

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

LA NUEVA LEY 25.087

Dr. Mario Eduardo Corigliano.

Sumario

Introducción. La nueva ley 25.087. La denominación actual - Diferentes opiniones. El bien jurídico tutelado. Abuso sexual gravemente ultrajante. Elementos que constituyen el tipo penal. Antecedentes. Discusión parlamentaria. Discusión - Opinión de distintos autores. ¿Violación o Abuso deshonesto? Oposiciones a esta postura. Discusión jurisprudencial. Algunas consideraciones finales. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Como principal característica de la dogmática penal, el nuevo título que impone la reforma (Modificación del Libro II; Título III del Código Penal) publicada el 14 de mayo del año 1999, pretende dirimir la controversia que se da sobre el bien jurídico protegido en este tipo de ilícitos.

Los problemas que traía la comprensión del Título, ha llevado a recorrer el camino inverso para la interpretación de las leyes, llegando los tratadistas a intentar describir de qué consistía el Título "Delitos contra la honestidad" a partir de las figuras que lo conformaban. Al tiempo, para otros autores resultaba insostenible la afirmación sobre que estos delitos resguardan la 'honestidad sexual', tal aseveración no gozaba de aceptación doctrinaria o jurisprudencial alguna. Aunque la decisión legislativa de cambiar la rúbrica, para algunos, constituyó un aserto de trascendental importancia aún queda por ver si en la práctica esta herramienta resulta eficaz para el logro del objetivo perseguido.

La nueva ley 25.087

La ley distribuyó sistemáticamente las numerosas figuras penales de la parte especial, ubicada en el Libro Segundo del Código en doce Títulos. Sustituyó, no

sólo la rúbrica del título, estableciendo su actual denominación como "Delitos contra la integridad sexual", también derogó las de los capítulos II a V del título III del libro segundo del Código que tipificaban la violación y estupro, corrupción, abuso deshonesto, ultrajes al pudor y raptó, las cuales no tuvieron reemplazo por otras quedando enmarcadas como 'abusos'.

Creó figuras penales que surgen de la descripción de la acción típica contenida en los nuevos tipos penales modificando el art.119 del Código Penal, reemplazándolo por reglas de las cuales se extrae la actual figura del abuso sexual. El espíritu de la reforma, se ha modificado sustancialmente el texto del art. 128, en tanto saca de escena el concepto de 'obsceno'¹, entendido como atentatorio a la moral pública.

La denominación actual

Dispares opiniones

El epígrafe que impone la reforma se acerca más al concepto que distintos autores proponían al respecto. Carrara² se expresa sobre delitos que ofenden la "pudicia individual", por su parte Núñez³ la idea de proteger la "reserva sexual", en tanto, Fontán Balestra⁴ entendía que debía resguardarse la "voluntad sexual".

A su tiempo Moras Mon⁵ sostiene el concepto de delitos contra la "libertad sexual" que hoy proponen las legislaciones más avanzadas del mundo, entre ellas, el Código Penal de España. El Código Alemán alude a los "Delitos contra la autodeterminación sexual" y el Portugués de modo más amplio, trata sobre delitos sexuales. En tanto Creus sostiene, que la libertad sexual es vulnerada al atacarse ilícitamente el ámbito de autodecisión de la persona, la cual, consciente y libremente, tiene la aptitud de resolver quien será o no admitido en su espacio íntimo.

En igual sentido se pronuncia Fontán Balestra⁶ al describir el bien jurídico tutelado en el delito de violación; expresando que son aplicables al abuso sexual con acceso carnal cuando establece que la violación es un delito contrario a la voluntad sexual,

¹ A modo aclaratorio la doctrina penal a ensayado al respecto algunas respuestas; obsceno corresponde a la esfera de lo sexual, por consiguiente, representa todo lo impúdico y lo es por la lujuria que hallamos en el concepto, es decir que es lo sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo.

² CARRARA, "*Programa del curso de derecho criminal*", cit. 1513.

³ NUÑEZ, R. "*Tratado de Derecho Penal*", T° III, vol. 2, 1988, Ed. Córdoba, p. 247.

⁴ FONTÁN BALESTRA, "*Tratado de Derecho Penal*", Parte especial, T° V, p. 57.

⁵ MORAS MOM, JORGE R. "*Los delitos de Violación y corrupción*", p. 14.

⁶ FONTÁN BALESTRA, "*Tratado de Derecho Penal*", Parte especial, T° V, p. 56 y ss.

por tanto el bien jurídico lesionado es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual. Entiende que el ataque a la libertad sexual parece no concebirse sin la lesión previa del pudor, pero la violación no existe si no se ha coartado la libertad sexual porque al no tener lugar el acceso carnal, podrá conformarse otro delito pero no habrá existido violación.

La ubicación y conceptualización de las agresiones y vejámenes que afectan la integridad y el ejercicio autónomo de la sexualidad de las personas como delitos contra la honestidad, nos remonta a épocas pretéritas donde se hacía referencia al 'honor mancillado' de las mujeres afectadas por tales comportamientos sexuales, quienes resultaban doblemente victimizadas, pues tanto lo eran por el agresor como por la sociedad, aunque este juicio aludía esencialmente al honor y buen nombre de quienes eran sus dueños, tutores o responsables.

