ARTÍCULO 133

Redacción Actual

Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

Redacción Propuesta

Artículo 133.- Los ascendientes, descendientes, afín, colateral sin límite de grado, hermano o hermana unilateral o bilateral, parientes por afinidad, pareja, tutor o tutora, curador o curadora, integrante del sistema de apoyo, ministro o ministra de culto reconocido o no, encargado de la guarda, de la protección, de la educación o de la salud, referente afectivo, autoridad deportiva, social o recreativa y cualquier persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

Redacción propuesta

Art. 133 bis- Será reprimido con pena de uno (1) a seis (6) meses de prisión a aquellas personas que en lugares públicos, de acceso público, medios de transporte o centros comerciales; se dirijan a niños, niñas o adolescentes a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, afectando o dañando su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia y/o generen un ambiente hostil u ofensivo.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



TÍTULO V

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

ART. 144 sexto

FUNDAMENTOS:

Las experiencias en la asistencia a NNyA víctimas de maltrato infanto-juvenil, por parte de los autores y las autoras de esta Reforma del Código Penal en función del Interés Superior del Niño, nos han puesto en conocimiento directo de no pocos casos que configuran situaciones claras de torturas, las cuales provocan lesiones físicas invalidantes y/o daños psíquicos graves.

A ello deben sumarse los hechos investigados de grave violencia física y psíquica seguida de muerte referidos a las causas por los filicidios de TOMÁS SANTILLÁN, AGUSTÍN MARRERO, THIAGO QUIPILDOR, EMMA LUCERO y LUCIO DUPUY, entre otros. Esto demuestra la necesidad de considerar el delito de torturas hacia NNyA en función de las acciones y omisiones, especialmente aquellas llevadas adelante por padres, madres y responsables, causando sufrimientos físicos, mentales, sexuales.

Según el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de conformidad con su jurisprudencia, se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: i) es intencional; ii) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) es cometido con cualquier fin o propósito. A su vez la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece en su art. 2 que se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Por consiguiente, el dolor y el sufrimiento grave se encuentran en el centro del delito de torturas. En realidad, la conducta de tortura estructurada sobre la base del sufrimiento grave demanda siempre la atención a la víctima para su determinación. En este caso, se trata de víctimas niños, niñas y adolescentes.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Desde ya, sabemos que las torturas no suponen necesariamente las lesiones graves, ni la muerte. Los efectos son limitados, se restringen a ese dolor que parece cualificar la misma conducta, aunque se diferencian manifestaciones. La distinción de los verbos rectores y la referencia a “actos” que importan tales sufrimientos permiten separar conductas de efectos. “Ellos incluso pueden solaparse con alguna figura de lesión no comprendida en la regla concursal” (*Pinto y Orellana – Torturas y Apremios Ilegítimos contra NNyA – en Política Criminal – Vol.17 Nro.34, Santiago de Chile, 2022.*)

Únicamente los dolores físicos se confunden con otros efectos materiales. En cambio, siempre parece estar presente la perturbación psíquica, mientras sea un dolor psíquico extremo. Este dolor es la base para establecer una conducta de tortura en la psiquis de un NNyA -según los distintos tramos de edad- y es distinta a la de un sujeto adulto en general. Su relevancia y precisión tienen sentido ante un objeto de tutela que no se identifica con la salud, la vida o incluso la libertad e indemnidad sexual de la víctima. Las conductas y efectos que configuran las torturas se explican ante una idea de integridad moral (*MATHEI, Elisabeth; ZÚÑIGA, Marcela; CASAS, Lidia (2019): “Informe Sobre Estándares Internacionales Sobre Apremios Ilegítimos, Violencia Sexual y Tortura” -Centro de Derechos Humanos UDP, Santiago de Chile, 2019-*) o de autodeterminación personal ligada a un determinado aspecto de la dignidad humana.

A su vez, el 26 de septiembre de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Sentencia, mediante la cual la configuración de la tortura no se encuentra circunscripta únicamente a su comisión por parte de funcionarios públicos ni que la responsabilidad del Estado solo pueda generarse por acción directa de sus agentes. De manera que “el plus de injusto en la tortura no está dado solo por la intervención de un funcionario público, que abusa de su cargo, de sus deberes funcionarios, sino por la cualidad y entidad del ataque a la víctima, la instrumentalización de una faceta particular de la dignidad humana, que conlleva una perturbación integral, llámese integridad moral o integridad personal” (Orellana y Pinto, *Ibidem*).