El bien jurídico tutelado

El cambio propuesto por la nueva ley es un aporte significativo a la idea del bien jurídico tutelado. Este conjunto de conductas que se incriminan son actos de agresión y violencia que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres. Implican el no ejercicio de la autodeterminación, de no poder elegir como personas libres sobre su sexualidad ni sobre su propio cuerpo, llevando a la degradación a un ser al que se consideraba inferior. Ello nos lleva a inferir que al tratarse estos delitos como ataques a la honestidad, no se valoraba a las mujeres en su calidad de persona sino como si se tratase de un caso de incorrección de las relaciones sexuales, o fuesen propiedad de algunos varones.

La modificación legislativa aborda adecuadamente a las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima, entendiendo que tales delitos implican una restricción a la libertad de elección de las mujeres y no una ofensa a la condición u honor del varón. No es sólo el hecho de que el acto de violación, individualmente, restrinja directamente la libertad de movimiento de la víctima sino que, dado la frecuencia con que las violaciones se producen crece la amenaza de resultar una víctima más y como ya no se trata de un número accidental de eventos individuales sino que están institucionalizadas llegan a transformarse en una práctica socialmente coercitiva.

Se ha tipificado como conducta lesiva al acto de abusar sexualmente de una persona, independientemente del sexo del sujeto pasivo, cuando fuere menor de trece

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”. Esto es, que se mantiene la figura del abuso pero denominado sexual y no deshonesto, en la que se incorpora la modalidad del abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder para calificar el hecho, así como la existencia de otras causas que hayan impedido el libre consentimiento de la acción.

Se ha estudiado la calidad de la fuerza, intimidación o resistencia con el fin de dar lugar predominante al libre consentimiento, puesto que, para determinar si el hecho fue cometido este concepto juega un rol fundamental. La doctrina y la jurisprudencia debatía acerca de si la víctima había ofrecido resistencia al ataque, o si su voluntad resultó superada por el uso de la fuerza o la amenaza de daño físico, si la resistencia ofrecida ante la agresión fue realmente incesante.

Se incorpora como agravante de la figura básica del abuso sexual al “sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”, que engloba aquellos casos en que el abuso se prolongue en el tiempo o se realice en determinadas circunstancias que lleven a configurar esta situación, intentando incorporar aquellos actos que resultan más lesivos para una mujer. La idea es que, esta serie de conductas se consideren como abuso sexual calificado por la duración y por las circunstancias en que se comete, tal el caso de situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración, como el ‘cunnin lingus’ o la utilización, no ya del órgano sexual masculino, sino cualquier otro elemento sucedáneo.

A su vez la ley mantiene la figura precisando que éste podrá ser “por cualquier vía”, que tanto la víctima como el autor pueden ser de uno u otro sexo, dado que la gravedad de la ofensa no debe estar ligada al género de la víctima, adoptando una concepción más amplia de la acción que permite incriminar como abuso (violación) a todo tipo de penetración, incluyendo la “fellatio in ore” y la penetración anal. Respecto de la primera nos extenderemos más adelante en capítulo aparte.

ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE

Elementos que constituyen el tipo penal

Como agravante de las agresiones sexuales la nueva legislación incluye aquéllas que: a) causaren un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b)

fueren cometidas 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 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

Así el 2do. párrafo del art. 119 del CP, reprime con reclusión o prisión de 4 a 10 años: "cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima". Se puede observar en la descripción típica de esta conducta una mención especial a la humillación sufrida por la víctima en cuanto el sometimiento, no aquél acto fugaz o esporádico, implicando sufrir mayor ofensa por sumar al hecho en sí una evidente falta de miramiento a su condición humana.

Este agravante se basa en la mayor vulneración a la libertad sexual de la víctima que soporta un sometimiento caracterizado por su duración (elemento temporal), o por las circunstancias que lo rodean (elemento fáctico), como podría ser la introducción de ciertos elementos por vía vaginal, anal o bucal.

También han quedado establecidos los sujetos de este agravante. Sujeto activo sólo podrá ser un varón, pues él y no una mujer puede realizar la penetración propia del acceso carnal; aunque una mujer puede actuar como cómplice o instigadora; mientras que sujeto pasivo puede ser tanto el varón como la mujer, ya que ambos pueden ser accedidos carnalmente por un varón.

Se descarta doctrinariamente la posibilidad de la violación inversa, o sea, el caso en que la mujer sea autora material del delito porque sólo el hombre por su condición física es quién puede realizar una penetración sexual. No son considerados aptos para conformar la figura los sucedáneos artificiales del pene, o las formaciones hipertróficas, sin perjuicio que esas conductas queden atrapadas en el delito de "actos deshonestos".

Actualmente, al no hablarse ya de honestidad de la víctima, puesto que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, cabe darse la posibilidad que una prostituta pueda ser sujeto pasivo de este ilícito.

En cuanto a la posibilidad de violación dentro del matrimonio ésta no existe en virtud del débito conyugal, pero sí tiene lugar cuando se trata de una relación sexual contra natura o cuando la resistencia se funda en el propósito de evitar una enfermedad de transmisión sexual, también habría violación cuando medie divorcio o separación provisional previa.

Asimismo, se derogaron los artículos 122: "La reclusión o prisión será de 8 a 20 años, cuando en los casos del art. 119, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquella o con el concurso de 2 o más personas."; y el 123 que decía: "Se impondrá reclusión o prisión de 6 a 10 años, cuando, en el caso del art. 120, mediare alguna de las circunstancias expresadas en el anterior". En razón de que han sido introducido dentro del art. 119 del Código Penal, con sus respectivas modificaciones de las que ya nos hemos ocupados oportunamente.