Debe tenerse en cuenta que los NNyA siempre deben estar bajo el cuidado y la protección de una persona adulta, sometidos a distintas restricciones en su ámbito de libertad personal. Esta situación, los coloca en una situación de inevitable vulnerabilidad en el ámbito familiar e institucional que hace posible el acaecimiento de conductas violentas, que puedan provocar un severo dolor físico o psíquico.

En síntesis, resulta imprescindible al Interés Superior del Niño asegurar su dignidad considerando el delito de torturas hacia NNyA en especial cuando el mismo se realiza dentro de su centro de

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



vida, o sea que son sus responsables y familiares los que accionan o se omiten frente al dolor y el sufrimiento graves generados.

ARTÍCULO 144. sexto:

Se impondrá la pena de cuatro (4) años a diez (10) años de prisión o reclusión e inhabilitación perpetua para el ejercicio de la responsabilidad parental a toda persona que por acción u omisión inflija torturas a un niño, una niña o un/a adolescente.

La pena será de 8 (ocho) años a 20 (veinte) años en el caso de que el autor fuere padre, madre, tutor o guardador.

ARTÍCULO 145 bis. -

Redacción Actual

Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

Redacción Propuesta

Artículo 145 bis.- Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el acuerdo de la víctima.

ARTÍCULO 145 ter.

Redacción Actual

En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión

Redacción propuesta

Artículo 145 ter.- En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. **El autor fuere ascendiente, descendiente, afín, colateral sin límite de grado, hermano o hermana unilateral o bilateral, parientes por afinidad, pareja, tutor o tutora, curador o**

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



curadora, integrante del sistema de apoyo, ministro o ministra de culto reconocido o no, encargado de la guarda, de la protección, de la educación o de la salud, referente afectivo, autoridad deportiva, social o recreativa.

7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere nio, niña o adolescente la pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



TITULO VIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

ARTÍCULO 209

Redacción actual

El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41

Redacción propuesta

Art. 209: Quien públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

Será reprimido con la misma escala penal, quién instigare a un niño, niña o adolescente a cometer un delito determinado contra una persona o una institución, por la sola instigación.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



TÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ARTÍCULO 239 bis

Fundamento de la Reforma Propuesta

La aplicación de las leyes de protección contra la violencia familiar y la respuesta del Servicio de Justicia ofrece un aspecto altamente conflictivo cual es el quebrantamiento reiterado de las medidas protectivas por parte de algunos denunciados y denunciadas.

La gran mayoría de leyes proteccionales en violencia familiar resultan insuficientes ante el incumplimiento de las medidas dictadas en sede judicial.

En la práctica diaria podemos advertir que los tribunales muestran su impotencia en dar una respuesta eficaz ante la transgresión y el quebrantamiento continuo y permanente de las medidas restrictivas impuestas. Así, algunos agresores/as amparados/as en dicho vacío legal, lejos de cumplimentar tales restricciones agudizan su accionar violento. Si bien la mayoría de las personas que cometen hechos de violencia o maltrato son responsables de sus actos, la aplicación de la normativa proteccional en violencia familiar resulta claramente insuficiente a la hora de limitarla con el rigor necesario. A su vez, los medios televisivos, radiales y gráficos dan cuenta de múltiples situaciones en las que el/la agresor/a "luego de dictadas medidas protectivas- no sólo ha aumentado su violencia sino que ha producido consecuencias letales en las víctimas, así como también contra su propia persona, llegando al extremo del homicidio y el suicidio, e incluso de una modalidad de filicidio denominado "filicidio por odio" o "femicidio vinculado".