Antecedentes

Por su parte, la legislación española en el artículo 179 del Código penal, aclara decisivamente la cuestión al expresar que: "cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años". Es específico en cuanto a la configuración del acceso carnal y separa en su norma la introducción de objetos, como también la penetración bucal o anal. La ley española no permite discusión doctrinaria al respecto, la penetración bucal no es acceso carnal pero será penada con igual dosimetría de pena.

Como precedente, podemos citar que la teoría de la concepción racionalista⁷ reducía la conculcación sexual a la simple consecuencia moral derivada de la acción del sujeto activo y en orden a la aproximación misma, sin que mediara ni siquiera un intento serio de cópula. Sólo era la reducción de la libertad del sujeto pasivo para oponerse al contacto o aproximación de los órganos sexuales. Tuvo su aceptación en nuestro medio jurídico en el proyecto del doctor Tejedor, según quién se comete el delito de violación, cuando empleando la violencia física o amenazas de un peligro inminente o actual para el cuerpo o la vida, se obliga a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad. La violación -decía en la nota del artículo- "envuelve contra la persona un doble ataque en su físico y

en su integridad moral. Estas dos especies de ataque pueden causar a la víctima el más grave daño y comprometer la felicidad de toda la existencia"⁸.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, reproducía en dos artículos (269 y 270) los términos utilizados por Tejedor. El Código Penal de 1886 refundió los dos artículos que traían los proyectos anteriores en uno solo, pero mantuvo los conceptos "aproximación sexual". En el proyecto de 1891, la violación que se reprime -sin nombrar el delito- consiste en tener concubito fuera del matrimonio con persona de uno u otro sexo. Finalmente, vemos que en el proyecto de 1906 (posteriormente convertido en ley) se estableció para el delito de violación la terminología actual de "acceso carnal".

La concepción denominada materialista, que es la que supera el mero contacto de los órganos sexuales o aproximación de los mismos y exige que se produzca la penetración de ellos, sin importar el grado de perfección de ésta era la más aceptada. La necesidad de esa penetración sexual producida por el sujeto activo respecto del pasivo que la sufre, es lo que llevó al proyecto de 1891 a cambiar la fórmula entonces vigente por la de tener concubito (artículo 146) en virtud de que con ésta quedaría erradicada por completo la posibilidad de que existiera violación sin que hubiera verdadero concubito o por lo menos, no habría dudas sobre el momento consumativo⁹. La nomenclatura de 1891 es luego, plasmada en el derecho positivo en 1906 por la ley de reforma 4.189.

Tanto en la teoría jurídica pura como en la mixta la penetración es indispensable, pero no tiene por qué ser completa ni el acto ser perfecto y así lo ha aceptado casi uniformemente la jurisprudencia¹⁰.

Discusión parlamentaria

Repetidamente doctrinarios del Derecho penal autoritario, han tratado de derribar el concepto de bien jurídico. Prueba de ello es que en todo proyecto parlamentario debe hacerse una concreta definición de la función que la norma cumpliría en el supuesto de ser sancionada, a esta actividad se la conoce como "fundamentos" de la misma.

⁷ URE, E. J. "Los delitos de violación y estupro", Ideas, p. 51.

⁸ MORENO, RODOLFO [h.], "El Código Penal y sus antecedentes", t. IV, p. 233, 234, 238, H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923.

⁹ Proyecto de 1891, Ed. Of. P. 138.

¹⁰ "No es necesaria la cópula perfecta": SCBA, 7-5-48, DJBA, 24-345; SC Tucumán, 11-7-39, La Ley, 15-818; CF La Plata, 28-11-30, JA, 34-773. "No es necesaria la perfección fisiológica – eyaculación de la gente": SCBA, 21-6-60, Fallos: 1960-IV-292. "Sólo basta la mera introducción imperfecta": SCBA, 13-6.44, RLL, VI-1322, s.2.

En función a los proyectos de ley referentes a normas del Derecho penal, estos fundamentos, no son, ni más ni menos, que la exposición de la voluntad del legislador de dar protección a determinado bien jurídico, y de qué manera es conveniente llevarla a cabo.

En el debate parlamentario de la ley 25.087 en la Cámara de Senadores de la Nación, el senador Yoma al preguntar si encuadraba en alguna figura penal la penetración con ciertos objetos hizo notar que: "el acceso carnal es entendido como la penetración del pene, con lo cual quedaría fuera de este concepto la penetración de objetos o cualquier otro elemento que no sea el pene en cualquier cavidad, sea bucal, anal o vaginal." Dicho interrogante fue respondido por el presidente del Senado, Dr. Carlos Ruckauf, al señalar que "el tema que se plantea constituye un cuestión central y si bien la figura no estaría contemplada en el tercer párrafo del 119, en donde se prevé una pena de 6 a 15 años, sí quedaría comprendida en el párrafo segundo, que fija una pena de 4 a 10 años, porque se trataría de un abuso sexual con cualquier objeto".

Luego de la intervención del Dr. Ruckauf, volvió a tomar la palabra el senador Yoma, quién buscando reflejar la interpretación legislativa afirmó: "dejo planteado que el legislador se quiso referir a la penetración con cualquier objeto, con fines sexuales y en cualquier cavidad. Éste es el sentido que le estamos dando a la reforma quienes en este momento informamos el proyecto"¹¹.

"De esta forma, aplicando semejantes pautas, la introducción de un dedo en la oreja, si es efectuada con propósitos sexuales, implicaría la comisión del delito de violación". A esta conclusión arribó el senador Genoud en el debate, exteriorizando que es posible alternar criterios razonables con otros no tanto en la figura penal que se discutía.

Con disgusto observamos el disenso manifiesto sobre la cuestión entre los legisladores ya que si la intención era castigar como violación la introducción de cualquier objeto en cualquier cavidad del cuerpo humano, en la redacción de la norma no parece que pueda atrapar esta conducta.

Ante las dificultades legislativas de armonizar la tipificación de este tipo de conductas, debemos admitir, siguiendo a Ferrajoli; que el sometimiento del juez a la ley significa no poder calificar como delitos todos (o solo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino solo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones; vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de

una pena. Este sometimiento solamente es posible, si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación, vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas.

FELLATIO IN ORE

La problemática a dilucidar es la calificación jurídica que corresponde acordar cuando ocurre la llamada “fellatio in ore”¹². Si la boca es parte pudenda de la persona y su tocamiento no voluntario, no libremente consentido, pueda ser un acto objetivamente impúdico, cualquiera sea la intención del autor. Es decir, si esta conducta se encuadra en violación o en abuso deshonesto y cual será la correcta adecuación legal dentro del artículo 119, cuestión que no parece claramente solucionada en este mismo artículo.

Discusión - Opinión de distintos autores

Habiendo realizado un estudio de los antecedentes doctrinales que se interesaron en la cuestión enumeraremos la opinión de distintos juristas al respecto.

Nuñez¹³ comenta que: (...) “Antes de la reforma ‘el varón accede carnalmente a la otra persona cuando introduce, aunque sea parcialmente y sin eyacular, su órgano sexual en el cuerpo de la víctima; sea según natura, por vía vaginal; sea contra natura, por vía rectal. La introducción por vía bucal (fellatio in ore) no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119, sino que realizada violenta o fraudulentamente, es un abuso deshonesto, previsto entonces en el art. 127 del C.P. y castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años. La boca a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas, y por esto en su contacto con el órgano masculino, no cumple una función sexual semejante a la de la vagina’. El mismo autor¹⁴ controvierte una argumentación señalando que la referencia a que el artículo 119 del código de fondo, en su versión anterior, receptó la sodomía prevista en el art. 129 del Código Penal de 1886 que consistía en el coito in ore, invocando la cita que Tejedor hace en su Curso (Primera Parte), número 31, nota 3, de

¹¹ Versión taquigráfica provisional, sesión de la C.S.N. del 14/4/99.

¹² Aportes de la sexología con citas de los especialistas Havellock Ellis, Kindsey, Di Marchi, Freíd y los más modernos de Kologny, Masters y Jonson, se refieren a esa práctica como a una “costumbre preparatoria del amor heterosexual y homosexual, consumado en ambos casos mediante la penetración vaginal o anal respectivamente. Pero no como sucedáneo de éstas”. No tiene la impronta del concúbito sino de lo que los técnicos denominaran “petting”.

¹³ NÚÑEZ, RICARDO, “*Manual de Derecho Penal*”, Parte Especial, 2da. edición actualizada por Víctor Reinaldi Córdoba, Lerner Editor, 1999, pág 106 y ss.

¹⁴ NÚÑEZ, “*Derecho Penal Argentino*”, Parte Especial, IV, Edit. Bibliográfica Argentina, 1964, pág. 248 y ss.

la Bula de Pío IV, de 1568 la que no es ajustada a la fuente pues “Tejedor no adopta el concepto de sodomía de esta Bula, al que se limita a citar como información, sino el concepto de las Partidas¹⁵, vale decir como acto de inversión sexual. Según las Partidas: “*Sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaziendo unos con otros, contranatura e costumbre natural*”. Ni este texto ni la glosa de Gregorio López, a quien también cita Tejedor, se refieren a la penetración por boca, para cuya mención el autor recurre a una fuente distinta de la aceptada por él en el texto, como lo es la Bula de Pío IV. Por lo demás el art. 129 del Código de 1886, lo mismo que la ley española, habla de sodomía como del “concúbiteo de hombre con hombre”. De tal manera si bien se puede decir que, al admitir el acceso carnal entre individuos del mismo sexo, el artículo 119 comprende la sodomía como cópula pederástica del art. 129 del Código de 1886, no se puede ampliar la información y decir que el código vigente, por haber admitido la sodomía del viejo código, comprende en la violación la “fellatio in ore”.

La interpretación restrictiva que reduce la violación al acceso vaginal y rectal y excluye la penetración por boca parece tener una razón científica. Si bien el ano no es el órgano destinado por la naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural por poseer lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, en su contacto con el órgano masculino cumple, antinaturalmente, una función semejante a la que realiza la vagina. Esto no ocurre con la boca, la cual, careciendo de ese tipo de glándulas, no resulta apta como elemento constitutivo del concúbiteo, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfogue libidinoso del actor y del paciente. La boca, como los senos o cualquier otra parte del ser humano que no sea la vagina o el ano, resulta así incapaz de generar un coito, aunque sea anormal. Su uso violento o fraudulento no puede, por consiguiente, implicar un coito violento o abusivamente logrado. Su utilización sexual violenta o abusiva sólo significa un abuso deshonesto del cuerpo ajeno (C.P., art. 127)”.

Por su parte, Gravier¹⁶ no comprendió la “fellatio in ore” dentro del concepto acceso carnal, citando a Creus¹⁷, Pandolfi¹⁸ y Achával¹⁹, consideró “que la boca

¹⁵ “Proemio”, tít, 21. pág. 7.

¹⁶ GRAVIER, ENRIQUE A. “*Delitos contra la integridad Sexual*” Lerner, 2a. edición.

¹⁷ CREUS, CARLOS, t. 1, pág. 188.

¹⁸ PANDOLFI, “*Delitos contra la integridad sexual*”, pág. 33.

¹⁹ ACHÁVAL ALFREDO, “*Delito de violación*” Abeledo, Bs.As., 1992, pág. 179 a 182.

no es vaso receptor apto para la realización del coito (...) aceptar que la boca lo es implicaría también que pueden serlo las fosas nasales o los oídos, que son también orificios naturales de la persona, o heridas abiertas en el cuerpo de la persona y que en ciertos casos pueden ser susceptibles de penetración parcial”.

Toma en cuenta la jurisprudencia de distintos tribunales y de Achával²⁰ quien dice que: “Si continuamos cambiando el concepto de acceso carnal, de acuerdo a los pareceres, conceptos y preconceptos, llegaremos a absorber el delito de abuso deshonesto y el de corrupción en la cada vez más amplia figura de violación y ello conllevará también a que se discuta si hay o no violación posible por la mujer (violación inversa).”

Agrega que el Código Español de 1995, si bien los somete a la misma pena, distingue entre el concepto de acceso carnal y el de penetración anal o bucal, refiriendo: “cuando la agresión sexual o el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal (...)”, con lo que viene a plantear que para esas normas los dos últimos conceptos no están incluidos en el primero²¹. Otro tanto ocurre en el Derecho Penal italiano en el que se considera a la “fellatio in ore” una forma de masturbación por medio de boca ajena, no constitutiva de acceso carnal y sí de otros actos lujuriosos distintos de la unión carnal²². Lo mismo ocurre en el Derecho Penal del Brasil en el que el estupro del art. 213 es equivalente a nuestra violación, cuya acción típica consiste en la conjunción sexual, que es lo mismo que el acceso carnal, no incluyendo la “fellatio in ore”, aunque dicha conducta quede atrapada en el artículo siguiente (214) reprimido con una pena ligeramente menor²³.

“Donna²⁴ citando a Carmona Salgado²⁵, comenta que en España se ”afirmaba que la “fellatio” no debía integrar el delito de violación, ya que no cabría hablar en sentido estricto de acceso carnal y sólo impropia de penetración, ya que la boca no es un órgano de dicha naturaleza, aunque pueda operar como sustitutivo para ello. Se trata más bien de una forma de masturbación: al igual que el denominado coito “inter femora” forma parte del artículo 430, en concordancia con la doctrina italiana”; y agrega, “que el derecho alemán directamente habla de coito, con lo cual excluye directamente tal concepto. A

²⁰ ACHAVAL, A. “*Delito de violación*”, Ed. Abeledo, 1978, pág. 181.

²¹ MUÑOZ CONDE, “*Derecho Penal*”, Parte Especial, Tirante lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 168.

²² MAGGIORE, “*Derecho Penal*”, t. IV, pág. 278, comentario del art. 521, 2da. parte del C. Italiano.

²³ HUNGRÍA, NELSON “*Comentarios ao Código Penal*”, Río de Janeiro, 1954, t. VIII, págs. 107 y 124.

²⁴ DONNA, EDGARDO A., “*Delitos contra la integridad Sexual*”, edit. R. Culzoni, 2000, pág. 58 y ss.

²⁵ CARMONA SALGADO, “*Manual de Derecho Penal*” Revista de Derecho Privado, Madrid, t.1, pág. 242.

partir de la sanción de la ley 25.087, así deberá ser entendido el concepto de acceso carnal, teniendo en cuenta tanto el texto como la finalidad de la ley. Mientras el Código mantenga la expresión ‘acceso carnal’; que como se ha visto tiene una larga tradición en nuestros proyectos, y en el sentido de lo que significa la expresión; no hay otra alternativa que sostener que es la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal, no importando en consecuencia la vía bucal o la llamada fellatio, por más que el legislador haya inventado esta reforma para solucionar este problema al agregar ‘por cualquier vía’, de tomarse ligeramente la expresión se ampliaría el tipo de manera excesiva. De manera que, si se hubiera deseado solucionar la disputa doctrinal que se analiza se debió agregar al texto normativo, en lugar de ‘cualquier vía’, una enumeración taxativa de sus intenciones.

Esta misma posición adopta Pandolfi²⁶, quien tras citar los antecedentes, incluso el bíblico mencionado, concluye que: “La pretensión de incluir la fellatio in ore en el significado de la sodomía no resiste un análisis detenido y tiene como único anclaje la superflua referencia de Tejedor. Ni aún en el vocabulario del Derecho canónico actual, es aceptado este significado ampliado del vocablo sodomía, como lo demuestra la propia cita de Chiapini que se trata de una fornicación “onanística contranatura”²⁷. Tengamos en cuenta que si el onanismo es un vicio solitario, está claro que no se trata de una actividad *cum altro*, como por definición es un acceso carnal. Del análisis exegético-dogmático surge, pues, que la “fellatio in ore” no constituye acceso carnal, y por ende, que si la misma es impuesta contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, la figura penal afectada es la del viejo art. 127 y no la del actual 119 CP. Es por ello que luego de la reforma, encontrará alojamiento en el párrafo 2° del artículo 119 y no en el tercero. Se aprecia entonces que el coito oral, y su consecuencia la violación oral, no solamente no existe en la ley penal vigente por razones exegéticas, sino también por implicaciones de carácter lingüístico, anatómico, fisiológico, psicológico, entre otras.

Por su parte Creus no se opone a que la fellatio in ore constituya actualmente una forma posible de violación. Al comentar la ley 25.087 al respecto expresó: “Si bien en nuestra doctrina el concepto de acceso carnal no es tan restringido como en otras (...) extendiéndolo a la penetración del miembro viril masculino por cualquier orificio del cuerpo de la víctima en cuanto revista un ‘contenido’ sexual de contacto carnal en la cultura

²⁶ PANDOLFI, “*Delitos contra la Integridad Sexual (ley 25.087)*”. Ediciones La Rocca, 1999, pág. 32 y ss.

²⁷ ROYO MARÍN, ANTONIO, “*Teología moral para seglares*”, Madrid, 1973, vol. I, pág. 466.

media de la sociedad, no faltarán quienes sigan negándose a calificar como acceso carnal al coito bucal, pese a la expresión ‘por cualquier vía’ no obstante que la inclusión de esos casos fue uno de los motivos que al legislador le suscitó el deseo de reforma²⁸.

En la reforma operada por la ley 25.087 se plasmaron posiciones doctrinarias y jurisprudenciales relativas a disímiles situaciones. Una de ellas, vino a aclarar que el ahora abuso sexual con acceso carnal, se trata de violación cuando la penetración se efectúa por cualquier vía.

Uno de los antecedentes que el legislador tuvo en cuenta para desvanecer las dudas existentes sobre si la fellatio in ore era violación o abuso deshonesto fue el fallo emitido por la Sala III de Casación Nacional en autos “Bronsztein, Daniel Enrique s/rec. de casación” -reg. 501/98 del 19/11/98-²⁹ en el que se sostuvo que: “comete el delito de violación quién penetra con su órgano sexual masculino en la cavidad bucal de persona de uno u otro sexo, mediando la utilización de fuerza o intimidación”³⁰.

En concordancia con dicho fallo en los autos “Ifrañ, Carlos Alberto s/rec. de casación” del 28/8/02 y en “Ramírez, Sergio M. s/ rec. de casación” del 4/2/04, la misma Sala, confirmó que dicha conducta encuadra en la figura prevista y reprimida por el art. 119, párrafo tercero, inciso “b” del Código Penal; toda vez, que tal como surge de la ley 25.087 que reformara el artículo mencionado, se configura el delito de violación cuando “hubiere acceso carnal por cualquier vía”, siendo una de ellas la penetración del miembro sexual masculino en la cavidad bucal de una persona.

Esta interpretación es la que mejor se ajusta a los criterios jurídicos, científico e histórico. En nuestra tradición jurídico-legal siempre se consideró violación tanto al ayuntamiento de hombre a hombre por vía rectal (sodomítico), como al acoplamiento bucal o coito oral³¹.

¿Violación o abuso deshonesto?

Debe considerarse que siendo la violación un acto en esencia violento, caracterizado por el goce de una persona que utiliza a otra contra su voluntad; toda conjunción carnal llevada a cabo sobre una persona de cualquier sexo que involucre actividad

²⁸ CREUS, CARLOS, “*Delitos Sexuales según la ley 25.087*”, J.A., 1999-III- pág. 807/815.

²⁹ LA LEY, 1998-F, 692 – DJ 1999-1. 341.

³⁰ Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 8º Reunión -4º Sesión ordinaria -14 de abril de 1999-.

directa de la libido del actor, que pueda representar para el mismo el coito o una forma sucedánea de éste con intervención de sus órganos genitales, en la que exista una penetración o inmisión, aunque fuera mínima, en un orificio corporal de la víctima sin importar si esa cavidad es normal o anormal para el acto; constituye 'acceso carnal', y en consecuencia configura el delito de violación y no el de abuso deshonesto. Por lo dicho, comete el delito de violación quien penetre con su órgano sexual masculino en la cavidad bucal de persona de uno u otro sexo haciendo uso de fuerza o intimidación.

Oposiciones sobre esta postura

Como se mencionó, Núñez rechazaba que se considerase la "fellatio in ore" violenta como delito de violación. Entendía que al carecer la boca de glándulas erógenas no resultaba apta como elemento constitutivo del concubito. "La boca, como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta así incapaz de generar un coito, aunque sea anormal. Su uso violento o fraudulento no puede, por consiguiente, implicar un coito violento o abusivamente logrado. Su utilización sexual violenta o abusiva sólo significa un abuso deshonesto en el cuerpo ajeno"³². En la misma corriente se enrolaban otros calificados doctrinarios como Laje Anaya³³, Molinario³⁴, Eusebio Gómez³⁵, Giuseppe Maggiore³⁶, Mario Manfredini³⁷, Francesco Vallardi³⁸ y Alfredo Achaval³⁹, y ese criterio emergía también en numerosos pronunciamientos judiciales⁴⁰.

Siguiendo la interpretación de la Sala III de Casación Nacional, el coito oral no se diferencia de otra penetración contra natura y no interesa si este conducto está dotado o no de zonas erógenas. El que accede al mismo, como sustituto de la vagina o para su propia satisfacción erótica, sin importarle la situación de la persona que lo soporta,

³¹ Leyes de Partidas, Partida VII, título XX, ley III; y Bula del Papa Pío IV de 1568.

³² NÚÑEZ, "Tratado de Derecho Penal", t. III, v. II, Ed. Córdoba, Córdoba 1988, ps. 249/250.

³³ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 342.

³⁴ MOLINARIO, ob. cit., p. 422.

³⁵ GÓMEZ, "Tratado de derecho penal", t. III, ps. 84, 86 y 87.

³⁶ MAGGIORE, "Derecho Penal", Parte Especial, vol. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1955, p. 60)

³⁷ MANFREDINI, "Dei delitti contro il nuon costume o l'ordine delle famiglie", en "Trattato di diritto penale"

³⁸ VALLARDI, t. IX, Milano, 1921, p. 108.

³⁹ ACHAVAL, "Delito de violación", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 179.

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional: sala I "Longo, Eduardo H.", rta. 7/10/82, y "Gascón, Angel" rta. el 14/6/83; sala IV "Blanco, Néstor" rta. 2/8/83; entre muchos otros; y en particular, sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, causa N° 628 "Rey, Carlos Alberto s/rec. de casación", Reg. N° 1002 del 13/11/97.

estará cometiendo este delito. Ello se apoya que en el acceso carnal violento -como delito- se descarta la coparticipación sensual de la víctima y debe rechazarse la postura de la doctrina que pretende eliminar a la boca como orificio apropiado para la comisión del mismo por carecer de condiciones erógenas.

Discusión jurisprudencial

La diversidad de criterios también se vio reflejada en la jurisprudencia, que se dividió en distintas posturas tal como lo hicieron los autores.

Un fallo del Superior Tribunal de Córdoba del 31 de mayo de 1948 (LL, 51-917), estableció que el coito in ore encuadra en el delito de violación. Nueve años después, el mismo Tribunal cambió de parecer acogiendo una tesis opuesta. El 7 de mayo de 1957 (LL, 60-25) determinó que el autor, al haber logrado su acto mediante violencia, encuadra en la calificación que corresponde al abuso deshonesto porque si bien ese acto ha consistido en una introducción del órgano sexual en el cuerpo de las víctimas, esa penetración no lo ha sido por vía anal, la cual es la única que según el art. 119 del C.P y la concepción corriente, genera el acceso carnal propio de la violación entre varones.

Oportunamente, la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal sostuvo invariablemente el mismo criterio respecto que la “fellatio in ore” no configura el delito de violación, sino el de abuso deshonesto⁴¹.

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14, mediante sentencia del 10/11/97, decidió por mayoría que: "el concepto de acceso carnal del art. 119 comprende toda penetración del órgano masculino en orificio corporal de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o una equivalente de la misma, por eso la “fellatio in ore” configura el delito de violación".

Para tratar esta conducta debemos concebir que la “fellatio in ore” posee características privilegiadas de los denominados delitos independientes. Que contiene, ciertamente, todos los elementos de otro delito (violación) y que puede ser agravamiento de ese otro delito con tipos autónomos con su propio tipo (clase) de injusto. Ello me lleva a considerar, para evitar confusión, derivaciones típicas y la frecuente discusión jurisprudencial

⁴¹ Sala VI, 5/6/81, rep. LL, XLI, A-I, 16, sum. 2; Sala I, 7/10/82, fallo 25.989; Sala IV, 2/8/83, fallo 27.523.

cial, que debe ser legislado como delito autónomo y sancionado con una pena superior del injusto que lo contiene (art. 119 CP).

ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Conclusiones

1. Todos los actos deben ser tratados conceptualmente como ofensas graves desde la perspectiva del Derecho, y si bien la vía de la penetración violenta y forzada las tiene de por sí, no menos significativa resulta la degradación de la víctima por sobre los efectos de la injuria al bien jurídico que se pretende tutelar.

2. La nueva ley debió ser más específica al momento de redactar el tipo penal, ya que la única manera posible para unificar los criterios es que el mismo señale, expresamente, que la penetración por vía bucal es acceso carnal y que configura el agravante del abuso sexual con acceso carnal. Ciertamente, la vaguedad del tipo debió complementarse con la voluntad unívoca del legislador ya se evidencia que, si no incluyó expresamente al coito oral fue porque evidentemente no quería equipararlo con la violación.

3. La 'fellatio in ore' consumada contra la voluntad del sujeto pasivo constituye, indudablemente, el delito de violación y no el de abuso deshonesto. La acción típica del ilícito acuñado en el art. 119 del CP es tener acceso carnal forzosamente logrado. Vale decir, que se trata de la penetración del órgano sexual masculino en cavidad natural de la víctima. Tomando esto como válido; puede afirmarse que la penetración por vía bucal, sea hombre o mujer el sujeto pasivo y existiendo violencia real o presunta para su consumación, constituye delito de violación; ya que es vulnerado, al igual que en los otros modos de acceder, el derecho de las personas a consentir voluntariamente sobre el trato sensual, a determinar con absoluta libertad sus conductas íntimas y a no ser agredida su reserva sexual.

4. Los bienes jurídicos tutelados de esta figura están siendo contemplados penalmente por el legislador siempre y cuando aparezcan como delitos de alto contenido de derecho natural por sobre las conductas de derecho positivo, es decir, en ámbito de la coyuntura. Por eso, es que estos últimos parecen ceder en el orden de precedencia en el Código Penal por un reconocimiento de inferioridad de valores frente a delitos de mayor trascendencia mediática que ocupan un lugar de preeminencia.

Por ello estimo que el legislador, al tipificar este delito, no tuvo en cuenta la

trascendencia de las conductas en cuestión. Esta circunstancia privilegió la protección del moderno bien jurídico, despersonalizándolo, para motivar la intervención estatal, ocasionando con ello la consiguiente generación de problemas de atipicidad de la conducta estudiada y por ende en la dosimetría de su pena.

5. Por último no resulta irrelevante ante la posible atipicidad de la fellatio in ore, abrir el debate legislativo acerca de si no sería oportuna la inserción al Código Penal como tipo delictivo con estructura propia y sancionado con una pena distinta del injusto que lo contiene. Es esta corriente se debe tener en cuenta no sólo la imputación de culpabilidad por el hecho cometido, sino también, que este tipo de conducta acarrea un importante riesgo social debido a las circunstancias culturales y valorativas que repercuten en el ámbito de la justicia penal.

mec@mariocorigliano.com.ar

BIBLIOGRAFÍA

- CARRARA, “*Programa del curso de derecho criminal*”, cit. 1513.
- FONTÁN BALESTRA, “*Tratado de Derecho Penal*”, Parte especial, T° V, p. 56, 57 ss.
- MORAS MOM, JORGE R. “*Los delitos de Violación y corrupción*”, p. 14.
- URE, E. J. “*Los delitos de violación y estupro*”, Ideas, p. 51.
- MORENO, RODOLFO [h.], “*El Código Penal y sus antecedentes*”, t. IV, p. 233 ss., H.A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923.
- NÚÑEZ, RICARDO, “*Manual de Derecho Penal*”, Parte Especial, 2da. edición actualizada por Víctor Reinaldo. Córdoba, Lerner Editor, 1999, pág 106 y ss.
- NÚÑEZ, R. “*Derecho Penal Argentino*”, Parte Especial, IV, Edit. Bibliográfica Argentina, 1964, pág. 248 y ss.
- GRAVIER, ENRIQUE A. “*Delitos contra la integridad Sexual*” Lerner, 2a. edición.
- CREUS, CARLOS, t. 1, pág. 188.
- ACHÁVAL ALFREDO, “*Delito de violación*” Abeledo, Bs.As., 1992, pág. 179 a 182.
- MUÑOZ CONDE, “*Derecho Penal*”, Parte Especial, Tirante lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 168.
- MAGGIORE, “*Derecho Penal*”, t. IV, págs. 260, 278, comentario del art. 521, 2da. parte del Cód. Italiano.
- HUNGRÍA, NELSON “*Comentarios ao Código Penal*”, Río de Janeiro, 1954, t. VIII, págs. 107 y 124.
- DONNA, EDGARDO A., “*Delitos contra la integridad Sexual*”, edit. R. Culzoni, 2000, pág. 58 y ss.
- CARMONA SALGADO, “*Manual de Derecho Penal*” Revista de Derecho Privado, Madrid, t.1, pág. 242.
- PANDOLFI, “*Delitos contra la Integridad Sexual (ley 25.087)*”. Ediciones La Rocca, 1999, pág. 32 y ss.
- ROYO MARÍN, ANTONIO, “*Teología moral para seglares*”, Madrid, 1973, vol. I, pág. 466.
- CREUS, CARLOS, “*Delitos Sexuales según la ley 25.087*”, J.A., 1999-III- pág. 807/815.
- NÚÑEZ, R. “*Tratado de Derecho Penal*”, t. III, v. II, Ed. Córdoba, Córdoba 1988, ps. 246/250.

LAJE ANAYA, ob. cit., p. 342.

MOLINARIO, ob. cit., p. 422.

GÓMEZ, "*Tratado de derecho penal*", t. III, ps. 84, 86 y 87.

MANFREDINI, "*Dei delitti contro il nuon costume o l'ordine delle famiglie*", en "*Trattato di diritto penale*"

VALLARDI, t. IX, Milano, 1921, p. 108.

DOCTRINA y JURISPRUDENCIA

Fuentes consultadas

SCBA., 7-5-48, DJBA, 24-345; SC Tucumán, 11-7-39, La Ley, 15-818; CF La Plata, 28-11-30, JA, 34-773. SCBA, 21-6-60, Fallos: 1960-IV-292, SCBA, 13-6.44, RLL, VI-1322, s.2. "*Proemio*", tít, 21. pág. 7.

LA LEY, 1998-F, 692 – DJ 1999-1. 341.

Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 8° Reunión -4° Sesión Ordinaria -14 de abril de 1999-.

Leyes de Partidas , Partida VII, título XX, ley III; y Bula del Papa Pío IV de 1568.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional:

Sala I "Longo, Eduardo H.", rta. 7/10/82, y "Gascón, Angel" rta. el 14/6/83.

Cámara Nacional de Casación Penal:

Sala IV "Blanco, Néstor" rta. 2/8/83. Sala IV causa N° 628 "Rey, Carlos Alberto s/rec. de casación", Reg. N° 1002 del 13/11/97. Sala VI, 5/6/81; Sala I, 7/10/82, fallo 25.989; Sala IV, 2/8/83, fallo 27.523. Sala III, "Bronsztein, Daniel Enrique s/rec. de casación" -reg. 501/98 del 19/11/98, "Ifrañ, Carlos Alberto s/rec. de casación" del 28/8/02 y "Ramírez, Sergio M. s/ rec. de casación" del 4/2/04.