Ante esta perspectiva, en algunos casos se ha impuesto el remedio civil de aplicar *astreintes* (art. 804 Código Civil y Comercial de la Nación) para constreñir el cumplimiento de la disposición legal proteccional, pero su efectividad está limitada a los pocos casos en que los/a agresores/as tengan algún patrimonio ejecutable. En otros, se dispone la remisión de los actuados para la realización de examen psicológico y psiquiátrico del/la incumplidor/a. Como habitualmente sucede, la patología

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



de estos agresores/as encuadra dentro de las denominadas patologías psíquicas, frente a lo cual los dictámenes forenses aconsejan su inserción en tratamientos psicoterapéuticos y participación en grupos especializados en violencia. La respuesta a esta recomendación varía entre su incumplimiento total o parcial, o la acreditación de tratamientos realizados por profesionales y/o instituciones no idóneos.

De alguna manera, este criterio de controlar la efectividad de las medidas fue dejado de lado, creándose un verdadero vacío en la situación de agresores que evidencian alta peligrosidad.

En lo atinente a la Justicia Penal el delito de desobediencia se encuentra consignado en la norma del art. 239 del Código Penal que dispone en su parte pertinente: *"Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal"*.

El bien jurídico protegido en este delito es la libertad de acción de la autoridad³⁹ (Breglia Arias-Gauna, 2001)

A partir de ello, la doctrina y la jurisprudencia penal respecto al delito de desobediencia han sido sumamente acotadas en su aplicación. Así, Edgardo Alberto Donna⁴⁰(Rubinzal, Culzoni: 2000, pág. 87 y 88)manifiestó que *"se puede afirmar que el acatamiento que se impone es a las órdenes dadas por la autoridad en función de tales, con repercusiones administrativas, y no aquellas que constituyen obligaciones de carácter personal, con repercusiones en el Derecho Civil"*, abrazando la idea de que *"tampoco será desobediencia una orden referida a intereses personales de las partes"* y que, por adición, ni siquiera se configura el injusto cuando la desatención tiene expresa solución mediante *sanciones procesales específicas*. El autor ejemplifica con la inobservancia al régimen de comunicación instituido por la justicia civil, que no constituye conducta atrapada por la norma.

En análogo sentido Carlos Creus y Jorge E. Buompadre (2007)⁴¹ sostienen que *"desdibujan la tipicidad aquellas órdenes que se refieran a intereses personales de partes, puesto que el*

³⁹Breglia Arias-Gauna, 2001 "CÓDIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO", Ed. Astrea, Buenos Aires

⁴⁰Rubinzal- Culzoni (2000). Derecho Penal. Parte especial. Ed. Astrea, Buenos Aires.

⁴¹ Creus y Buompadre (2007). Derecho Penal. Parte especial. Ed. Astrea, Buenos Aires.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



acatamiento que la ley penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyan obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto derecho civil; en este último caso, faltará el bien jurídico protegido por la ley". Completa su idea de que "no importan órdenes las resoluciones judiciales, de cualquier carácter que fueren (decretos, autos, sentencias), pero sí los mandamientos que tienen como objeto la ejecución de aquéllas". En resumen, para ambos autores el incumplimiento de órdenes protectivas en violencia familiar se encuentra fuera del ámbito del delito de desobediencia, postura acorde, además, con el principio de intervención mínima que modernamente se intenta asignar al Derecho Penal.

Lo expuesto demuestra a las claras la imposibilidad de que el agresor/a imputado/a del delito de desobediencia sea condenado/a o siquiera procesado/a, con lo cual aumentará su impunidad y en consecuencia será mayor el riesgo para las víctimas.

Es necesario destacar que, con el objetivo de sentar las bases jurídicas dejadas por la brecha generada (o vacío generado?) entre la Justicia Civil y la Justicia Penal en lo atinente al delito de desobediencia, la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil " ASAPMI - diseñó el trabajo que fuera presentado por la Diputada María Elena Chieno como ante-proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina bajo el número de expediente 5888-D-2012. Sumario CÓDIGO PENAL: INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 239 BIS, SOBRE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Y DE LAS MUJERES O DISCAPACITADOS. Fecha 23//08/2012 y que derivara en el inciso 4º del art. 139 del anteproyecto redactado por el Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, la Dra. María Elena Barbagelata, el Dr. Ricardo Gil Lavedra y el Dr. Federico Pinedo.

Por consiguiente, el conjunto de las conceptualizaciones mencionadas abonan los fundamentos de la reforma propuesta asegurando la sanción penal frente al quebrantamiento de la sentencia del juez o jueza de familia, operativizando así los Derechos de la Infancia y Adolescencia.

Redacción propuesta

ART. 239 bis.- Se impondrá la pena - uno (1) a cinco (5) años al que desobedeciere una orden judicial de prohibición de contacto, de acercamiento o cualquier otra medida de restricción en la protección de niñas, niños o adolescentes o impartida en la prevención de la violencia familiar.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



ARTÍCULO 248

Redacción actual

Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a la Constitución Nacional, constituciones provinciales, leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Redacción propuesta

ARTÍCULO 248. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público, **cualquiera fuera su género**, que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

Las penas se elevarán en un tercio cuando como consecuencia de ello resultare un peligro o un grave daño a la salud física, mental o sexual de un niño, niña o adolescente

ARTÍCULO 269.

Redacción actual

Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Redacción propuesta

Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

La misma escala penal se aplicará cuando la resolución provoque un peligro o un grave daño a la salud física, mental o sexual de un niño, niña o adolescente.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores y/o amigables componedores.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



LEYES ESPECIALES

Ley 24.270

Redacción actual

Art. 1: Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

Art. 2: En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

Art. 3: El tribunal deberá:

1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.
2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.

Fundamentos de la reforma propuesta

Desde la sanción misma de la ley 24.270 se generaron críticas tan severas como certeras en cuanto a permitir y favorecer la intervención de la Justicia Penal ante un conflicto que -en primera instancia- debe ser abordado por la Justicia de Familia. De alguna manera, las objeciones remarcaban lo desacertado, violento y especialmente contrario al Interés Superior del Niño presente en dicha ley.

En primer lugar porque la ley 24.270 establece -además del tipo penal- un procedimiento por el cual en un plazo extremadamente breve el Juzgado Penal interviniente está obligado a fijar una audiencia de contacto sin analizar los antecedentes y los motivos del presunto impedimento.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



Generalmente, la gama de situaciones es muy variada: desde situaciones donde los progenitores voluntariamente se alejaron por períodos prolongados de sus hijos e hijas, a casos donde existen situaciones de riesgo, peligro y/o vulnerabilidad para el NNyA y el progenitor o la progenitora denunciados han tenido motivos que justificaban el impedimento.

En segundo lugar, porque el sistema penal no cuenta con los equipo técnicos necesarios para evaluar la complejidad de los vínculos para ello, lo cual lleva a vulneraciones de los derechos de los NNyA inmersos en conflictos parentales constitutivos de abuso emocional que se agravan con estas intervenciones. Efectivamente, existe un amplio espectro que va desde el impedimento claramente injustificado y la obstrucción de contacto inadmisibles, hasta situaciones en las que el impedimento fáctico del progenitor o progenitora denunciados podrían estar justificados por haberse tomado conocimiento de situaciones constitutivas de maltrato infantil en cualquiera de sus modalidades, o por existir sospechas serias del mismo. Lógicamente, estas situaciones intermedias resultan difíciles de dilucidar ante la ausencia de evaluaciones idóneas.

En tercer lugar, este procedimiento resulta para los adultos inmersos, tanto para quienes denuncian como para quienes son denunciados o denunciadas, una inadmisibles y prematura "criminalización" de situaciones que en primera instancia debe ser abordadas por la Justicia de Familia.

Por consiguiente, concluimos que las revictimizaciones que dichas audiencias de contacto generaron -y aún generan- vulneran los derechos establecidos en las directrices de la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo atinente al Interés Superior, siendo relegado el mismo ante los intereses de los progenitores.

También debe reconocerse que, con el transcurrir de los años, en muchas ocasiones dichas audiencias se difirieron y en algunos casos se incorporó la presencia de representantes del Ministerio Público de Menores (Leyes Nº 24946 y 27149) procurando garantizar el interés superior del NNyA.

En ese sentido se presentaron 46 proyectos de modificación de dicha normativa solamente en la Cámara Nacional de Diputados. El denominado "Proyecto Zaffaroni" -a modo de ejemplo- dispone modificar la figura penal únicamente para los casos graves y elimina la audiencia de contacto en concordancia con nuestra propuesta.

Por nuestra parte, entendemos y sostenemos que el impedimento de contacto injustificado constituye una forma de maltrato emocional muy frecuente, contemplado en el artículo 90 de la

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



reforma propuesta. Asimismo, entendemos que en principio esta forma de vulneración de derechos de NNyA debe ser abordada por los Juzgados de Familia y solamente cuando se incumplen los regímenes de comunicación provisorios o definitivos fijados por aquellos se debe dar intervención a los Juzgados Penales como *ultima ratio*.

De esta manera, la derogación de esta ley y la subsecuente reforma propuesta no sólo preservará los Derechos de NNyA, sino que garantizará una intervención más efectiva para los casos que verdaderamente lo ameriten, cuando haya existido un decisorio de la Justicia de Familia -provisorio o definitivo- y el mismo sea incumplido.

De hecho, esta norma así sancionada no daría lugar a las denuncias rápidas, prematuras y en algunos casos maliciosas que, además de afectar el Interés Superior del Niño, no dan una respuesta real y concreta a los progenitores y las progenitoras impedidas de contacto, evitando el dispendio jurisdiccional del Fuero Penal, y priorizando espacio específicamente para los casos graves que lo ameriten.

Redacción propuesta

ARTÍCULO 239 ter.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el progenitor, la progenitora o el tercero que impidiere u obstruyere el contacto del niño, niña o adolescente con su progenitor o su progenitora no conviviente, cuando existiere un derecho de comunicación establecido por la justicia civil o de familia competente, en forma provisorio o definitiva.

Si se tratare de un niño o una niña menor de diez años o con discapacidad, la pena será de un (1) año a cuatro (4) años de prisión.

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil o de familia competente.

Art. 239 quater.- En las mismas penas incurrirá el progenitor, la progenitora o el tercero que para impedir el contacto del niño, la niña o el adolescente con el progenitor o la progenitora, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, la pena será de dos (2) a ocho (8) años de prisión, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil o de familia competente.

Ley N° 23.737

ARTÍCULO 12. -

Redacción actual

Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes:

- a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos;
- b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.

Redacción propuesta

Art. 12 - Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes:

- a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos;
- b) El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.

Será reprimido con prisión de uno a tres años el que usare estupefacientes en forma reiterada en presencia de niños, niñas y adolescentes.

NECESIDAD DE REFORMA PENAL EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO



EPÍLOGO

Un grupo de profesionales de diferentes disciplinas y con diversos y extensos recorridos institucionales; -en comunión al compromiso e implicación en la defensa de la infancia- trabajamos sistemáticamente, en forma semanal y durante catorce meses en un clima de absoluta horizontalidad, pluralidad, intercambio y discusión de ideas.

Nos propusimos actualizar el CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN bajo dos ejes fundamentales: introducir toda la normativa derivada del derecho comunitario -tanto en los instrumentos a los que adhirió nuestro país, fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño- como a los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los fallos señeros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; priorizando y jerarquizando el Interés Superior del Niño como perspectiva y por sobre cualquier otra consideración.

En otro orden, tipificar todos los subtipos de maltrato infante juvenil que establece el hábeas teórico derivado de las investigaciones nacionales e internacionales, ausentes hasta el momento en el código vigente, como el maltrato y abandono psicológico y emocional. Asimismo revisar y reformular estructuralmente algunos artículos, especialmente en lo atinente a los delitos contra la integridad sexual -eliminando definitivamente la figura del estupro- e incorporar los denominados cibercrimes que tanto dañan a nuestra infancia.

Como derivación de ello, establecer la posibilidad del arresto discontinuo simultáneamente a un abordaje interdisciplinario para los casos pertinentes.

Del mismo modo, establecer un agravante genérico para quienes cometan delitos contra NNyA, como asimismo agravar fuertemente las responsabilidades penales de quienes por su cargo, profesión u ocupación se vinculan a NNyA y -esencialmente por omisión- permiten, posibilitan, facilitan la comisión de delitos contra los mismos. En este último caso -y también en todo el proyecto- se pretende fundamentalmente la revisión, mejora y perfeccionamiento de las prácticas institucionales y de los/as profesionales y operadores/as, como efecto de la prevención genérica del Derecho Penal.



**REFORMA
CÓDIGO PENAL
EN FUNCIÓN DEL
INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO**