

SEMINARIO FINAL DE ABOGACIA

Proyecto de Investigación Aplicada

FELLATIO IN ORE

***Discusiones sobre su encuadre legal en el marco de la Ley
25.087***

Autor: Lic. Roberto M. Suarez

Carrera: Abogacía

Año: 2011

RESUMEN

El objetivo principal de esta investigación, consiste en hacer un estudio descriptivo de los fundamentos que ostentan las dos corrientes doctrinarias que se enfrentan a la hora de encuadrar la conducta delictiva conocida como “*Fellatio In Ore*”, ya sea en el segundo o en el tercer párrafo del Artículo 119 del Código Penal Argentino. Para unos doctrinarios, considerados dentro de la denominada “Tesis Restrictiva”, la conducta delictiva consiste en un “Abuso Sexual Gravemente Ultrajante”, mientras que para quienes se enrolan en la denominada “Tesis Amplia”, el hecho constituye un “Abuso Sexual con Acceso Carnal”. Haciéndose eco de los fundamentos de una u otra doctrina, los máximos tribunales de justicia de la Provincia de Mendoza y de la Provincia de Entre Ríos, han sentado jurisprudencias disímiles respecto del encuadre legal de la “*Fellatio In Ore*”, situación que el autor considera como grave caso de inseguridad jurídica, pues una u otra orientación doctrinaria implica la aplicación de escalas penales diferentes. Debido a que la hipótesis de trabajo consiste en determinar si resulta menester una modificación de la redacción actual del Artículo 119 del Código Penal Argentino con el objeto de superar la discusión, las soluciones dadas a la misma problemática en derecho comparado resultarán de suma importancia.

ABSTRACT

The main objective of this research, consist of doing a descriptive study of the two foundations that hold the two current doctrinal that are framing when the criminal conduct known as “*Fellatio In Ore*”, in either the second or third paragraph of article 119 of the Argentine Penal Code. For some doctrinaires, considered within the so called “Restrictive Thesis”, the criminal conduct is a “severe sexual abuse outrageous”, while for those who enrol in the so called “extensive thesis”, the fact constitutes a “sexual abuse with carnal access”. Reflecting the foundations of one or another doctrine, the highest courts of justice of the province of Mendoza and the Province of Entre Ríos, have established dissimilar jurisprudences regarding the legal frame of the “*Fellatio In Ore*”, situation in which the author considers as a serious case of legal uncertainty, because one or another doctrinal orientation implies the application of different penal scales. Because the working hypothesis is to determine if it is necessary a modification of the current wording of the article 119 of the Argentine Penal Code with the object to overcome the discussion. The solutions given to the same problematic in comparative law will result of much importance.

Proyecto de Investigación Aplicada

FELLATIO IN ORE

*Discusiones sobre su encuadre legal en el marco de la Ley
25.087*

- INTRODUCCIÓN:

La importancia del tema que abordaremos no es menor dentro del derecho penal argentino. Se trata de las implicancias jurídicas de la “FELLATIO IN ORE” (o penetración por vía bucal) y las distintas posiciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales que con el correr del tiempo han surgido sobre la materia respecto de su correcto encuadre legal en el marco de los tipos penales detallados en la legislación penal de la República Argentina.

La última redacción del Art. 119 del Código Penal Argentino, dada por Ley 25.087, que fuera publicada en el B.O. del 14-05-99, relata en tres párrafos los tipos penales que abarca y en su parte final discurre sobre las circunstancias agravantes.

Nuestro problema de investigación esta orientado a determinar si la conducta doctrinariamente conocida como “fellatio in ore”, encuadra en el segundo o tercer párrafo del precitado artículo, lo cual da por descartado el análisis detallado tanto del primer párrafo, de los agravantes, así como de los restantes delitos contra la integridad sexual que se encuentran dentro del Título III, Capítulo II del Código Penal; temas que no obstante expondremos de forma general, para dar una visión mas completa de las figuras que se relacionan con el caso en estudio.

Adherir a una u otra postura resulta determinante a los efectos de la pena; aún más, puede sostenerse que la interpretación que resulte dominante marcará el camino jurídico a seguir ante la ocurrencia de estos hechos delictivos.

Es muy rica la producción doctrinaria, pudiendo distinguirse claramente dos posturas que dividen aguas, las cuales nos presentan premisas nada despreciables como fundamento de sus razonamientos.

Los más destacados autores argentinos en materia de derecho penal se encuentran en andariveles diferentes en cuanto a la interpretación y encuadre propuestos.

También a nivel de jurisprudencia las posturas de distintos tribunales superiores de justicia provinciales han abrazado una u otra doctrina, razón por la cual hallaremos fallos encontrados sobre esta materia, lo cual hará mucho mas rica y sustentable nuestra investigación.

Consecuentemente, nuestra tarea intentará responder a las siguientes preguntas: ¿Cuáles son los dos tipos penales del Art. 119 del Código Penal Argentino, donde los doctrinarios pretenden encuadrar la *fellatio in ore*?; ¿Para fijar su postura, la

jurisprudencia recurrió a lo ya señalado por la doctrina o agregó nuevas consideraciones que justificaran su orientación?; ¿Cuál es el tratamiento jurídico dado a la cuestión en el derecho comparado?; ¿Resulta necesaria una modificación a la redacción actual del Art. 119 del Código Penal?.

- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN:

Haber elegido una temática tan puntual como tema de investigación, obedece a nuestra necesidad de efectuar un aporte a una discusión doctrinaria y jurisprudencial que no debería suscitarse en el ámbito del derecho penal.

Si bien los intérpretes últimos de la constitución y de las leyes son los jueces, no consideramos procedente a la luz del Art. 18 de la constitución nacional, que una norma penal “tenga dos interpretaciones diferentes” y que ello tenga su consecuencia más relevante en la cuantía de la pena.

En cuestiones penales la interpretación de los tipos debe ser restrictiva y la analogía no debe tener cabida. Entonces, que exista la posibilidad de caminos diferentes a la hora de interpretar los alcances de un tipo penal, sin perjuicio de la prevalencia de una doctrina sobre otra, nos parece, a nuestro modo de ver esta problemática, un caso de inseguridad jurídica que está afectando nada menos que a uno de los derechos fundamentales del hombre que integra una comunidad que se rige por el Estado de Derecho: LA LIBERTAD AMBULATORIA.

Por ello, es que nos avocamos al estudio de la problemática con el objeto de desentrañarla, exponerla, compararla y, si nos resulta posible, criticarla constructivamente en nuestras conclusiones, tal vez arriesgándonos a proponer un relato lingüístico diferente para la norma en cuestión que no peque de insuficiente, pero tampoco por padecer de una abstracción excesiva, vuelva a dejar librado a la interpretación de los operadores jurídicos nada menos que el tiempo de privación legal de la libertad de un individuo.

Sabemos que la justicia que perseguimos es un valor inalcanzable que sólo nos guía, si con nuestro aporte nos aproximamos un poco más a ella estaremos más tranquilos y alejaremos de la voluntad de los obligados las decisiones que sólo debe tomar la ley penal, afirmando su carácter heterónomo.

- OBJETIVO GENERAL:

Analizar las controversias suscitadas en torno al encuadre jurídico de la fellatio in ore, exponiendo las posturas doctrinarias y jurisprudenciales predominantes en nuestro país y en el derecho comparado. A partir de este análisis, se intentará determinar si resulta conveniente o necesaria una modificación a la legislación penal que contemple expresamente la figura.

- OBJETIVOS PARTICULARES:

- Analizar los alcances de las figuras penales contenidas en el Art. 119° del Código Penal Argentino.
- Exponer las dos posturas doctrinarias predominantes y el punto jurídico de quiebre que marca la diferencia entre ambas.
- Reseñar las tendencias de la jurisprudencia nacional en la materia.
- Realizar un análisis de las soluciones adoptadas en el derecho comparado.
- Determinar, a partir de las conclusiones obtenidas, la necesidad de modificación parcial del Art. 119 del Código Penal Argentino.

- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES:

En cuanto al análisis doctrinario, nos acompañarán autores de la talla de Enrique Gavier¹, Edgardo Donna², Oscar Pandolfi³ y Jorge Buompadre⁴, entre otros, cuyos

¹ GAVIER, Enrique Alberto, Delitos contra la integridad sexual, Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

² DONNA, Edgardo Alberto, Delitos contra la integridad sexual, 2da. Edición Actualizada, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.

³ PANDOLFI, Oscar A., Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087), Comentario de Mariana P. Sica, La Ley 2000-D.

razonamientos confrontaremos con la otra línea de pensamiento a cuya vanguardia tenemos a Carlos Fontán Balestra⁵, Víctor Reinaldi⁶, Carlos Creus⁷ y Carlos Parma⁸, para sólo mencionar algunos nombres.

El antecedente legislativo básico es la Ley 25.087, que modificó el Art. 119 y sobre cuya redacción pesa toda la responsabilidad respecto del surgimiento de las líneas de pensamiento que nos ocuparán.

Como para hacer una aproximación de la calidad de la discusión a la que ingresamos, exponemos lo dicho por Buompadre al referirse al término “*acceso carnal por cualquier vía*”, diciendo que “*Se trata, a nuestro modo de ver, de una desafortunada redacción del artículo, pues no hay que agudizar mucho el ingenio para percibir que la expresión “por cualquier vía” puede ser legítimamente interpretada con una visión tan amplia (recordemos que donde la ley no distingue...) que la penetración del pene por cualquier vía, sean naturales (orificios nasales y auditivos) o artificiales (heridas, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales de sujetos transexuales, etc.) conduzca a la aplicación de la agravante. Si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, puede interpretarse que tal omisión se ha debido a la intención de que “también” otros supuestos – además de la fellatio in ore- queden abarcados por el tipo calificado...”*⁹

He, en este párrafo anterior, una de las bases de la discusión: la terminología utilizada por el legislador y porqué no, la no utilizada, pudiendo haberlo hecho.

Jurisprudencialmente, resultará enriquecedor analizar los fallos de los altos tribunales provinciales y para ser más específico los de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza¹⁰ y del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos¹¹, ya que cada uno abraza una de las enfrentadas posturas.

⁴ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, Doctrina Judicial. La ley 1999, tomo 3.

⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal. T. IV. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.

⁶ REINALDI, Víctor Félix, Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, 1999.

⁷ CREUS, Carlos. “Delitos sexuales según la ley 25.087”, Jurisprudencia Argentina, 1999, tomo III.

⁸ PARMA, Carlos, “Delitos contra la integridad sexual. Modificación del Capítulo II, título III del Código Penal”. En: La Ley on line: <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main> 26/09/2005.

⁹ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, Ob. Cit., Pág. 736.

¹⁰ Ver Fallo Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, FISCAL C/ BÁEZ LEGUIZAMÓN, OSCAR EDUARDO P/ ABUSO SEXUAL, S/CASACIÓN, del 27/9/2001, causa N° 70.975.

¹¹ Ver Fallo en Causa “MENDOZA, JUAN R. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN CONCURSO DE REAL-RECURSO DE CASACIÓN” dictado el 4 de junio de dos mil tres por la Sala 1 en lo Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

Identificado nuestro problema de investigación, solo cabe agregar que la tarea no consistirá solamente en hacer una detallada exposición de las distintas posturas, sino que culminará con nuestras conclusiones y aportes sobre el tema.

- METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN:

El tipo de estudio que se utilizará será descriptivo, pues se expondrán las posturas doctrinarias y jurisprudenciales en torno a las consecuencias jurídicas de la selección terminológica utilizada por el legislador en los párrafos 2do. y 3ro. del Art. 119 del Código Penal Argentino. Éstas representan la base teórica del trabajo que emprendemos.

Como resultado expondremos enunciados veraces a partir de datos empíricos confiables emergentes de la ley positiva (Art. 119 Código Penal, principalmente párrafos segundo y tercero), de las dos vertientes doctrinarias principales y también de la jurisprudencia, considerando que ésta última cristaliza y se torna invariable (cosa juzgada material), haciendo referencia a un suceso de la realidad empírica (caso concreto del hecho delictivo en estudio), que culmina siendo calificado como “verdad real”, cuya obtención se persigue en derecho penal, a través de la realización de unos pasos rituales preestablecidos en la ley adjetiva aplicable (ése es el método interno que persigue su obtención).

Por ese calificativo de “invariable” que asignamos a los casos que nos brinda la jurisprudencia, es que los tenemos como “datos empíricos confiables”.

La estrategia metodológica será del tipo cualitativa pues “*los datos son los discursos producidos por los sujetos estudiados*”¹² (Ley, Doctrina y Jurisprudencia).

Lo cuantitativo, resulta irrelevante, pues la predominancia de una u otra postura no obedece a una mayor o menor cantidad de casos en estudio, sino a la interpretación de los alcances de la normativa en cuestión, que es la que en definitiva lleva a que se adopten posturas doctrinarias y jurisprudenciales encontradas en sus cualidades.

Al tratarse entonces de un estudio cualitativo, nos orientaremos a confirmar la hipótesis planteada, pues éstas “*(...) no son el punto de partida del proceso metodológico, más bien son el punto de llegada*”.¹³

¹² YUNI, José Alberto; URBANO, Claudio Ariel, Recursos Metodológicos Para la Preparación de Proyectos de Investigación, Editorial Brujas, Córdoba, Argentina, Pág. 43.

¹³ Ídem, Pág. 85.

Las bases teóricas y empíricas del estudio encuentran su delimitación temporal desde la sanción de la Ley 25.087, publicada en el B.O. del 14-05-99, que dio la redacción vigente del Art. 119 del Código Penal Argentino; hasta nuestros días. Lapso en el que surgieron las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de la investigación que nos ocupa.

Las fuentes a utilizar son primarias y secundarias pues si bien los autores consultados esbozan sus estudios o deducciones originales en libros o revistas especializadas, en los mismos trabajos citan a autores que han trabajado sobre el tema para poder confrontar las opiniones de éstos con las propias y en consecuencia mostrar las premisas que fundamentan su razonamiento y los conceptos que conforman su teoría sobre el mismo tema.

Dentro de las primarias, -entendida ésta como exposición original de conocimiento por parte de su autor-, vamos a incluir al texto base de la discusión que esta dado por el Art. 119 del Código Penal Argentino, cuya autoría es atribuida al “legislador” como técnicamente se lo denomina desde lo jurídico.

En el marco de las fuentes secundarias, que nosotros nos inclinamos en este caso por definir como primarias/secundarias, pues contienen tanto información original sobre el tema, como elaboraciones de trabajos de otros autores; vamos a incluir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia (ambas en sus dos vertientes).

ÍNDICE GENERAL

- INTRODUCCION.....	3
- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN.....	4
- OBJETIVO GENERAL.....	5
- OBJETIVOS PARTICULARES.....	5
- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.....	5
- METODOLOGIA DE INVESTIGACIÓN.....	7

Capítulo I Abuso Sexual Examen del Capítulo II, del Título III, del Código Penal Argentino

- Art. 119 C.P.A.....	11
- Abuso Sexual Simple.....	12
- Abuso sexual gravemente ultrajante.....	17
- Abuso sexual con acceso carnal.....	19
- Agravantes del Segundo y Tercer Párrafo del Art. 119 del C.P.A.	20
- Arts. 120 y 124 C.P.A.	21

Capítulo II Bien Jurídico Protegido

- Bien Jurídico.....	22
- Antecedentes legislativos previos a la reforma introducida por ley 25.087	24

Capítulo III

Argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que encuadran la Fellatio in Ore dentro de la figura del Acceso Carnal

- Acceso Carnal para los defensores de la denominada “Tesis Amplia”	26
- Otros doctrinarios destacados que adhieren a esta corriente.....	27
- Referencia Jurisprudencial.....	30

Capítulo IV Argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que encuadran la Fellatio in Ore dentro del Abuso Sexual Gravemente Ultrajante

- Acceso Carnal para los defensores de la denominada “Tesis Restrictiva”	32
- Otros defensores de la Tesis Restrictiva.....	35
- Referencia Jurisprudencial.....	39

Capítulo V
Tratamiento de la fellatio in ore en Derecho comparado

- Distintas Posiciones	42
------------------------------	----

Capítulo VI

- Conclusiones.....	45
---------------------	----

APÉNDICE

FALLO: “Mendoza, Juan R.-Abuso sexual con acceso carnal y privación ilegítima de la libertad en concurso -recurso de casación”- Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala N° 1 en lo penal - 04/06/2003.....	49
FALLO: “FISCAL C/ BÁEZ LEGUIZAMÓN, OSCAR EDUARDO P/ ABUSO SEXUAL, S/CASACIÓN”, del 27/9/2001, causa N° 70.975, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II...	60
- BIBLIOGRAFÍA.....	67

Capítulo I

Abuso Sexual

Examen del Capítulo II, del Título III, del Código Penal Argentino

- **Art. 119 del Código Penal Argentino:**

A partir de lo dicho en la introducción, resulta menester como preludeo insoslayable, comenzar analizando los contenidos vigentes del Art. 119 del Código Penal Argentino, el cual, en sus tres primeros párrafos, reza como sigue:

119. [Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera 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.

La pena será de cuatro a diez 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 a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.¹⁴

Pasaremos a continuación a analizar detalladamente la redacción del artículo, con el objeto de separar los tipos penales que contiene y desentrañar los alcances de cada uno de manera objetiva, pues en capítulos posteriores ingresaremos a aquellas cuestiones que dividen el pensamiento de la doctrina y jurisprudencia dominantes que se encuentran en pugna interpretativa, tema que constituye la “columna vertebral” de la investigación.

- Abuso Sexual Simple:

El tipo penal del primer párrafo del Art. 119 del C.P.A., contiene la figura básica denominada “Abuso Sexual Simple”, que consiste en la comisión de la siguiente conducta delictiva: “ (...) *el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera 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.*”

De esta figura de base, parten las restantes consideraciones, circunstancias y agravantes que contiene el resto del Art. 119.

Comentan los Dres. Rombolá y Reboiras que “*El delito consiste en abusar sexualmente de otra persona sin su libre consentimiento, sin distinción del sexo de la víctima, utilizando el cuerpo de la misma para la realización de actos de carácter sexual impúdico, ya sea obrando sobre dicho cuerpo u obligando a la víctima a realizar actos sobre el propio cuerpo del autor.*”¹⁵

Comienza a vislumbrarse que el calificativo de “simple” que le da la doctrina a este tipo penal se debe a la ausencia de acceso carnal por cualquier vía, pues esos casos están contemplados en el párrafo tercero.

Antes de continuar con el análisis, resulta útil detenernos en averiguar el certero significado de la palabra “abuso”, pues si bien existe una comprensión popular del

¹⁴ Art. 119º Código Penal Argentino, sus tres primeros párrafos, extraído de la obra “Código Penal de la Nación Argentina, Comentarios y Jurisprudencia”, de los Dres. ROMBOLÁ, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martín, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires, 2005, Pág. 305.

¹⁵ ROMBOLÁ, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martín, “Código Penal de la Nación Argentina, Comentarios y Jurisprudencia”, Ob. Cit., Pág. 306.

término que nos acerca a significados tales como extralimitación, aprovechamiento o dominación excediendo ciertas reglas, no es menos importante incorporar los significados de la lingüística y de los estudiosos del mundo del derecho. Dicen los doctrinarios que nos acompañan en los primeros pasos de este trabajo sobre el significado de la palabra “**ABUSO: Ejercicio o empleo irregular, incorrecto, immoderado, excedido y desmedido de cosas, personas, circunstancias o derechos. (...).**”¹⁶. En el Diccionario Sopena Color encontramos, en la segunda acepción una definición escueta pero esclarecedora: “**ABUSO: (...)** *Aprovecharse*”¹⁷.

Didácticamente orientados en la significancia general de la palabra abuso, podemos ingresar al análisis del “Abuso Sexual Simple”, que es el tipo penal previsto en el primer párrafo del Art. 119 del C.P.A.

El hecho de que el legislador utilice el binomio “abuso sexual”, denota implícitamente que hay situaciones que no están contempladas en el tipo penal y que se trata de aquellos actos sexuales que no constituyen abuso (ni cualquier otro delito de índole sexual), pues existen relaciones sexuales entre personas de igual o distinto sexo que al no caer en los extremos jurídicos de la legislación penal, quedan fuera de su alcance y encuadran sin más en las prescripciones del Art. 19 de la Constitución Nacional, que textualmente dice: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.(...)*”

Debidamente delimitada la figura desde sus aspectos lingüísticos y jurídicos, analicemos ahora por partes la construcción legislativa del párrafo primero:

- “*(...) el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, (...)*”, ésta terminología denota explícitamente que la víctima puede ser tanto masculina como femenina e implícitamente el sujeto activo también.

- Continúa el párrafo diciendo “*ésta fuere menor de trece años, (...)*”, ello significa que con trece años cumplidos en adelante la persona tiene la suficiente madurez intelectual para “consentir el acto” sin que esa expresión de voluntad se encuentre objetivamente viciada. Al contrario, si aún no ha alcanzado los trece años, la existencia de consentimiento resulta irrelevante y la “falta de edad” se transforma en un extremo objetivo que hace a la punibilidad; “*se presume que por debajo de una edad*

¹⁶ ROMBOLÁ, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martín, “Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Ruy Díaz, Segunda Edición, Buenos Aires, 2005, Pág. 17.

¹⁷ Diccionario Ilustrado Sopena Color, Editorial Sopena Argentina S.A, Buenos Aires, 1994, Pág. 8.

*determinada el consentimiento no es válido, pues la persona no se encuentra desarrollada desde el punto de vista psíquico, intelectual y afectivo.”*¹⁸

- **“o cuando mediar violencia, (...)”**, abarca tanto la violencia física como también el uso de medios hipnóticos o narcóticos según lo prescribe el Art. 78 del C.P.A.; sobre la diferencia entre ésta y la coacción, resulta esclarecedor citar a Laje Anaya al decir que *“cuando el medio utilizado es la fuerza física, se llega al acto prohibido porque éste fue resistido y esa resistencia vencida. Cuando lo que media es la coacción, el individuo accede voluntariamente, pero con un consentimiento viciado por el miedo o temor que se ha infundido”*.¹⁹

- **“amenaza, (...)”**, recordemos que ésta debe cumplir con los requisitos de grave, es decir tener la suficiente entidad como para aplacar la voluntad de la víctima y también juega un rol importante la inminencia de la misma, en tanto que no le otorgue tiempo a la víctima para evitarla o requerir ayuda a las autoridades. Consecuentemente, *“el mal con que se amenaza debe ser inminente, grave, serio y posible, a lo que cabe agregar que el peligro que importa no puede ser evitado de un modo diferente que el de cumplir con los designios del delincuente”*.²⁰

- **“abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, (...)”**: este supuesto se refiere a aquellas circunstancias que en la víctima se encuentra bajo la autoridad o en dependencia jerárquica del sujeto activo, el cual valiéndose de esta condición abusa de aquella. Lo que no hay que perder de vista aquí es que la amenaza debe provenir de dicha relación y que debe tener suficiente entidad para que la víctima acceda, con su voluntad viciada, a los designios del abusador, como bien lo dice Donna: *“siempre debe existir, a raíz de la dependencia, de la autoridad o del poder, una forma de violencia o amenaza por la cual la víctima accede a la pretensión del autor.”*²¹

- **“o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.”**: dentro de este supuesto pueden caber diversas circunstancias que el/la victimario/a pueden aprovechar para la comisión del acto abusivo, desde estados de sedación, enfermedad, inmovilidad por parálisis, privación de la razón o

¹⁸ TENCA, Adrián Marcelo, Delitos sexuales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, Pág. 45.

¹⁹ LAJE ANAYA, Comentarios al Código Penal, citado por TENCA, Adrián M., en su Ob. Cit., Pág. 40.

²⁰ TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit. Pág. 40.

²¹ DONNA, Edgardo Alberto, Delitos contra la integridad sexual, 2da. Edición Actualizada, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, Pág. 31.

cualquier otra circunstancia que el juzgador deberá analizar para cada caso en particular que se le presente.

Sólo de modo enumerativo, agregamos algunos casos que la doctrina considera incluidos en este apartado, tal sería el de la **Víctima Privada de Razón**, lo cual se observa “(...) *cuando por un trastorno de carácter psíquico no puede consentir libremente el acto sexual. No se trata de cualquier enfermedad mental, sino sólo de aquellas que pudieran invalidar el consentimiento prestado*”.²²

Resulta orientativa a este respecto la delimitación de este tipo penal que efectúa Buompadre, cuando dice: “*pensamos que lo más destacable de la reforma sea el haber introducido el verbo aprovecharse (de la condición de la víctima) como especial referencia subjetiva relacionada con el obrar del autor, con lo cual queda suficientemente claro que no es suficiente para el encaje penal de la conducta la sola situación de inferioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima (por Ej. ciertas clases de enfermedades mentales o de otras incapacidades), sino que es necesario que el autor se aproveche de dicha situación, esto es, valiéndose de una condición preexistente, de manera que sin este aprovechamiento el tipo delictivo no concurriría. Con arreglo al nuevo texto, entonces, no toda relación sexual con un enfermo mental o con un incapaz, por ese solo hecho, es punible. De este modo, se respeta el derecho de los enajenados o incapaces a su propio trato sexual.*”²³

Los doctrinarios también hablan de la **Víctima privada de sentido**, la que, a diferencia de la privada de razón, no padece trastorno psíquico o mental alguno. “*Esto supone la carencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas de la víctima, por razones no patológicas.*”²⁴. Los estados más comunes son el sueño, el desmayo, la intoxicación alcohólica o el sonambulismo. En este caso “(...) *la víctima tampoco comprende lo que hace, pero ya no por carecer de madurez mental, ni por sufrir una alteración mental, sino porque padece un estado de inconsciencia o una alteración importante de ésta. Como consecuencia de ello el acto carece de su consentimiento y transforma en delictivo el obrar del autor*”²⁵, quien –se aprovecha– de ello.

²² TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit. Pág. 30 y 31.

²³ BUOMPADRE, Artículo citado, Pág. 735.

²⁴ CARMONA SALGADO, citado por DONNA en su Ob. Cit., Pág. 35.

²⁵ TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit., Pág. 33.

También tenemos el caso de la **Víctima Imposibilitada de Resistir el Acto**, en éste supuesto no hay resistencia de la víctima que obligue al autor del delito a utilizar fuerza alguna (ya que de recurrir a ella la conducta caería en uno de los supuestos ya estudiados), tampoco hay un impedimento psíquico por el cual la víctima no se resista (de ser así estaríamos ante la hipótesis de falta de razón o de sentido); tampoco debe recurrir a las amenazas para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, pues si bien ésta existe contraria a los deseos del autor, no hay posibilidad de expresarla físicamente.

Aquí *“la víctima puede comprender el sentido del acto, pero no puede oponerse materialmente a su ejecución en virtud de un impedimento material que la imposibilita, cuya base se encuentra en una ineptitud física. Tal imposibilidad física para resistir el acto sexual debe ser total (...) El estado de vulnerabilidad debe provenir de un estado físico o de salud, entendido tal como cualquier proceso patológico orgánico-funcional que le impida al sujeto pasivo oponer resistencia al acto sexual de acuerdo a su voluntad”*²⁶

Cae en esta figura el acto del abusador que aprovechando el descuido o posición de la víctima, la abusa por sorpresa (abuso sexual simple), *“El tocamiento sorpresivo es aquél en el cual el autor no utiliza violencia alguna, sino que, por el contrario, se vale del descuido de la víctima para llevar a cabo el roce o tocamiento inverecundo”*²⁷, en este caso la víctima, por esas circunstancias no pudo ni consentir ni resistir dicho acto que hasta supera su capacidad de reacción posterior por la rapidez y el efecto inmediato que causa en ella.

Para dar un semblante definitivo a la figura del primer párrafo del Art. 119 del C.P.A. que analizamos, el doctrinario Adrián Tenca dice que comete esta conducta *“tanto aquel que realiza tocamientos sobre la víctima, como quien se hace tocar por la víctima (la obliga a tocar partes pudendas) o la obliga a realizar tocamientos a un tercero (...) no hay abuso deshonesto en los casos en los cuales el autor realiza actos impúdicos sobre su propio cuerpo y obliga a la víctima a contemplarlo, con independencia de que pueda constituir el delito de corrupción o privación de la libertad agravada.”*²⁸. Finalmente, resulta importante destacar que *“no se tipifica el abuso por palabras que pronuncie el autor.”*²⁹

²⁶ DONNA, Edgardo Alberto, Ob. Cit., Págs. 35 y 36.

²⁷ TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit. Pág. 51

²⁸ Ídem anterior, Págs. 19 y 20.

²⁹ DONNA, Edgardo Alberto, Ob. Cit., Pág. 20

Como corolario, es importante a esta altura destacar que las corrientes doctrinarias que se encuentran enfrentadas en encuadrar la “*Fellatio In Ore*” en el segundo o tercer párrafo del Art. 119; no lo están en cuanto a que la misma “escapa por completo” y queda fuera de las prescripciones del primer párrafo del citado artículo.

También es dable observar respecto de la actitud negativa y de oposición de la víctima para consentir el acto, que la misma no necesariamente debe aparecer durante todo el episodio abusivo, pues según el medio utilizado por el sujeto activo, la resistencia tal vez no pueda ser expresada ni siquiera desde el principio (imaginemos un arma en la cabeza de una víctima aterrorizada, que solo pretende no perder la vida); en efecto, “*no se requiere una resistencia desesperada ni que hayan sido vencidos todos los esfuerzos posibles. No deben buscarse mujeres heroínas que entregan sus vidas en la protección de su honor, ni violadores colosos de fuerza o poder. Debe, en consecuencia, aceptarse que la víctima decline finalmente su integridad sexual con el fin de conservar su integridad física y, en tales circunstancias, soporte que un hombre la posea de hecho.*”³⁰

- Abuso sexual gravemente ultrajante:

Reza el segundo párrafo del Art. 119 del C.P.A.. “***La pena será de cuatro a diez 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***”.

Este tipo penal no está desconectado del primer párrafo, sino que se basa plenamente en él, pues al decir “... *cuando el abuso...*”, implica que a partir de las conductas allí encuadradas, concurrirá el agravante cuando a éstas se le sumen los extremos de “*duración o circunstancias de su realización*” que alcancen entidad suficiente a criterio del juzgador para configurar un “*sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*”.

Así, “*la acción típica no difiere de la ya analizada en la figura básica. Se trata de actos objetivamente impúdicos, realizados bajo alguna de las circunstancias previstas en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal. Sin embargo, la agravante requiere, además, que el abuso se prolongue en el tiempo, o se realice bajo circunstancias especiales, que tienen como fin un sometimiento sexual gravemente*

³⁰ TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit. Pág. 39.

*ultrajante.*³¹. Sobre las particularidades de este párrafo y haciendo hincapié en la objetividad que no debe perderse de vista al momento de la calificación del hecho, sigue diciendo Donna “*Por nuestra parte entendemos que lo “gravemente ultrajante”, son los actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico, y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí. Con lo cual no se puede tomar en cuenta la sensibilidad extrema de la víctima, sino el carácter objetivo del acto . Por ende tampoco depende la agravante de una víctima poco sensible, como en el caso de una prostituta acostumbrada a ser sometida, ya que el hecho es objetivo, por lo que en este caso la mujer o el hombre que sufre el abuso tendrá la misma protección por la ley. Esto debe ser abarcado por el dolo, por lo que el sujeto debe querer abusar de una manera más gravosa para la víctima.*³² (subrayado por nosotros).

Respecto del significado de la palabra “ultraje”, el diccionario de ciencias jurídicas y sociales define al “*Ultrajador: Persona que mediante el empleo de palabras o hechos ataca el honor de otra persona.*”³³; por su parte el diccionario Sopena Color dice: “*Ultraje: Afrenta grave, desprecio, Insulto.*”³⁴

Son muy claros los conceptos de Pandolfi sobre la figura al decir: “*parecería que el plus que requiere la figura del párr. 2º, frente a la del 1º, estaría representado por una actividad del sujeto activo que busca satisfacción sexual a través de actos perversos que implican – sobre todo – una degradación, una humillación, una denigración de la víctima. Normalmente, los hechos aquí descriptos tenderán a provocar una agravación de la secuela psíquica que este tipo de agresiones usualmente produce en quien las sufre*”³⁵

Respecto de la “**duración**” del abuso como agravante, es evidente que el legislador, aunque no lo menciona, ha querido referirse a una prolongación temporal del ataque en lo mas y no en lo menos, es decir, que se haya extendido el abuso por un tiempo para repetirlo una y otra vez en un mismo y único “encuentro” entre víctima y victimario, o que si bien los abusos son temporalmente cortos en cuanto al tiempo de sometimiento de la víctima, se prolongan repetidamente durante días, meses o años.

³¹ DONNA, Edgardo Alberto, Ob. Cit. Pág. 47.

³² Ídem anterior, Pág. 50.

³³ ROMBOLÁ Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martín, “Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales”, Ob. Cit., Pág. 914.

³⁴ Diccionario Ilustrado Sopena Color, Ob. Cit., Pág. 368.

³⁵ PANDOLFI, Oscar A., Delitos contra la integridad sexual, Editorial La Roca, Bs. As., 1999, Pág. 31.

La duración entonces, *“debe ser entendida de dos modos diferentes: a) Reiteración o repetición de actos impúdicos objetivamente similares en los que coinciden víctima y victimario, o b) Que el acto se prolongue por un tiempo mayor al necesario para consumir el acto impúdico”*³⁶.

En lo que se refiere a *“circunstancias de su realización”* no debemos perder de vista que las mismas deben asignar entidad al “ultraje”, tanto en las circunstancias que rodean el hecho, como las que lo conforman. Como ejemplo de las primeras, sería la comisión del hecho frente a los hijos menores de la víctima, mientras que de la segunda sería el caso de atar a la víctima durante el ataque, escupirla o quemarla con cigarrillos.

Entonces *“la ley se refiere a las diversas modalidades que puede asumir el acto impúdico, en la medida en que éste aparezca como un verdadero sometimiento sexual gravemente ultrajante. Las circunstancias pueden referirse al acto en sí mismo (objetivamente entendido) o bien a lo que rodea el acto.”*³⁷

- Abuso sexual con acceso carnal:

Art. 119, tercer párrafo, C.P.A.: *“La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.”*

Recordemos brevemente entonces las circunstancias del primer párrafo *“el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera 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.”*

Si bien la reserva sexual como bien jurídico protegido ya se ve lesionada en los dos primeros párrafos del artículo, en este caso lo es del modo mas superlativo que puede existir, porque en circunstancias normales (fuera de la figura delictiva), la permisión de la penetración genital en el propio cuerpo, bajo condiciones de pleno discernimiento, intención y libertad, por parte de otra persona, constituye el acto de mayor entrega sexual.

³⁶ TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit., Pág. 58.

³⁷ Ídem anterior, Pág. 58.

En efecto, el atropello a esta decisión personalísima de la vida privada, es considerado por el legislador como determinante para asignar a la figura una pena mayor que los otros casos de abuso estudiados.

Respecto de las condiciones que debe revestir el ataque sexual para quedar configurado, Donna nos dice que *“podemos definir al acceso carnal como la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar el coito, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación (...) Para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona(...)no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, basta con que ella haya existido real y efectivamente.”*³⁸

Por su parte, Tenca nos dice que *“con la nueva redacción de la norma en cuestión tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y pasivos del delito de abuso sexual con acceso carnal.”*³⁹. El autor funda su postura en el cambio del verbo típico que se operó por ley 25.087 en la nueva redacción del artículo 119: *“al ser el nuevo verbo típico “haber” (en lugar de “tener”) y no hacer ninguna referencia respecto de cuál debe ser la conducta del sujeto activo, como lo hacía la redacción anterior (“el que tuviere”), no cabe duda alguna de que con la nueva redacción del art. 119 la mujer puede ser autora del delito de violación (...)”*⁴⁰.

Cabe recordar que con la redacción anterior derogada, tan solo el hombre podía ser tenido como violador, como sujeto activo de este delito y esa era de doctrina y jurisprudencia dominantes.

Ya el propio texto del tipo “masculinizaba” al autor (por así decirlo), mientras que actualmente el legislador aprecia con objetividad el acto abusivo y le asigna la consecuencia jurídica al autor material cuando simplemente en el hecho *“hubiere acceso carnal por cualquier vía”*.

- Agravantes del Segundo y Tercer Párrafo del Art. 119 del C.P.A.:

La exposición de los mismos, por su claridad, no demanda el desarrollo de un análisis que ayude a la comprensión didáctica y debido a que no constituyen parte central en esta investigación, solo se transcriben a modo informativo:

³⁸ DONNA, Edgardo Alberto, Ob. Cit. Pág. 63.

³⁹ TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit., Pág. 94.

⁴⁰ Ídem anterior.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte 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 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.*

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

- Arts. 120 y 124 C.P.A.:

Por los mismos motivos indicados supra, a continuación sólo se realiza una transcripción del articulado vigente que completa el Capítulo II del Título III del Código Penal, a saber:

Art. 120. (Ley 25.087)

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.

Art. 124 (Ley 25.087)

Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en el caso de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

Capítulo II

Bien Jurídico Protegido

- Bien Jurídico:

Antes de analizar el bien jurídico protegido en los delitos de orden sexual que estamos estudiando, resulta menester hacer una breve reseña sobre lo que significa un “bien jurídico”.

En primer lugar debemos recordar que si bien la moral y el derecho suelen tener puntos de contacto en cuanto a ciertos valores o a la aceptación y rechazo de algunas conductas, aquella se atiene al dictado de comportamientos y limitaciones que la misma persona se auto-impone y que se relacionan con el ser.

De allí que la moral es concebida como un concepto “autónomo”, y el individuo, de acuerdo al cuadro normativo interno al que se encuentra voluntariamente aferrado, sabrá para sí lo que está bien y lo que está mal.

Actualmente, debido a la heterogeneidad de ideas y libertad de cultos que fundamentalmente prima en la sociedad occidental, se habla de una “ética de mínimos” que acusa la existencia de pocos pero fundamentales puntos de contacto o acuerdo en cuestiones de moral, como la contracara de una “ética de máximos”, que operaba en el

pasado medieval y en ciertas naciones del mundo oriental actual, donde el “Estado” impone la moral a seguir.⁴¹

A diferencia de lo expuesto, el derecho, entendido como ese conjunto de normas que rigen la vida del hombre en sociedad, no nace de la misma persona que debe cumplirlo, sino de órganos que la sociedad se ha dado en su conjunto y que tienen el poder de dictar normas de carácter “heterónomo”, es decir, que están por encima de la voluntad de los obligados y que imponen un “deber ser” (una conducta, no un pensamiento).

Ese deber ser que contiene la norma positiva, en caso de no ser observado, acarrea una consecuencia, que para la rama del derecho que nos ocupa, es de orden penal.

Mas allá de estos conceptos diferenciadores, es bueno reconocer que el orden jurídico encuentra en la moral de la sociedad donde se aplica un pilar muy importante donde se asienta, porque como individuos que la conformamos, sabemos que en general hay una cuota de moral en nuestras acciones que opera como primer freno antes de infringir una norma jurídica, pues en primer lugar el individuo hace o deja de hacer algo porque “sabe que está mal”, antes que por temor a la sanción de orden penal.

Advertida la diferencia, cabe agregar que, en cuestiones de normativa penal *“(…) el bien jurídico es el criterio rector de elección, sistematización e interpretación de las normas jurídico-penales. En efecto, la creación de un delito o su descriminalización, tienden a la tutela o a su exclusión del ámbito penal, respectivamente.”*⁴², más claro aún resulta citar a Bacigalupo cuando dice: *“El derecho penal amenaza y castiga con pena, y mediante la creación de tipos penales, la lesión o puesta en peligro de los intereses esenciales para la convivencia social. Estos intereses se denominan, en tanto son protegidos jurídicamente, bienes jurídicos”*.⁴³

En síntesis, a partir de la importancia que una sociedad le otorgue a ciertos valores, al punto de considerarlos “protegibles”, ellos comenzarán a ser bienes jurídicos desde la entrada en vigencia de la ley que dispone su protección, castigando las conductas que los lesionen.

⁴¹ Véase el libro “Ética de la Empresa”, de CORTINA, Adela, Editorial Trotta, Madrid, 1994.

⁴² MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho, Revista de Derecho Penal y Criminología, T. 1, 1991.

⁴³ VON LISZT, citado por BACIGALUPO, Enrique, Manual de derecho Penal, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, Pág. 1.

- Antecedentes legislativos previos a la reforma introducida por ley 25.087:

El primer indicador de cambio en la concepción del bien jurídico protegido a partir de la sanción de la ley 25.087, es que el Título 3 abarcaba los denominados “Delitos contra la Honestidad”, que actualmente se titula “Delitos contra la Integridad Sexual”.

En aquella rúbrica anterior, la honestidad era tenida como un condicionante de las figuras delictivas, consecuentemente, la víctima “debía demostrar su honestidad” para lograr la efectiva imputación del agresor, el cual, por su parte, podía defenderse atacando esta condición.

A la vista, aquellos encuadres legales tenían una visión moralizante pues, para el caso previsto en el derogado art. 120, que rezaba “*Se impondrá (...) cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior.*”

Si la mujer no podía demostrar su honestidad o por el contrario su conducta sexual era públicamente conocida, la influencia del reproche moral cristalizaba de inmediato impidiendo la imputación por infracción al derogado Art. 120 del C.P.A.

Este reproche moral al que hacemos referencia, no es más que la influencia que el pensamiento jurídico-penal mostraba a fines del siglo XIX y principios del XX.

En este sentido, bastan las reflexiones de Francesco Carrara, cuando sobre el particular dice: “(...) *la violencia inferida a las meretrices no sólo turba menos la opinión de la propia seguridad de las mujeres honestas, sino que realmente resulta lesionado un menor número de derechos. En las mujeres honestas, el delito de violencia carnal lesiona dos derechos: el de conservación del propio pudor, que es lesionado mediante la corrupción del cuerpo, y el derecho a la libertad personal, que es lesionado al quedar subyugada la voluntad. En cambio, en las meretrices no podrían considerarse seriamente como lesión de un derecho la corrupción del cuerpo, ya demasiado corrompido, ni la violación del pudor, ya irremediabilmente perdido por esas pobres mujeres: por lo tanto, para constituir el objeto jurídico del delito, sólo nos queda en este caso el derecho a la libertad personal.*”⁴⁴

Evidentemente se tenían en cuenta los “antecedentes de la conducta sexual de la víctima”, sin considerar que la libertad sexual, es decir la libre determinación sobre la

⁴⁴ CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. II 4, Editorial Temis, Bogotá, 1997, Pág. 269.

propia vida sexual, que se manifiesta eligiendo a la pareja que mejor le plazca, de cualquier sexo, cobrando o no por esa actividad, haciéndolo con la frecuencia que desee y en la forma que por propia voluntad acepte; no puede representar una cuasi condena, para que al momento de un ataque de orden sexual, pese sobre la víctima este “castigo previo que merece por no ser una mujer honesta”, beneficiando en forma directa al agresor.

Con esta antigua concepción, cualquier marido que abusando del débito conyugal forzaba a su esposa a una relación sexual no querida por ella, quedaba fuera de todo alcance penal.

El concepto sobre el bien jurídico protegido cambió con la reforma introducida por Ley 25.087, abandonó el tinte “moralizante” y pasó a proteger la “Integridad Sexual”.

Si bien Pandolfi hace una crítica apreciable: *“la palabra integridad en su segunda acepción, referida a lo sexual, significa virginidad y la palabra íntegro, también en su segunda acepción, significa recto, probo, intachable.”*⁴⁵, tratando de demostrar que el legislador no se ha alejado de la visión moralizante; en realidad nosotros vemos que a partir de la sanción de la ley 25.087 la calificación penal se ha objetivado, dejando de lado la vida sexual previa de la víctima.

Para cerrar este capítulo, que con el anterior intentan dar una visión general del marco normativo en el que realizamos el trabajo, *“(...) la integridad sexual hace referencia a un aspecto de la libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad.(...)Con relación a los adultos, se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual; con respecto a los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, preservándolos de lastres y traumas impuestos por terceros. En éste último ámbito, el bien jurídico protegido es la libertad sexual potencial, “in fieri”.*”⁴⁶

⁴⁵ PANDOLFI, Oscar A., “Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)”, Comentario de Mariana P. Sica, La Ley 2000-D, Págs. 19 y 20.

⁴⁶ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal", Doctrina Judicial, La ley, 1999, tomo 3, Pág. 733.

Capítulo III

Argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que encuadran la Fellatio in Ore dentro de la figura del acceso carnal

- Acceso Carnal para los defensores de la denominada Tesis Amplia:

Habiendo llegado al punto central de esta investigación, resulta importante aclarar que la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en afirmar que la violación queda tipificada a partir del acceso carnal y que no resultan determinantes para la configuración del delito, que el acto sexual llegue a la perfección fisiológica o que el acceso carnal sea completo.

En este sentido Fontán Balestra es claro y afirma que *“El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o un equivalente anormal de él. La característica esencial del concepto está dada por la idea de penetración de suerte que cualquiera otra relación sexual que no importe penetrar, carece de tipicidad para configurar el delito que nos ocupa, en tanto que la penetración es suficiente para tener por satisfecho el requisito del acceso carnal. No es necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea*

*completa. La libertad sexual que la ley tutela lo mismo se ve coartada en unos y otros casos”.*⁴⁷

El punto de quiebre pasa por determinar cuáles son las conductas que caen dentro del “acceso carnal”, y en esta búsqueda ya podemos identificar la postura y argumentos del maestro Fontán Balestra cuando sostiene que “...*se dividen las opiniones en punto a incluir o excluir del concepto de acceso carnal la penetración del miembro masculino en la boca del sujeto pasivo (fellatio in ore)(...). A nuestro juicio no son decisivos los argumentos que apoyan la idea de limitar el alcance de la norma sólo a la vía vaginal y anal. El criterio jurídico del acceso carnal, más amplio que el biológico, ha sido entendido como la actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del actor, que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste. Así vistas las cosas, el coito oral no se diferencia esencialmente de otra penetración contra natura.*”⁴⁸

Su argumentación sostiene que el criterio jurídico del acceso carnal es más amplio que el biológico (que queda limitado a las vías genitales) y que por tanto si resulta que el sujeto activo puede realizar una penetración en la víctima en obediencia a su libido, entonces hay acceso carnal en la fellatio in ore.

- Otros doctrinarios destacados que adhieren a esta corriente:

El autor citado, se encuentra dentro de lo que se conoce como una “concepción amplia”, que resulta atacada por su contracara, la “posición restrictiva”, que será expuesta mas adelante.

Dentro de la tesis amplia, también encontramos a Figari, quien atacando la postura del Maestro Ricardo Núñez, en tanto éste último sostenía que la boca no contenía zonas erógenas que la hicieran apta para una relación sexual (aclaremos que descubrimientos posteriores a la desaparición del Dr. Núñez detectaron que no solo la boca no posee esas glándulas, sino tampoco la vagina y el ano⁴⁹), dice que: “(...) *debe destacarse que no importa que ese orificio, como conducto que se interna en el cuerpo de la víctima, esté dotado o no de zonas circunvecinas erógenas, y no interesa porque*

⁴⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. IV, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, Págs. 62 y 63.

⁴⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos, Ob. Cit., Pág. 64.

⁴⁹ Ver NÚÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, actualizado por REINALDI, VICTOR FELIX, 4ta. Edición, Editorial Lerner, Córdoba 2009, Pág. 142.

*lo que cuenta es la anormalidad del conducto y función, que es usado, por el sujeto activo como sustituto de la vagina para su propia satisfacción erótica sin que se tenga en cuenta como va a reaccionar el sujeto pasivo que lo soporta. Cabe recordar que se está hablando de un acceso carnal violento donde se descarta de plano la coparticipación consensual y sensual de la víctima. Por ello y teniendo como máxima premisa que la violación, por sus características, es un acto esencialmente violento, enmarcado por el goce de una persona utilizando a otra contra su voluntad, debe deducirse que toda esta conjunción carnal puesta de manifiesto sobre una persona de cualquier sexo y que involucre la actividad directa de la libido del sujeto activo de modo que pueda representar para el mismo el coito o una forma análoga del mismo, con intervención de los órganos genitales, existiendo una penetración – por mínima que ésta sea – en orificio corporal de la víctima – entendidos éstos por las tres vías posibles- sin atender a que esa cavidad es normal o anormal para la concreción de tal acto, debe reputarse como acceso carnal en el más lato sentido del vocablo y consecuentemente configura el delito de violación, debiéndose descartar la tipificación del abuso sexual gravemente ultrajante”.*⁵⁰

Estas posturas no consideran la capacidad sexual natural de la boca de la víctima para sostener el encuadre de la fellatio in ore dentro de las prescripciones del párrafo tercero del art. 119, sino el fin de uso que le da el sujeto activo, quien sólo pretende satisfacer su apetito sexual.

Tratándose de un ataque, que salvo el extremo jurídico de consentimiento viciado por falta de edad (también punible), ha sido desplegado contra la voluntad del sujeto pasivo, la excitación no aparece de manera natural o querida, pues no hay una entrega voluntaria a partir del deseo mutuo que lleve a la víctima a excitarse en busca de placer o desahogo sexual, por el contrario, si bien ésta termina accediendo para evitar un mal mayor, lejos de estar excitada y disfrutando del acto, no solamente está en una situación de rechazo, repugnancia e impotencia sino que aguarda con ansias que el sometimiento termine.

También es cierto que la redacción del tercer párrafo del art. 119, en lugar de haber utilizado terminología inequívoca y explícita, solo dice “por cualquier vía”,

⁵⁰ FIGARI, Rubén E., Delitos de índole sexual, Doctrina Nacional Actual, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, Pág. 150.

quedando en manos de la interpretación el alcance de estos términos, conformando el quid de la discusión que nos ocupa.

Qué mejor entonces que citar fragmentos del debate parlamentario y conocer los dichos de algunos legisladores que participaron en el tratamiento legislativo de la ley 25.087.

En efecto, el Senador por La Rioja Jorge Yoma dijo: “(...) *el hallazgo principal es un tema que ha preocupado a jueces y a juristas en estos tiempos, y es el problema de la fellatio. Se sigue caracterizando como abuso deshonesto la penetración del pene en la cavidad bucal de una persona, cuando obviamente constituye el mismo nivel de agresión sexual que el acceso carnal (...)* Hace poco hubo un caso en Córdoba, donde a quien indujo a la fellatio a una menor de trece años se le dieron solo tres años de prisión, con lo cual, debido al tiempo de prisión preventiva que ya había cumplido el adulto condenado, ya debe haber salido en libertad, situación que es totalmente aberrante por el delito gravísimo que había cometido. También tenemos el caso hace unos años de un taxista en el que hubo una célebre sentencia. La Cámara de diputados pretende incorporar el tema de la fellatio como violación, separándolo del abuso deshonesto...”⁵¹

Por su parte, el senador por Mendoza José Genoud sostuvo: “*La ampliación de este tipo penal tiene por objeto impedir lo que actualmente se reitera en la jurisprudencia penal argentina: que la fellatio in ore sea considerada abuso deshonesto y no violación, cuando constituye un hecho degradante que puede desviar la conducta moral de la víctima.*”⁵²

Meridianamente claras las intenciones de los legisladores de querer encuadrar la fellatio in ore dentro de la doctrinariamente conocida “violación”, pero esa circunstancia no quedó plasmada en la “letra de la ley”, ya que en la misma no se leen las vías del acceso carnal, sino que se infieren.

No obstante ello, la posición doctrinaria que estamos exponiendo, sostiene que sí quedó reflejada esa voluntad en la ley, porque para ellos el término cualquier vía incluye la vaginal anal y bucal.

⁵¹ Antecedentes Parlamentarios, Pág. 1623, Citado por CLEMENTE, José Luis, Abusos Sexuales, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, 2000, Págs. 95 y 96.

⁵² Citado en el fallo que es comentado por GRASSI, Ricardo Jorge, “Alcance del término cualquier vía para configurar el delito de violación”, Doctrina Judicial, La ley, 2004, tomo 3.

En el mismo sentido entonces, tenemos a Carlos Parma, quien sostiene que *“En el tercer párrafo la norma alude al “acceso carnal” por cualquier vía, renovándose y ampliándose la tesis de la antigua violación(...)Hoy ha mutado la concepción terminológica hacia el “abuso sexual con acceso carnal”, modificándose lo que se denomina académicamente el “nomen iuris”, en consecuencia deberá construirse el concepto en torno a lo dispuesto por este artículo 119 del Código Penal...Aquí lo que movió los hilos de la reforma fue el poder introducir la “fellatio in ore” al cuerpo legal positivo vigente, solucionando de esta manera un viejo anhelo victimológico, pues la figura equipara la citada “fellatio in ore” a la violación, dando seguridad jurisprudencial a esta discusión “sine die”.*⁵³

Para Carlos Parma, la discusión ha terminado, sostiene que ya está todo claro y que con la sanción de la ley 25.087 las diferencias han quedado definitivamente superadas, él no basa sus razonamientos en cuestiones fisiológicas de la víctima ni del victimario, sino en la nueva terminología utilizada por la rúbrica actual del Art. 119 párrafo 3ro. del C.P.A., *“lo relevante es que quedan de lado, los ancestrales altercados doctrinarios en la materia (...) El acceso carnal como sinónimo de coito supone un sujeto accedente y uno accedido. La penetración del órgano viril masculino deberá ser vaginal, anal o bucal, resultando absurdo maquinar otro orificio (oreja, nariz)”*.⁵⁴

Otros autores enmarcados dentro de la tesis amplia, fundan su posición ya no en cuestiones fisiológicas o terminológicas sino en el cambio que se produjo en el “Bien Jurídico Protegido”, que dejó de ser la “honestidad” para pasar a ser la “integridad sexual de la víctima”, es decir (como ya habíamos referido), la libertad sexual.

Ante el ataque por fellatio in ore (que es acceso carnal por vía bucal), dicha libertad está quebrantada y por ende el delito queda configurado *“...porque con esa penetración al igual que en los otros modos de acceder, se vulnera el derecho de las personas a tener voluntario y consentido trato erótico”*.⁵⁵

- Referencia Jurisprudencial:

En consonancia con ésta última tesitura la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en el fallo testigo que marca el camino adoptado por el máximo

⁵³ PARMA, Carlos, Delitos contra la integridad sexual, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, Págs. 73 y 74.

⁵⁴ Ídem anterior, Págs. 75 y 76.

⁵⁵ REINALDI, Víctor Félix, Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino, Córdoba, Marcos Lerner, 1999, Pág. 72.

tribunal, se expresó el Dr. Luis Böhm y dijo: “(...) *también el bien jurídico protegido en la rúbrica, esto es la integridad sexual, entendida como la facultad del individuo de auto determinarse respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual, libertad sexual como inviolabilidad del sujeto sexualmente libre cumple a mi juicio una función de interpretación teleológica de la norma en cuestión, y nos permite sin duda concluir que el objeto de protección de la norma, se encuentra igualmente vulnerado cuando el acceso se produce por vía vaginal, anal u oral*”.⁵⁶

⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, Fiscal c/ Báez Leguizamón, Oscar Eduardo p/ abuso sexual s/casación 27/9/01, causa N° 70.975.

Capítulo IV

Argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que encuadran la Fellatio in Ore dentro de la figura del Abuso Sexual Gravemente Ultrajante

- Acceso Carnal para los defensores de la denominada “Tesis Restrictiva”:

En contraposición a la postura vista en el capítulo precedente, ésta es la denominada “restrictiva”, pues no considera a la fellatio in ore pasible de ser encuadrada como un “acceso carnal”, por las motivaciones y razonamientos que se exponen infra.

Nuevamente debemos exponer el concepto de “acceso carnal”, ahora desde la óptica del otro frente doctrinario, como punto de partida necesario que nos llevará a la comprensión de sus razonamientos.

El maestro Ricardo Núñez, nos presentaba unas premisas basadas en la estructura biológica de la boca, aduciendo que *“La introducción por vía bucal (fellatio in ore) no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119 (se refiere al artículo ya derogado), sino que, realizada violenta o fraudulentamente, es un abuso deshonesto, previsto entonces en el art. 127 CP (también ya derogado) y castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años”*. Continúa diciendo: *“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”*. Agrega su actualizador Dr. REINALDI, Víctor Félix en 2009, lo siguiente: **“Pero estas**

*razones fueron desvirtuadas por descubrimientos posteriores que han demostrado que no solo la boca no posee esas glándulas sino tampoco, la vagina y el ano”*⁵⁷

Como vemos, para el Dr. Ricardo Núñez, desaparecido físicamente antes de la sanción de la ley 25.087, la fellatio in ore no constituía acceso carnal, sino un abuso deshonesto. No vigente ya ésta última tipificación, para el Dr. Núñez, hoy, la conducta en estudio encuadraría en el tipo penal denominado “abuso sexual gravemente ultrajante”.

Del análisis, se desprende que para Núñez la boca quedaba exceptuada de ser una vía apta para el acceso carnal, porque no podía “generar el coito”, basándose en cuestiones de orden biológicas desvirtuadas en la actualidad (*zonas erógenas circunvecinas*).

Yendo al auxilio del diccionario, obtenemos que **coito**. (*Del lat. coïtus*). **1. m. Cópula sexual**.⁵⁸ Mientras que **cópula**¹. (*Del lat. copŭla*). **1. f.** Atadura, ligamiento de algo con otra cosa. **2. f.** Acción de copular. **3. f. Fil.** Término que une el predicado con el sujeto.⁵⁹

Siendo estos significados los que culturalmente corresponden a nuestra sociedad y más aún teniendo en cuenta que son dados por el organismo testigo en cuanto al uso y significancia de nuestra lengua, podemos interpretar que coito, desde el punto de vista estudiado, implica unión sexual entre dos (a diferencia de contacto), con lo que no observamos una diferencia sustancial entre la boca y las otras dos vías posibles para el acceso carnal.

También es dable observar que en cualquiera de las tres vías el sujeto activo logra su finalidad sexual, que no es otra cosa que el deseo previo de penetración, sin perjuicio que alcance o no el clímax y también, por cualquiera de las tres vías que se produzca el ataque, la reserva sexual de la víctima se ve atropellada, que no es otra cosa que el bien jurídico protegido.

⁵⁷ NÚÑEZ, Ricardo, Ob. Cit., 2009, Pág. 142.

⁵⁸ Significado obtenido por visita electrónica al Diccionario de la Real Academia Española, publicado en www.rae.es.

⁵⁹ www.rae.es., Ob. Cit.

En efecto, no podemos desconocer que el denominado sexo oral es una práctica social habitual, aceptada por algunos y rechazada por otros, empero, en cualquier caso la víctima pierde la oportunidad de decidir sobre su vida sexual y es accedida carnalmente.

Sin perjuicio de ello, la postura antes referida, al considerar la inexistencia de “acceso carnal” en la fellatio in ore, inmediatamente remite a encuadrar dicha conducta en las prescripciones del párrafo 2do. del Art. 119 del C.P.A.

Otros autores, se enrolan en la postura restrictiva, ya no por cuestiones biológicas de la víctima, sino que debido a que al no decir explícitamente el párrafo tercero las “vías” que comprende el encuadre, la configuración con este tipo penal a partir de la fellatio in ore, implica interpretar por analogía, principio cuya aplicación está prohibida en derecho penal, pues para el caso, la interpretación no estaría siendo restrictiva, sino amplia para poder incluir un concepto sobre el que hay serias diferencias doctrinarias y jurisprudenciales.

Consecuentemente, *“El principio de interpretación restrictiva también se expresa en un segundo momento que, sin duda, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restringido. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización”*.⁶⁰

La certeza y claridad en la redacción de la legislación penal, son unas herramientas que deben ser tenidas muy en cuenta por los legisladores, debido a que el principio de legalidad pesa con fuerza indiscutible a la hora de la interpretación restrictiva y la prohibición de la analogía.

Tal vez la intención legislativa estuvo presente y clara en los pasos previos a la sanción de la ley, pero al no quedar inequívocamente plasmada en su letra, no podemos recurrir a aquella claridad incipiente como respaldo de lo que está ausente, no dicho.

En materia de derecho penal la ciudadanía requiere de reglas claras, para poder atenerse de manera mas segura a la esfera de libertad donde la ley no interviene, por imperio del Art. 19 “in fine” de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio, Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, Pág. 112.

- Otros defensores de la Tesis Restrictiva:

Continuando dentro de la posición “restringida”, seguidamente se exponen dos argumentos que se centran en que ante el ataque por fellatio in ore, la víctima tiene unas posibilidades de defensa superiores que si es accedida por otras vías.

Uno de ellos es el Dr. Pandolfi, quien además de acompañar al Dr. Ricardo Núñez en sus argumentos, al decir que la boca, a diferencia del ano, no cumple una función semejante a la de la vagina, *“no solamente porque carece de glándulas y de terminales nerviosas erógenas, sino porque se trata de una cavidad cuya abertura depende para su regulación de la exclusiva y consciente voluntad del sujeto pasivo. Por ello, y por lo ya visto, de que no basta con abrir la boca para que se pueda consumir el acto completo, sino que la víctima tiene que succionar, no puede constituir un sucedáneo del coito impuesto, mediante el sometimiento de la víctima por la fuerza. Igualmente, no se puede olvidar que detrás de la boca cerrada (lo que obviamente no ocurre con las otras dos) hay dos mandíbulas apretadas, con nada menos que treinta y dos dientes, lo cual entraña un potencial medio de defensa de terribles consecuencias para el agresor (la posibilidad de apretar las mandíbulas y provocar una tremenda herida en el pene de aquél mordiéndolo), circunstancia ésta que no se presenta en las otras vías.”*⁶¹

Nuevamente podemos advertir que esta postura cae en consideraciones ajenas al bien jurídico protegido, que es el elemento objetivo que en justicia se persigue defender y que no debe perderse de vista.

Sin perjuicio de ello, mas allá que pueda ser posible ese accionar defensivo, no debemos olvidar que previamente ha existido una circunstancia que ha logrado doblegar la voluntad de la víctima a un estado suficiente para renunciar a su “reserva sexual” y con ello evitarse el cumplimiento de la amenaza o la continuidad de los golpes.

Pensamos que una agresión (mordida) al malhechor, multiplicaría de inmediato su potencial agresividad, no solo por venganza, sino porque instintivamente intentará defenderse y la víctima no tendrá un final airoso.

Sabido esto, pueden buscarse en la jurisprudencia casos como el propuesto por Pandolfi y no serán encontrados, lo cual demuestra que ante el análisis de los hechos de la realidad (datos empíricos), el sometimiento bajo amenazas y/o violencia es efectivo y

⁶¹ PANDOLFI, Oscar, Delitos Contra la Integridad Sexual, Ediciones La Roca, Bs. As. 1999, Págs. 48 y 49.

suficiente para vencer la reserva sexual de la víctima, con lo que queda configurado el delito por “acceso carnal”, que no es otra cosa que la carne del agresor ingrese o acceda a cavidad corporal de la víctima.

Casi en la misma línea y, para nosotros, posado sobre el mismo error, encontramos a Gavier, cuando sostiene que *“Por otra parte la violación generalmente supone una actividad a cumplir por el sujeto activo varón tendiente a penetrar con su órgano sexual a la víctima por vaso apto para el coito mediante la fuerza, el temor o cualquiera otra circunstancia impeditiva de la resistencia, en tanto que resulta muy difícil de concebir, aunque no es fácticamente imposible una actitud pasiva del violador, la que sí es muy frecuente en el abuso sexual, en este caso gravemente ultrajante, en que el autor obligue a la víctima a acercarse y succionarle el miembro.”*⁶²

Los tipos penales que estudiamos, no consideran, salvo las amenazas, sometimiento por la fuerza o voluntad viciada por edad, otros extremos jurídicos que hagan a la configuración del tipo. Consecuentemente, considerar que en la fellatio queda configurada en el abuso sexual gravemente ultrajante debido a que la víctima, a diferencia de lo que ocurre en la violación, debe “aproximarse” (obligada) a “succionarle el miembro”, no puede tener relevancia “atenuante” a la hora de la imputación ni tampoco del encuadre legal.

Accediendo al razonamiento planteado por Gavier por el camino inverso, no es otra cosa que achacarle a la víctima algo de culpa por “haberse aproximado”. Solo basta con pensar un instante lo que le hubiese sucedido de no haberlo hecho.

También notamos que pensar así, es haber olvidado que durante el momento de la “aproximación” la voluntad de la víctima ya estaba viciada por otra que ha logrado doblegarla, que se ha impuesto y que está operando en su lugar, por tanto, mal podríamos restarle responsabilidad al sujeto activo en perjuicio del pasivo.

Además, no siempre en los actos de fellatio in ore, es la víctima la que necesariamente debe aproximarse a la succión del falo, bien puede ocurrir a la inversa ante una víctima aterrorizada, sostenida por terceros, etc.

Otros autores enrolados en la tesis restrictiva, van a unos extremos llamativos en cuanto a sus argumentos para no encuadrar la fellatio in ore como un acto de acceso carnal previsto en el párrafo tercero del Art. 119 del C.P.A..

⁶² GAVIER, Enrique Alberto, Delitos contra la integridad sexual, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1999, Pág. 32 y 33.

Las premisas expuestas a continuación sostienen que debido a que la fellatio no causa lesiones, pérdida de virginidad, embarazo y de hecho constituye un cierto peligro para el agresor introducir su pene en la boca de la víctima.

Los autores que siguen, sostienen sus argumentos restrictivos en la significancia del término “acceso carnal”. Nuevamente puede aquí advertirse la diferencia interpretativa, pues mientras los doctrinarios de la tesis amplia entendían que dicho binomio implica penetración por vía vaginal, anal y oral; para la postura contraria *“Se trata, (...), de una desafortunada redacción del artículo, pues no hay que agudizar mucho el ingenio para percibir que la expresión “por cualquier vía” puede ser legítimamente interpretada con una visión tan amplia (recordemos que donde la ley no distingue...) que la penetración del pene por cualquier vía, sean naturales (orificios nasales y auditivos) o artificiales (heridas, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales de sujetos transexuales, etc.) conduzca a la aplicación de la agravante. Si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, puede interpretarse que tal omisión se ha debido a la intención de que “también” otros supuestos – además de la fellatio in ore- queden abarcados por el tipo calificado.”*⁶³

Por su parte, Donna sostiene que *“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 entrando, 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”, ya que, de tomarse literalmente la expresión se ampliaría el tipo de manera descomunal. De manera que si hubieran querido arreglar o solucionar la disputa doctrinal que se analiza ut supra, debieron agregar al texto, en lugar de “cualquier vía”, una enumeración taxativa de sus intenciones.”*⁶⁴

La discusión por el significado del término acceso carnal dentro del tipo penal previsto en el Art. 119 párrafo tercero del Código Penal, llega a la cúspide con Grassi, quien nos invita a que *“Partamos de la base que no sólo el hombre se satisface sexualmente a través de la “fellatio in ore”, sino que también ello ocurre en la mujer,*

⁶³ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal”, Doctrina Judicial, La ley, 1999, tomo 3, Pág. 736.

⁶⁴ DONNA, Edgardo Alberto, Delitos contra la integridad sexual, 2da. Edición Actualizada, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, Pág. 66.

cuando se le motivan sus glándulas erógenas a través de tocamientos, besos u otros procedimientos eróticos. Visto ello, y en tanto y en cuanto pueden ser víctimas de violación tanto el hombre como la mujer, la penetración lingual, que al fin de cuentas se trata de un acceso a partes íntimas, terminaría implicando un acceso carnal, situación que no sólo deviene contraria a la norma sino que además resulta ajena a la interpretación taxativa del tipo (...); la expresión “cualquier vía” debido a su laxitud, dará lugar a las más inconcebibles situaciones que terminarían siendo catalogadas como violación, cuando en rigor de verdad no superan la de abuso sexual. Ejemplo de ello puede ser la introducción de un pene de pequeñas dimensiones en un pabellón auricular de gran tamaño; lo mismo, en el caso de las fosas nasales prominentes (...); es evidente que calificar esos hechos de violación no es otra cosa que un verdadero dislate jurídico.”⁶⁵. El autor remata su postura diciendo “De resultas de ello, puede apreciarse fácilmente, y sobre todo con fundamento tanto jurídico como anatómico, que la expresión “cualquier vía” merece que se la interprete de manera restringida como a todo tipo penal. Y en tal caso, por aplicación de los principios de legalidad y de máxima taxatividad, el acceso carnal bucal o coito oral no significan violación. Si no fuese así, el llamado “beso francés” o beso húmedo, por distinción al beso sexo o de simple contacto labial, en la medida en que implica un acceso carnal terminaría siendo considerado violación.”⁶⁶

Grassi, a diferencia de otros que sostienen la tesis restringida, dice que en la fellatio se satisfacen tanto hombre como mujer, con lo cual se aleja de la postura de Núñez y además reconoce que en tal caso, se produce un “acceso carnal”, pero que debido a la utilización del término “cualquier vía” (en lugar de nombrar taxativamente esas vías), encuadrarían como violación un sinnúmero de casos. En consecuencia, por aplicación del principio de interpretación restrictiva y máxima taxatividad legal, la fellatio in ore no puede ser tenida como violación en el marco del Art. 119 párrafo 3ro. del C.P.A.

Tenca, basándose en el significado del lenguaje, sostiene que “*el lenguaje es decisivo, pues el término acceso carnal no está utilizado del modo normativo, médico o técnico de las ciencias naturales, sino en su sentido vulgar o social (...)* Para que haya acceso carnal, cópula, coito, concubito, conjunción o unión sexual, es necesaria la

⁶⁵ GRASSI, Ricardo Jorge, “Alcance del término cualquier vía para configurar el delito de violación”, Doctrina Judicial, La ley, 2004, tomo 3, Pág. 1170.

⁶⁶ Ídem anterior, Pág. 1171.

*intervención de dos personas y que una de ellas introduzca el pene en el cuerpo de la otra. Si ello no sucede, sería contrario al uso común del lenguaje decir que ha habido cópula.*⁶⁷, pero, continúa diciendo el autor “*diferente es la cuestión en la fellatio. Es claro que éste es un acto con contenido sexual, pero no tiene el significado de cópula, sino un sucedáneo o sustituto de ésta (...) Decir que dos personas copulan cuando en forma voluntaria mantienen sexo oral, es darle al lenguaje una utilización impropia. La obtención violenta del mismo acto no puede transformar en cópula lo que con consentimiento no lo es. En el momento en que la fellatio in ore adquiera socialmente el sentido de una cópula, podrá sostenerse que ella se encuentra comprendida en el concepto de acceso carnal*⁶⁸.”

Antes de la reforma, no existía esa figura “intermedia”, en cuanto a la pena, entre violación y el llamado abuso deshonesto.

La pena mínima para la violación, por su cuantía, no resultaba excarcelable, pero la del abuso deshonesto sí. En consecuencia a los pocos días de cometido un hecho tan aberrante como la fellatio, podía verse al autor en libertad gozando de los beneficios de la excarcelación, lo cual no causaba agrado social.

En efecto, José Luis Clemente sostiene que a partir de la reforma impuesta por ley 25.087, “*la fellatio in ore podrá ser calificada como un atentado a la reserva sexual o libertad sexual de la víctima y tipificada como un abuso gravemente ultrajante para la víctima, según las pautas del art. 119, 2 disp., si se cumplan las demás condiciones del tipo penal. Esto en la práctica en cierta manera da respuesta a la preocupación de los legisladores, atento al monto de la pena fijada para la segunda disposición, lo que lo convierte en un delito por el cual no procede la condena de ejecución condicional (art. 26 del C.P.)*.”⁶⁹

- Referencia Jurisprudencial:

El Dr. Carlín, miembro del Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos y dice: “*dudo que todo abuso sexual puede ser traumático para la víctima.* Descarto situaciones de sensibilidades extraordinarias, y trato de pensar en una conducta normal convencional. Entiendo que a un carácter tal, el hecho resultará tanto más traumático, cuanto más doloroso, agresivo, físicamente lesivo y rodeado de

⁶⁷ TENCA, Adrián Marcelo, Delitos sexuales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, Pág. 65.

⁶⁸ Ídem anterior, Pág. 66.

⁶⁹ CLEMENTE, José Luis, Abusos Sexuales, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, 2000, Pág. 97.

*circunstancias chocantes, sea. En tal sentido, no tenga duda que la penetración bucal no es dolorosa. La misma posibilidad de mutilación para el agresor que lleva implícita, diferencia esta “inmissio”, claramente, de la penetración vaginal o anal. Estas últimas, ejecutadas en niños, provocan generalmente, desgarros, efusiones sanguíneas, lesiones internas y agudos dolores. Teniendo en cuenta el posterior trauma cultural de la pérdida prematura de la virginidad (que tampoco existe en la “fellatio”...por las breves razones expuestas considero que la “fellatio” no puede constituir, en nuestro Código Penal, el denominado acceso carnal”.*⁷⁰

Aquí vemos que el error de concepto se repite y por tanto reiteramos la crítica, se utilizan supuestos que no hacen a la configuración del tipo para no incriminar en una figura e incriminar en la otra. Entonces, el jurista dice que no es posible considerar a la fellatio in ore dentro del acceso carnal previsto en el párrafo tercero del Art 119, porque “no existe la posibilidad” de daño físico, pérdida de virginidad, etc. lo cual conduce a pensar que para los accesos carnales por vía vaginal o anal sí existe dicha “posibilidad” y es esa “posibilidad” la que hace al tipo.

Dentro de la teoría de la argumentación jurídica estos razonamientos son tenidos como inválidos o falaces, pues si volvemos a la letra del párrafo segundo del Art. 119, figura en la que el jurista intenta encuadrar la fellatio in ore (porque no existe la posibilidades antes aludidas), el mismo dice “*La pena (...) cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.*”. Y para ser más claros aún, si vamos al relato del tercer párrafo del Art. 119 en busca de esas “posibilidades”, el mismo reza: “*La pena (...) cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.*”

A nuestro modo de razonar, esta interpretación no es otra cosa que “incorporarle al tipo penal” circunstancias, supuestos o requisitos que el mismo no demanda para su configuración. Esta es una forma de “ampliar” el tipo penal, conducta que colisiona frontalmente en primer lugar con el “principio de legalidad de la represión penal”, previsto en el Art. 18 de la Constitución Nacional, que reza “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*” (*Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*), texto que “significa

⁷⁰ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I en lo penal, Partes: Mendoza Juan R. Fecha: 4/05/2003.

que la configuración de una infracción, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas y judiciales, pues nadie está obligado a hacer lo que una ley no manda ni privado de hacer lo que ella no prohíbe (C.N., 19)”⁷¹.

La colisión es mas visible aún cuando nos adentramos en el principio de reserva penal, que se desprende del principio de legalidad. Esta reserva penal significa que “el ámbito de lo punible debe estar determinado exhaustivamente por la ley, y que todo lo que queda al margen de ese ámbito está reservado como esfera de impunidad, por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean los hechos cometidos”.⁷² Por lo tanto, mal puede un juez incorporar presupuestos que el tipo penal sancionado por el Poder Legislativo no prevé, para incriminar o no una conducta.

Afirmados en estos claros conceptos didácticos que nos brinda el Maestro Ricardo Núñez, damos por cerrada la crítica a este fallo.

Mas allá del sentido y del alcance que estos autores le otorgan a la frase “acceso carnal”, en términos generales demuestran que el agregado legislativo del binomio “cualquier vía”, no solucionó el problema, porque deja librado a la interpretación de los operadores jurídicos los casos que quedan o no incluidos en el tipo penal según sus propias convicciones y orientaciones ideológicas respecto de la vida sexual de las personas, alejándose del principio de máxima taxatividad que demanda la construcción de la norma penal, aproximándose peligrosamente a la colisión con el principio de legalidad y de reserva, poniendo una dosis de autonomía, en una rama que por regla, debe ser heterónoma.

⁷¹ NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edición actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1999, Pág. 64.

⁷² Ídem anterior, Pág. 66.

Capítulo V

Tratamiento de la fellatio in ore en Derecho Comparado

- Distintas Posiciones:

Haciendo referencia al derecho penal español vigente al momento del tratamiento legislativo de la que luego se convertiría en ley 25.087, Tenca sostiene que *“El Código Penal español de 1995 impone pena de seis a doce años cuando la agresión consiste en acceso carnal, introducción de objetos y penetración bucal o anal. Como puede advertirse, para el ordenamiento español el acceso carnal se limita sólo a la penetración del pene por vía vaginal, por lo que dogmáticamente se alinea en el denominado criterio biologicista. No obstante ello, equipara la pena del acceso carnal a la introducción de objetos (en vagina, ano o boca) o penetración (se refiere a introducción del pene) en ano o boca. Independientemente de la crítica que pueda merecer este artículo, cabe mencionar que en lo referido al tema en análisis, el Código Penal español no deja resquicio para la duda: el sexo oral no es acceso carnal, pero ambos actos están equiparados en cuanto a la pena”*.⁷³

Pero, haciendo un examen de fechas, resulta ser que mientras los legisladores argentinos hacían pie en esa redacción del Código Penal Español que databa de 1995, los legisladores ibéricos estaban abandonando esa “concepción restringida”.

El 30 de abril de 1999, por Ley Orgánica 11/1999, B.O.E. Num. 104, el Código Penal Español fue reformado y “eliminó esta argumentación restringida”, pasando a

⁷³ TENCA, Adrián Marcelo, Ob. Cit., Págs. 88 y 89.

decir “*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (...)* (art. 179)”. Abandonando toda concepción biologicista.

Catorce días después que los españoles abandonaran la rúbrica que no consideraba acceso carnal a la introducción del pene por vía oral, se publicaba en el Boletín Oficial (del 14/05/1999) la ley argentina nro. 25.087, introduciendo el término “acceso carnal por cualquier vía”, sin taxativizar esas vías, haciendo nacer una discusión que todavía no encuentra fin y a nuestro criterio no lo encontrará, mientras la solución no provenga del mismo órgano que provocó el problema hace ya mas de diez años, pues las posturas se aprecian irreconciliables.

Si bien los Tribunales Superiores de Justicia Provinciales y de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función nomofiláctica adoptarán uno u otro criterio, advertimos que no quedaran salvadas las “falencias de la rubrica actual”.

Es claro y taxativo el Código Penal Mexicano vigente, que reza:

Artículo 265.- *Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.*

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Podemos advertir que el término cópula, es entendido por el legislador mexicano como nosotros lo expusiéramos en capítulos anteriores, como una unión sexual (definición de la Real Academia Española), abarcando vías naturales para la introducción del miembro viril, como lo es la vagina y también no naturales como lo son el ano y la boca.

Atendiendo a la realidad de los hechos delictuosos de corte sexual, también han incorporado al tipo, la introducción de elementos o instrumentos distintos al miembro viril por el ano o la vagina, con lo cual implícitamente reconocen que estas dos vías tienen utilidad sexual per se; no así la boca, que solo arroja este resultado cuando se produce la fellatio in ore sirviendo a los fines del agresor, pues la víctima, sea cual fuere el medio de comisión, pierde la posibilidad de satisfacer por propia voluntad los deseos

sexuales de una pareja elegida. Así, en ambos casos el bien jurídico protegido (libertad sexual), queda atropellado.

Reinaldi nos ayuda en otras consideraciones de derecho comparado, diciendo que *el Código Penal de Portugal, define a la violación como el acto de “constreñir a otra persona a sufrir o a practicar, consigo o con otro, cópula, coito anal o coito oral”*. *Para el Código Penal Alemán es toda penetración en el cuerpo de una persona. La ley francesa n° 98-468 del 17 de junio de 1998, modificatoria del Código Penal, en el art. 222-23, parágrafo 1º, define a la violación como “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea cometido sobre la persona de otro con violencia, coacción, amenaza o sorpresa”*. *Se interpreta que la introducción del órgano sexual masculino en la boca de la víctima está comprendido dentro de la expresión: “todo acto de penetración sexual de cualquier naturaleza que sea”, empleada en la ley. El Código del Estado de California admite “cualquier penetración sexual” (art. 263), la oral, la anal o sodomía y la introducción de algún objeto extraño vía genital o anal.*⁷⁴

Vistas estas legislaciones podemos advertir la variación legislativa que va desde la máxima taxatividad en la descripción de la norma, lo cual, mas allá de lo que la doctrina o jurisprudencia entiendan por coito, penetración o cópula deja claramente establecidos los hechos punibles (México, España); y también encontramos el otro extremo, donde la norma utiliza términos ambiguos que en nuestro medio arrojarían una ardiente nueva discusión.

⁷⁴ REINALDI, Víctor Félix, Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, 1999, Págs. 74 y 75.

Capítulo VI

Conclusiones

La revisión de las posturas reinantes realizada, en una primera impresión, nos da la noticia que la discusión no encontrará concilio interdure vigente la redacción actual del Art. 119, párrafos 2do. y 3ro. del Código Penal Argentino.

Porqué incluimos al segundo párrafo en la crítica, porque a él los doctrinarios recurren por defecto y no porque tenga una redacción taxativa indiscutible que aleje del tercero el encuadre de la fellatio in ore.

Los defensores de la postura restrictiva, recurren a él por la percepción subjetiva que tienen respecto de este acto que se comete bajo circunstancias de voluntad viciada, violencia física o moral.

La repugnancia, tanto social como de la propia víctima de soportar el pene de un agresor dentro de su boca y hasta su propia eyaculación, los hacen refugiarse en el castigo que impone esta norma, acudiendo a fundamentos biologicistas, lingüísticos o de técnica jurídica, que igualmente resulta con pena privativa de libertad y queda en cierta medida saciado el rechazo social de no ver libre a quien comete este tipo de actos.

Pero volviendo al principio de máxima taxatividad que debe reinar en la redacción de la norma penal, podríamos decir, desde una posición más extrema aún, que no vemos encuadre posible de la fellatio in ore ni en el segundo ni en el tercer párrafo del Art. 119; pues no está mencionado explícitamente en la norma y sólo se llega a él

cuando se hace una interpretación “extensiva” (para poner lo que no está en ella), procedimiento que para esta rama del derecho, está prohibido.

Salvo algunas excepciones que no escatimamos en criticar constructivamente, es verdaderamente plausible el desarrollo intelectual de los doctrinarios que sostienen una u otra postura pero, a nuestro modo de ver las cosas, todos posan sobre el mismo terreno infértil, pues para lograr su razonamiento utilizan la herramienta prohibida, la “interpretación extensiva”, porque tratan de incluir una conducta que no se advierte mencionada explícitamente en la norma.

En consecuencia, cabe perfectamente aquí lo dicho por el Maestro Ricardo Núñez, cuya cita nos permitimos repetir: *“el ámbito de lo punible debe estar determinado exhaustivamente por la ley, y que todo lo que queda al margen de ese ámbito está reservado como esfera de impunidad, por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean los hechos cometidos”*.⁷⁵

El lector podría remitirse rápidamente a los dichos de los senadores Yoma y Genoud, transcritos en esta obra, que son parte del debate parlamentario de la ley 25.087 y decirnos que la intención verdadera de lo que se quiso decir, es que la *fellatio in ore* debe quedar encuadrada en el párrafo tercero del Art. 119 y que de ello no hay dudas.

A ese cuestionamiento nosotros respondemos que una cosa es lo que se quiso decir y otra muy distinta es lo que se dijo y quedó plasmado en la letra de la ley vigente. Además, las reglas interpretativas de la norma penal, que son netamente restrictivas y esto lo diremos repetidamente, encuentran su límite en el Art. 18 de la Constitución Nacional cuando dice *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*.

Para llegar a la respuesta nos detenemos en el término “ley anterior” y vamos a extraer los límites exactos para poder incriminar.

La constitución dice “ley” y desde allí ya obtenemos la primera respuesta al planteamiento: el debate parlamentario no es ley, solo se transforma en tal ocho días después de su publicación por el Poder Ejecutivo en el Boletín Oficial, o cuando la propia nueva norma lo establezca. Por lo tanto, de nada sirve, a los efectos interpretativos de la norma penal, el debate parlamentario y recurrir a él está fuera de la ley.

⁷⁵ NUÑEZ, Ricardo C., Ob. Cit., 1999, Pág. 66.

El límite que constituye el otro extremo del que acabamos de exponer, lo encontramos en el término “*anterior al hecho del proceso*”, con lo cual queda cerrado el espacio temporal, perfectamente delimitado para la aplicación de la ley penal, que va desde LA HORA DE ENTRADA EN VIGENCIA de la norma penal hasta el DÍA DE COMISIÓN DEL HECHO DEL PROCESO.

Y volvemos a lo mismo, se esta realizando una interpretación de lo que se dijo, para ver si podemos encuadrar lo que no se dijo y por nuestra propia naturaleza humana, caemos en posturas diferentes, a lo que nosotros, también con fundamentos legales, hemos agregado una tercera aún mas extrema y más restrictiva (que no vemos encuadre de la *fellatio in ore* en ninguno de los dos párrafos), sin olvidar que en el desarrollo, también analizamos una postura por demás amplia, que se va al otro extremo, al decir que como “acceso carnal por cualquier vía”, podría considerarse, además de las vías conocidas, pabellones auriculares, fosas nasales de gran tamaño, vaginas artificiales o cavidades quirúrgicas.

Ya lo dijo el actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dr. Eugenio Zaffaroni, en la cita nro. 58 de este trabajo: “*El principio de interpretación restrictiva también se expresa en un segundo momento que, sin duda, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restringido. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización*”. Haciendo eco de sus palabras nos preguntamos ¿con su actual redacción, quién puede aseverar que la *fellatio in ore* está inequívocamente mencionada en el párrafo 2do. o 3ro. del Art. 119 del Código Penal?. Entonces, consideramos acertado el consejo de Donna cuando, haciendo referencia a los legisladores, sostiene “*(...) De manera que si hubieran querido arreglar o solucionar la disputa doctrinal que se analiza ut supra, debieron agregar al texto, en lugar de “cualquier vía”, una enumeración taxativa de sus intenciones.*”⁷⁶

Este estado de cosas, además de confirmar nuestra hipótesis de que la norma merece ser modificada, prueba la “gravedad” de una discusión que no ha sido superada en diez años.

Los Señores representantes del Pueblo de la Nación Argentina, deben hacerse eco de esta problemática, dar estado parlamentario, debatir la cuantiosa y destacada

⁷⁶ DONNA, Edgardo Alberto, Ob. Cit., Pág. 66.

doctrina y sancionar una norma acorde a nuestros tiempos y por sobre todas las cosas clara y taxativa, no dando espacio a interpretaciones que hacen participar la voluntad del juzgador, en una rama donde debe reinar la heteronomía del derecho.

Para ser mas claros, deberían emular la actual legislación española o la mexicana, en cuanto a la claridad y taxatividad de las vías del acceso carnal (mencionar ano, vagina y boca) y porque no, considerar el tipo que castiga la introducción de objetos “distintos del miembro viril”, como pueden ser dedos u otros elementos que elija el agresor en ano o vagina de la víctima, ya que éste tipo de hechos sucede, aunque en menor medida, pero ello no quita la posibilidad de normativizarlo y asignarle una consecuencia jurídica.

Así, damos por finalizado este, nuestro aporte, a una discusión que creemos imperativo debe superarse, porque como dejamos plasmado al principio, el hecho de que exista la posibilidad de caminos diferentes a la hora de interpretar los alcances de un tipo penal, sin perjuicio de la prevalencia de una doctrina sobre otra, nos parece, a nuestro modo de ver esta problemática, un caso de inseguridad jurídica que está afectando nada menos que a uno de los derechos fundamentales del hombre que integra una comunidad que se rige por el Estado de Derecho: LA LIBERTAD AMBULATORIA, pues según sea la orientación doctrinaria del juzgador, corresponderá la aplicación de una u otra escala penal, según la provincia en que se cometa el hecho conocido como “*Fellatio in Ore*”.

APÉNDICE

FALLO:

“Mendoza, Juan R.-Abuso sexual con acceso carnal y privación ilegítima de la libertad en concurso -recurso de casación”-

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala N° 1 en lo penal - 04/06/2003.

En la ciudad de Paraná, capital de la provincia de Entre Ríos, a los cuatro días del mes de junio de dos mil tres, reunidos los señores miembros de la Sala N° 1 en lo penal del excelentísimo Superior Tribunal de Justicia, a saber: presidente, doctor Daniel Omar Carubia, y vocales, doctores Carlos Alberto Chiara Díaz y Miguel Augusto Carlín, asistidos por la secretaria autorizante, doctora Stella Maris Bolzán, fue traída para resolver la causa caratulada: “Mendoza, Juan R.-Abuso sexual con acceso carnal y privación ilegal de la libertad en concurso real recurso de casación”.

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: doctores Carlín, Chiara Díaz y Carubia.

Estudiados los autos, la Excelentísima Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión:

¿Es procedente el recurso de casación interpuesto por el defensor del encartado?

Segunda cuestión:

¿Cómo deben imponerse las costas?

A la primera cuestión propuesta el señor vocal doctor Carlín, dijo

I. Contra el resolutorio de fs. 225/250 [Fallo en extenso el Dial - AA184B], dictado por la Excma. Sala en lo Criminal de Gualeguay, que en lo que es materia de agravios, declara – con la opinión coincidente de los doctores Alberto Javier Sero y Mario E. Lafourcade – que Juan Ramón Mendoza es responsable como autor material de dos hechos constitutivos de los delitos de abuso sexual con acceso carnal y privación ilegítima de la libertad en concurso real – artículos 55, 119 párrafo tercero y 141 del Código Penal - cometidos en la ciudad de Nogoyá, Entre Ríos, el día 10 de enero de 2001 y lo condena a la pena de seis años y seis meses de prisión efectiva con más las accesorias legales –artículos 12, 40, 41, 45, 55, 119 y 141 del Código Penal – e impone las costas, mientras que el doctor Antonio Rolando Cirigliano concluyó al expedirse que tal conducta debía encuadrarse en la figura de abuso sexual gravemente ultrajante – artículo 119 segundo párrafo del Código Penal –, interpone el señor defensor de pobres y menores N° 1 de Gualeguay, doctor Daniel Elías Alle –fs. 252/257-recurso de casación.

Afirma, al fundamentar su pretensión casatoria, que recurre el fallo por considerar que los magistrados que constituyeron la posición mayoritaria al resolver efectuaron una

violación a la ley sustantiva en lo que se refiere a la tipificación de los hechos ocurridos el 10/1/01 en la figura de abuso sexual con acceso carnal con aplicación de la figura contenida en el artículo 119, párrafo tercero, del Código Penal ya que entiende, tal como concluyó el juez que falló en disidencia, que resulta de aplicación el artículo 119, párrafo segundo, del mismo cuerpo normativo.

Destaca, luego de glosar los principales argumentos que sustentaron la posición mayoritaria y la minoritaria de la decisión que lo agravía, que por esta vía pone en crisis la significación jurídica acordada por los integrantes que conformaron la postura prevaleciente en el fallo a los hechos cometidos dado que la doctrina nacional antes de la reforma al tipo penal aplicado, en virtud de lo dispuesto por la ley 25.087, era conteste en cuanto a que se configura el delito de violación si el acceso carnal se efectuaba por vía vaginal o anal, sin embargo se planteaba el interrogante respecto a la *fellatio in ore* en relación a si tal conducta se tipificaba como violación o abuso deshonesto y – agrega – que las opiniones se dividían en esta materia, así algunos autores como Fontán Balestra y Vázquez Iruzubieta consideraban que la misma configuraba un delito de violación y en la posición contraria se ubicaban Núñez, Pandolfi, Clemente, entre otros; resalta que esta diversidad de criterios en la doctrina se vio reflejada en la jurisprudencia y que los legisladores por medio de la mencionada norma pretendieron ponerle punto final a este debate, sin lograr – a su juicio – su cometido ya que la redacción actual del tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal se limita a señalar que el acceso carnal puede producirse por cualquier vía.

Puntualiza que tal expresión no clarifica la cuestión referida a si la penetración sexual por vía bucal es acceso carnal, y concluye que para superar la misma la norma tendría que haber sido más contundente en su redacción y señalar expresamente que tal supuesto es delito de violación o la actual agravante de abuso sexual con acceso carnal.

Refiere que las mismas dudas que respecto a este caso señaló la doctrina se plantearon en el debate bicameral, glosa al respecto la opinión de diversos parlamentarios, pero destaca que el objeto de interpretación es la ley y no la voluntad o finalidad del legislador, razón por la cual lo que los jueces están llamados a dilucidar es el alcance de la expresión “cualquier vía” utilizada en la norma y siendo que, a pesar de las propuestas precisas que respecto a la redacción de la misma se propusieron, la que en definitiva se plasmó no ha sido suficientemente explícita para incriminar a la *fellatio in ore* como acceso carnal solicita se case la sentencia recurrida por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, se decida que el caso fijado en el fallo se trata del delito previsto y sancionado por el artículo 199, apartado segundo, del Código Penal –Abuso sexual gravemente ultrajante – y no del delito de abuso sexual con acceso carnal –artículo 119, tercer párrafo, del mismo cuerpo legal – y se recomponga la pena impuesta a su defendido conforme la escala prevista en dicha norma y demás pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

II. A la audiencia de los artículos 485 y 486 del Código Procesal Penal comparecieron, como parte recurrente de autos, el señor defensor de este Superior Tribunal de Justicia, doctor Arsenio Francisco Mendoza y el señor fiscal adjunto de este alto cuerpo, doctor Jorge Enrique Beades.

En uso de la palabra el doctor Mendoza sostiene que el recurso de casación convocante fue interpuesto por el señor defensor de pobres y menores de la jurisdicción Gualeguay

quien centró en su oportunidad el agravio en la tipificación otorgada por la Cámara en lo Criminal a la conducta de su pupilo estimando que no corresponde aplicar la figura prevista por el artículo 119, párrafo tercero del Código Penal sino lo dispuesto en el párrafo segundo de la mentada norma y destaca que tal pretensión fue ampliamente fundamentada en el memorial recursivo, al que se remite, y se ajusta a la postura asumida por el voto de la minoría en la sentencia en crisis.

Señala que desde antaño resultó vasta la discusión doctrinaria y jurisprudencial en torno a si la *fellatio in ore* constituye o no el delito de violación y que tal controversia no fue resuelta por la modificación efectuada al tipo penal por la ley 25.087, específicamente en el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal.

Se refiere al debate parlamentario suscitado con motivo de la sanción de dicha ley y destaca las posturas asumidas por los senadores Yoma, Genoud, entre otros y los diferentes proyectos parlamentarios que al respecto se presentaron entre los que señala el de Cafferatta Nores, Rubeo y Godoy y González Gaviola. Cita diversas opiniones doctrinarias referidas a la cuestión –Dona, Núñez – en examen, compara la legislación extranjera –España, Italia, México, Portugal, Francia, Estados Unidos, Costa Rica, Chile –, y antecedentes jurisprudenciales y concluye que si el acceso carnal es un requisito para la configuración del delito de violación la *fellatio in ore* no es tal.

Puntualiza que en virtud de la actual redacción de la norma –acceso carnal “por cualquier vía”– sólo se puede concluir que el supuesto en análisis es violación por modo de interpretación, que tal conclusión es lo que quiso decir el legislador pero cabe tener en cuenta que si hay un espacio del derecho en que no puede interpretarse en forma amplia, extensiva o analógica es en el derecho penal, en el que sólo cabe ceñirse al tipo establecido, conforme lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos que enumera.

En función de lo expuesto, y compartiendo los fundamentos esgrimidos en la interposición del remedio, interesa que se case la sentencia de grado por errónea aplicación de la ley sustantiva y se tipifique la conducta de su defendido en la figura prevista por el artículo 119, párrafo segundo, del Código Penal y se recomponga la pena impuesta conforme las pautas previstas por los artículos 40 y 41 del citado cuerpo legal.

A su turno el doctor Beades destaca liminarmente que no ignora la postura que sobre la cuestión en debate asumió esta Sala en lo Penal al expedirse en el precedente “Fernández” del 7/VI/95, en el que se sentó el criterio de que la *fellatio* no constituye violación sino que es una forma de abuso deshonesto.

Puntualiza que considera que dicha interpretación obedeció a la antigua redacción del artículo 119 del Código Penal, modificada en la actualidad por lo dispuesto por la ley 25.087 y resalta que si bien coincide con la defensa en que la redacción de la misma es poco feliz, no le caben dudas que lo que la norma tipificó en el párrafo tercero es el acceso carnal cualquiera sea la vía por la que se concrete, lo que incluye la oral.

Refiere la definición que la Real Academia Española le otorga al término “penetración” y lo que respecto al acceso carnal concluye Soler, quien entiende por tal el que se

produce por la introducción del órgano genital masculino ya sea por vía normal o anormal, es decir incluye la vía vaginal, anal o bucal.

Destaca en aras de fundar su posición que copular es juntar o unir una cosa con otra y que no interesa la posición en la que se dé porque ello no hace al fin perseguido por el autor, es decir su propia satisfacción sin importarle el sufrimiento de la víctima y resalta que tampoco importa que la agraviada padezca un dolor físico.

Resalta la opinión vertida por Núñez en orden al requisito de existir para configurar un supuesto de acceso carnal glándulas erógenas en la cavidad donde se introduzca el pene y destaca que si bien es cierto que las mismas no existen en la boca el fin se puede lograr a través de la penetración bucal ya que lo que interesa es si la misma resulta idónea para producir en el agresor los efectos que busca.

Siendo que puede existir acceso carnal con penetración natural y contra natura colige que no existen impedimentos para que ésta también pueda realizarse a través de la boca por lo que en cualquier circunstancia que se dé una penetración (anal, bucal o vaginal) no consentida concurre el supuesto previsto en el artículo 119, párrafo tercero del Código Penal y cita al respecto la opinión de diversos autores que así lo consideran.

Refiere que estamos ante una cuestión no resuelta en forma legislativa de manera definitiva pero agrega que más allá de la falencia en la expresión utilizada no es necesario para concluir como lo hace la posición mayoritaria del fallo y como lo pretende el Ministerio Público Fiscal “hacerle decir a la ley lo que ésta no dice” ya que cuando la norma se refiere a “acceso carnal por cualquier vía” significa que la fellatio es uno de los presupuestos contemplados en el artículo 119, apartado tercero, del Código Penal.

En base a las razones que brinda interesa el rechazo del recurso de casación deducido y la confirmación de la sentencia de grado.

III. Adentrados en el examen del *thema decidendi* cabe liminarmente recordar que esta sala ha interpretado por vía casatoria el texto del artículo 119, inciso 3°, del Código Penal –anterior a su reemplazo por la ley 25.087–, oportunidad en la que, llevando el primer voto, que contó con la adhesión de mis distinguidos colegas que conformamos este alto cuerpo, recordé la opinión doctrinaria de penalistas como Ricardo Núñez; Carlos Creus; Eusebio Gómez; Justo Laje Anaya; José Peco; Giuseppe Maggiore; Juan P. Ramos; Omar Breglia Arias; Oscar Pandolfi; entre otros y jurisprudencia conforme, concluyendo en “que la *inmissio membri in os* no constituye el acceso carnal requerido por el artículo 119 del Código Penal para tipificar el delito de violación”, subsumiendo un caso de *fellatio in ore* traído en la figura del antiguo artículo 127 del ordenamiento sustantivo (in re: “Fernández, Oscar Alberto-Violación y hurto recurso de casación”, 7/VI/95).

Entre otros argumentos indiqué en aquel precedente que:

“...la C.N. Crim. y Corr., Sala VI, integrada entonces por los doctores Eugenio R. Zaffaroni, Carlos A. Elbert y Edgardo A. Donna en el caso ‘Tiraboschi’, registrado en

J.A. 1989, IV, Pág. 73 y ss. adhirió a la misma tesis que ahora auspiciamos, expresando en la ocasión mi distinguido copoblando el camarista Elbert, al llevar el primer voto: ...No dudo que todo abuso sexual puede ser traumático para la víctima. Descarto situaciones de sensibilidades extraordinarias, y trato de pensar en una conducta normal convencional. Entiendo que a un carácter tal, el hecho resultará tanto más traumático, cuanto más doloroso, agresivo, físicamente lesivo o rodeado de circunstancias chocantes, sea. En tal sentido, no tenga duda que la penetración bucal no es dolorosa. La misma posibilidad de mutilación para el agresor que lleva implícita, diferencia esta *inmissio*, claramente, de la penetración vaginal o anal. Estas últimas, ejecutadas en niños, provocan generalmente, desgarros, efusiones sanguíneas, lesiones internas y agudos dolores. Teniendo en cuenta el posterior trauma cultural de la pérdida prematura de la virginidad (que tampoco existe en la *fellatio*) queda para mí claro, que esta práctica sexual es totalmente distinta a la introducción vaginal o anal compulsiva. También aparece como poco razonable asimilar cualquier “orificio corporal” a los que la mayoría abrumadora de la doctrina y jurisprudencia sindicaron como aptos de ser violados. No puedo pensar, por ejemplo, que la introducción de un pene en una oreja, una cavidad ocular o el ombligo de una persona, sean equiparables a acceso carnal. Sin embargo, ninguna duda cabe que conforman penetración y no es elemento normativo del tipo la cantidad de centímetros que deba alcanzar el recorrido peneano. No olvidemos, tampoco, respecto de la violación, la doctrina y la jurisprudencia no exigen una consumación fisiológica total del acto sexual, bastando, según los diversos pronunciamientos, aproximación, contacto de los genitales con el sexo ajeno, introducción vestibular, incompleta o imperfecta, con prescindencia de orgasmo.

”Por las breves razones expuestas, considero que la *fellatio* no puede constituir, en nuestro Código Penal, el denominado acceso carnal...”.

Me he permitido volver a la doctrina de aquel fallo de esta Sala en lo Penal, ya que se impone determinar si la conclusión del mismo se mantiene con la redacción que la ley 25.087 ha introducido al artículo 119 del Código Penal. No ignoro que no son pacíficos ni la literatura jurídica ni los decisivos que han interpretado la nueva redacción de la norma integradora, ello me impone la necesidad de transcribir varias citas a los fines de evidenciar que la posición que esgrimiré en este fallo es acorde con el enrolamiento de un interesante sector doctrinario.

A. La redacción del artículo 119 del Código Penal impresa por la reforma legislativa aludida, tiene en el tercer párrafo un texto cuya interpretación hoy nos convoca. Expresa el dispositivo de mención:

“...La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía”.

Frente a tal normativa se impone elucidar si el acceso carnal por cualquier vía incluye la *fellatio in ore*. Para ello debemos señalar que algunos proyectos presentados en la Cámara de Diputados de la Nación –que tuvo el rol de ser la iniciadora – expresamente se pronunciaron sobre el interrogante que debemos desentrañar. Así la propuesta de diversos legisladores precisa e inequívocamente impulsaron que a través de la actividad legisferante se resolviera la cuestión. Tal es el caso de la iniciativa del diputado González Gaviola, que proyectó la siguiente fórmula para el artículo 119 del Código Penal:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal mediante relación anal, oral, y/o vaginal, con personas de uno u otro sexo...”.

Asimismo está la de Corchuelo Blasco y otros, cuya propuesta fue la siguiente:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, por vía vaginal, anal, u oral...”.

También el legislador José I. Cafferata Nores, destacado catedrático cordobés, proyectó escribirla así.

“A los fines de este artículo, acceso carnal es toda penetración anal o vaginal realizada mediante el uso de cualquier parte del cuerpo del autor, o mediante el uso de cualquier objeto apto para producirla y la penetración peneana de la cavidad bucal.”.

El impulsado por Rubeo y Godoy establecía:

“A los fines de este artículo, acceso carnal es toda penetración anal o vaginal realizada mediante el uso de cualquier parte del cuerpo del autor, o mediante el uso de cualquier objeto apto para producirla y la penetración peneana de la cavidad bucal.”.

Asimismo hubo propuestas impulsando fórmulas amplias, destinadas a comprender una pluralidad de situaciones. Así el proyecto de los diputados Carrió, Carca, Bravo y Fayad sustituía el antiguo texto del artículo 119 del Código Penal por el siguiente:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, quien vejara sexualmente, con o sin acceso carnal, a persona de uno u otro sexo, mediante uso de fuerza, coacción, intimidación, engaño o abuso de poder, aun cuando fuera ejercido en el marco de las relaciones conyugales o de concubinato u otras relaciones de autoridad y jerarquía, forzando su consentimiento.

”Si la persona de uno u otro sexo fuera menor de 12 años, o tuviera una discapacidad mental grave, se hallare privada de razón o de sentido, o por enfermedad o cualquier otra razón, no pudiera consentir libremente la acción, no se requerirá el uso de la fuerza, coacción y/o intimidación para imponer la pena antes citada.”

Indudablemente tales proposiciones fueron soslayadas al sancionarse el nuevo artículo 119 del ordenamiento sustantivo a través de la promulgada como ley 25.087, que substituyó la figura anterior tipificando las siguientes conductas como ilícitas:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera 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.

”La pena será de cuatro a diez 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 a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía...”

La inteligencia del dispositivo así aprobado fue controvertida, aun en el propio ámbito parlamentario, tal como aconteció durante su consideración en el Honorable Senado de la Nación.

Allí, durante su tratamiento en la sesión del 14 de abril de 1999, se expresó –entre otras opiniones de los legisladores participantes – lo que registra el siguiente diálogo:

Senador Yoma: “...Es cierto que la sanción de la Cámara de Diputados habla de acceso carnal por cualquier vía, pero habría que ver si algún juez puede llegar a considerar la cavidad bucal como apta para producir el coito.

”En consecuencia, si bien la Cámara de Diputados pretendió cubrir este vacío, temo que lo ha dejado sin llenar, dejándolo librado a una interpretación judicial que puede no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al proponer esta reforma.

”Señor presidente, señor senador: creo que el tema que plantea constituye una cuestión central, y si bien la figura no estaría contemplada en el 3^{er} párrafo del artículo 2^o, en donde se prevé una pena de seis a quince años, si quedaría comprendida en el párrafo 2^o, en donde se fija una pena de cuatro a diez años, porque se trataría de un abuso sexual con cualquier objeto, con lo cual el delito además sería no excarcelable.

”Señor Yoma, señor presidente: lo que sucede es que se pretende equiparar con la violación.

”Señor presidente: Estoy de acuerdo con lo que usted plantea pero creo que su principal preocupación quedaría contemplada por el 2^o párrafo del artículo 2^o”.

Durante el debate algunos senadores (vg. Maya) se pronunciaron adhiriendo al criterio que la sanción de la Cámara de Diputados consideraba a la *fellatio in ore* como una violación.

B. Así como el Código Penal Español (Ley Orgánica 10/95) ha fijado la inequívoca voluntad legislativa al incorporar el acceso bucal (artículos 182.1 y 183.2), la fórmula acuñada por el Congreso Argentino exige que el órgano jurisdiccional haga la interpretación de un texto que, como lo evidenció el acotado debate parlamentario sobre el proyecto y lo patentiza el propio pronunciamiento en crisis en el que dos señores camaristas se expiden fundadamente en un sentido y el tercero sólidamente por la posición adversa, padece de ambigüedad lo que impone un decisorio de casación que fije un criterio uniforme en esta provincia sobre la cuestión traída a resolución.

Estoy convencido de que la redacción impresa al artículo 119 del Código Penal por la ley 25.087 no ha mutado la doctrina que hemos adoptado en el recordado caso “Fernández” (7/VI/95).

La norma penal debe ser precisa, carente de nebulosidad, cristalina en la tipificación de las conductas que se reputan ilícitas, evitando indeterminaciones que puedan

comprometer las garantías de los artículos 18 y 19 de la Carta Magna y los tratados constitucionalizados por su artículo 75, inciso 22 (doctrina de los artículos 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 9º del Pacto de San José de Costa Rica, etcétera) y las obligaciones asumidas por los Estados de respetar las libertades fundamentales reconocidas en ellos, desechando en el caso que nos convoca que la ambigüedad o falta de exactitud, impropia de una figura penal, autorice una interpretación *in malam partem* subsumiendo en ella una conducta no descrita en la misma, cayéndose así en una laxitud intolerable.

Ha sido deliberada la transcripción *ad peddem literae* de alguno de los proyectos de ley que explícitamente resolvieron la cuestión, incluyendo –bajo fórmulas diversas, algunas más ajustadas que otras – a la *inmissio penis in os* como acto encuadrable en el delito de violación. Sin embargo la fórmula adoptada al punir el acceso carnal por cualquier vía contra la voluntad de la víctima no ha modificado el criterio excluyente que sustentáramos antes de la modificación legal, desde que nuestros legisladores no han receptado las propuestas inequívocas aludidas y han adoptado una no feliz terminología al padecer de vaguedad.

Ello así cabe señalar mi coincidencia con calificados sectores de la doctrina que se han expresado en el sentido indicado. Así apunta Edgardo Alberto Donna, partiendo de la interpretación que hiciera del texto anterior del artículo 119 de Código Penal que por nuestra parte afirmábamos que el concepto de acceso carnal no abarcaba la *fellatio*. A los argumentos antes enunciados, agregábamos la consideración del derecho alemán, que directamente habla de coito, con la cual se excluye directamente tal concepto. Y así deberá ser entendido el concepto de acceso carnal, a partir de la sanción de la ley 25.087, 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 entrando 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”, ya que, de tomarse literalmente la expresión se ampliaría el tipo de manera descomunal. De manera que si hubiera querido arreglar o solucionar la disputa doctrinal que se analiza ut supra, debieron agregar el texto, en lugar de “cualquier vía”, en una enumeración taxativa de sus intenciones. A modo de ejemplo, cabe citar aquí la reforma efectuada en 1995 al Código Penal español, que en los artículos 182 y 183 claramente distinguió el concepto de acceso carnal y el de penetración anal o bucal, aunque sometiéndolos a la misma pena, pero como las intenciones no se trasladan mágicamente a la ley, la ley dice lo que dice, y los redactores de la ley piensan lo que piensan (*Delitos contra la integridad sexual*, Ed. Rubinzal - Culzoni 2000, Págs. 59/60).

Oscar A. Pandolfi recuerda que el Congreso concluyó aprobando un texto que al limitarse al aludir al “acceso carnal por cualquier cavidad”, obliga a recurrir al idioma castellano y a los antecedentes históricos, legislativos y dogmáticos de la ley vigente, como pautas hermenéuticas, todo lo cual conduce a la conclusión de que no obstante la

concreta y conocida opinión del legislador, el acceso carnal no incluye la *fellatio in ore* (*Delitos contra la integridad sexual* (ley 25.087), Ed. La Rocca 1999, pág. 53).

Justo Laje Anaya y Enrique Alberto Gavier señalan que:

“El acceso carnal violento como ofensa al bien jurídico protegido por el párrafo tercero del artículo 119, derecho de las personas a un consciente y voluntario trato sexual, por las razones expuestas debe tener el contenido de una forzada conjunción sexual propiamente hablando y no forma impropia como mera manifestación de lujuria, debiendo realizarse por vías idóneas para realizar el coito: la vaginal con que lleva el peligro adicional de contaminación de la prole y la rectal por que así lo ha impuesto la estructura de tipo legal de la violación desde nuestros más remotos antecedentes vernáculos y no por la boca, pues estos actos lujuriosos, si bien tienen contenido sexual y han sido incorporados por el ser humano al listado de relaciones sexuales anormales, lo fueron por su avidez de encontrar nuevos placeres y sensaciones, pero per se, no le confiere a la boca el carácter de vaso receptor apto para la realización del coito (crme. Pandolfi Oscar A., *Delitos contra la integridad sexual*, pág. 45), esta indebida extensión podría también hacerse respecto de otros orificios naturales de la persona según se especificara ut supra y con el mismo criterio hacerse también respecto del elemento que penetra, para llegar al extremo y no recomendable conclusión de que la introducción de los dedos y la lengua, que pertenecen a las personas, y que también son de carne, son aptos para realizar el acceso carnal, tesis que aunque no prosperó ya fue sostenida en alguno de los proyectos presentados a la Cámara de Diputados.

Como ya quedaron explicitados, lo dicho no implica negar que otra sería la situación si al estructurar el tipo, la ley hubiera mencionado expresamente la penetración bucal, o esa conclusión surgiera de una interpretación auténtica contextual o posterior (Edwards, Carlos, obra citada pág. 31)... y agregan más adelante:

“Si se sostuviera como pensamos debe sostenerse que la *fellatio in ore* no es acceso carnal, por no resultar la boca un vaso receptor apto para la realización del coito (Gavier, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, Marcos Lerner Editora Córdoba 1999, pág. 34), el hecho encuadraría como bien se dijo en el Senado, en la figura del 2º párrafo del nuevo artículo 119, y concluiría así de todos modos el devaneo de los jueces frente a estos hechos que tanto repugnan a la conciencia social, y por lo que se puede imponer ahora una pena más acorde a su gravedad intrínseca” (Notas al Código Penal- actualización a la primera edición, Ed. Lerner 2000, págs. 349/350).

Adrián Marcelo Tenca a su turno dice que

“...la expresión acceso carnal no contempla ningún modo de *fellatio in ore*. Al mantenerse la misma redacción tras la reforma, el agregado ‘por cualquier vía’ aparece como sobreabundante o aclaratorio de lo que no cabe duda: la expresión se refiere sólo al coito vaginal y anal” (*Delitos sexuales*, Ed. Astrea 2001, página 87).

En la misma posición doctrinaria se enrola José Luis Clemente (ver *Abusos sexuales*, Ed. Lerner 2000, páginas 94/97).

C. En función de lo expuesto, podemos aseverar que colocados como magistrados ante el texto impreso al artículo 119 del Código Penal por la ley 25.087 cabe hacer la interpretación del mismo, tanto más cuando se trata de superar la ambigüedad y la vaguedad para que la inteligencia normativa se adecue a las palabras de la norma, evitando elastizar los conceptos para realizar un inaceptable ajuste de ellos a eventuales exteriorizaciones del criterio del legislador en sus discursos, donde pudieron haber vertido interpretaciones que no se han plasmado en el texto normativo. No basta para que medie una interpretación auténtica acudir sólo al momento histórico en que se dictó la ley o a algunas exposiciones parlamentarias, si tales elementos no se traducen normativamente. El ordenamiento legislativo tiene una vigencia que se proyecta a través del tiempo y se ajusta a las circunstancias de los cambios que se operan durante su transcurso. Justamente, examinando la norma cuya explicación es materia de este pronunciamiento, advierte Carlos Creus que “ante las dudas en el debate legislativo mediaron repetidas interpretaciones a una soberanía de la voluntad del legislador como interpretación auténtica irremplazable (cuando no se trata más que uno de los tantos elementos históricos de interpretación).

”...Lo que demuestra lo irremplazable de la precisión terminológica en la confección de las leyes, porque la ley dice lo que dice, no lo que los legisladores quieren que diga, principio de interpretación harto conocido.” (*El nuevo Código Penal Argentino*, Ed. Librería Cívica, Ed. 2002, págs. 44/45).

En virtud de ello propicio fijar como doctrina de casación para el fuero penal de la provincia de Entre Ríos que la *fellatio in ore* no constituye el acceso carnal requerido por el tercer apartado del artículo 119 del Código Penal (texto según ley 25.087), sin perjuicio que pueda ser considerada como abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima (artículo 119, 2^{do} apartado ídem) si se cumplimentan las demás condiciones de dicho tipo penal.

IV. En mérito al desarrollo precedente, adelanto mi coincidencia con el voto de la minoría en el fallo recurrido, cuya casación propicia receptando la pretensión impugnativa del señor defensor de pobres y menores N° 1 de Gualeguay.

Atendiendo al *factum* fijado soberanamente por el tribunal de grado que ha tenido por acreditado los hechos atribuidos al encausado y estando fuera de discusión la existencia del delito de privación ilegítima de la libertad (artículo 141 del Código Penal), el que concursa materialmente con la conducta vinculada a la *fellatio in ore* por él desplegada, entiendo que la ponderación de las circunstancias fácticas y de prueba descritas en el decisorio recurrido permiten, sin dubitación alguna, subsumir el suceso en la figura de abuso sexual gravemente ultrajante (artículo 9°, apartado 2^{do}, del Código Penal), por concurrir todos los extremos descritos en la misma, haciendo propios los fundamentos vertidos al respecto por el doctor Cirigliano al desarrollar en el resolutorio en crisis el voto minoritario.

Debiendo decidirse el caso conforme el artículo 488 del Código Procesal Penal, es que al auspiciar la casación del pronunciamiento de fs. 225/250 de estos autos, propongo revocar el punto 2° de dicha sentencia y considerar al imputado –cuyos datos filiatorios obran en la causa – como autor material de dos hechos constitutivos de los delitos de

abuso sexual gravemente ultrajante y privación ilegítima de la libertad en concurso real (artículos 55, 119 –párrafo segundo –; y 141 del Código Penal).

“Las costas de esta etapa impugnativa deben ser declaradas de oficio” (artículos 547, 548 y concs. del Código Procesal Penal).

Para adecuar la pena al nuevo encuadre estimo que deben tenerse en cuenta las circunstancias señaladas por el *a quo* en el decisorio traído, al tratarse la tercera cuestión, donde se ponderan las circunstancias personales del encartado vinculadas a su edad, instrucción, las que han rodeado a los sucesos motivo de la condena, la extensión del daño causado y demás estimativas legales. En mérito a tales pautas desarrolladas en la sentencia inferior es que propicio se le imponga la pena de cinco años de prisión efectiva con más las accesorias legales (artículos 12, 40, 41 y concs. del Código Penal y 488 del ordenamiento ritual).

Así voto

Los señores vocales, doctores Chiara Díaz y Carubia, adhieren al voto del doctor Carlín por análogas consideraciones.

A la segunda cuestión propuesta, el señor vocal doctor Carlín, dijo:

“Las costas de esta etapa impugnativa deben ser declaradas de oficio” (artículos 547, 548 y concs. del Código Procesal Penal).

Así voto.

Los señores vocales, doctores Chiara Díaz y Carubia, adhieren al voto del doctor Carlín por análogas consideraciones.

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente sentencia:

Fdo.: doctor Daniel O. Carubia doctor Carlos A. Chiara Díaz doctor Miguel Augusto Carlín

Sentencia:

Paraná, 4 de junio de 2003

Y vistos

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

Se resuelve:

1º – Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el señor defensor de pobres y menores N° 1 de Gualeguay, doctor Daniel Elías Alle, como defensor técnico del

imputado, contra el pronunciamiento de la Excma. Cámara en lo Criminal de Gualeguay que corre a fs. 225/250 de autos.

2º – Casar la referida sentencia en su punto 2º en cuanto declara que Juan Ramón Mendoza (a) “Tito”, DNI 23.917.260, cuyos demás datos obran en el referido decisorio de grado, es responsable como autor material de dos hechos constitutivos de los delitos de abuso sexual con acceso carnal y privación ilegítima de la libertad en concurso real – artículos 55, 119, párrafo tercero, y 141 del Código Penal – aplicándole la pena respectiva, lo que se deja sin efecto; y –en consecuencia – encuadrar la conducta del encausado en los ilícitos de abuso sexual gravemente ultrajante y privación ilegítima de la libertad en concurso real (artículos 55, 119, párrafo segundo, y 141 del Código Penal), imponiéndosele la pena de cinco años de prisión efectiva con más las accesorias legales (artículos 12, 40, 41 y ccdtes. del Código Penal y 488 del Código Procesal Penal).

3º – Declarar las costas de esta etapa impugnativa de oficio.

4º – Fijar la audiencia del día 24 de junio de 2003 a las 12:30 horas para la lectura íntegra de los fundamentos de esta sentencia.

Protocolícese, notifíquese y, oportunamente, bajen

Fdo.: doctor Daniel O. Carubia doctor Carlos A. Chiara Díaz doctor Miguel Augusto Carlín

Ante mí: Stella Maris Bolzan - secretaria.

FALLO:

En Mendoza, a veintisiete días del mes de septiembre de dos mil uno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, toma en consideración para dictar sentencia definitiva la causa nro. 70.975 caratulados “**Fiscal contra Báez Leguizamón, Oscar Eduardo, p/ Abuso Sexual s/ Casación**”

De conformidad con lo decretado a fojas 184 de autos queda establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. CARLOS BÖHM, segundo Dr. JORGE HORACIO NANCLARES, y tercero Dr. HERMAN AMILTON SALVINI.-

ANTECEDENTES:

A fs. 158/160, la defensa de Oscar Eduardo Báez Leguizamón, interpone recurso de casación contra la resolución dictada a fojas 153 y sus fundamentos a fs. 155/157 y vta., de los autos nro. 3099 Caratulados “**Fiscal contra Báez Leguizamón, Oscar Eduardo, p/ Abuso Sexual**”, originarios de la Quinta Cámara del Crimen, de la Primera Circunscripción Judicial.

A fojas 175 se da trámite de ley al recurso interpuesto y a fojas 184 se fija fecha para informar, señalándose asimismo el orden de estudio de la causa por parte de los miembros del Tribunal.-

A fojas 188 corre agregada el acta que da cuenta de la audiencia para informar realizada en la causa, fijándose fecha para la deliberación del Tribunal y lectura de la sentencia.-

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. BÖHM, DIJO:

Que a fs. 158/160, la defensa técnica de OSCAR EDUARDO BAEZ LEGUIZAMON, interpone recurso de casación contra la resolución y fundamentos de fs. 153/155/157 respectivamente, en tanto se condena a su pupilo a la pena de siete años de prisión, como autor responsable del delito de ABUSO SEXUAL, previsto y sancionado por el art. 119, 3 párrafo, 29 inc. 3 y 12 del Código Penal, que se le atribuye en los autos nro. 3099, originarios del Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

RECURSO DE CASACION.

VICIOS IN IUDICANDO

El quejoso dirige el embate recursivo, basado en el motivo que autoriza el inc. 1ro. del art. 503 de la ley de rito.

Entiende, que se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva, pues a su entender, la “fellatio in ore”, no constituye acceso carnal, ni resulta ser vía a normal para el acceso. No es posible advertir el acceso carnal que es el núcleo del tipo de la violación, por ello, el coito oral implica extender analógicamente el tipo penal previsto y sancionado por el art. 119 del Código Penal, en violación del principio constitucional “nulla poena sine lege praevia”.

Cita en abono de su tesis, doctrina y jurisprudencia.

Asimismo, el quejoso, se agravia por la valoración del indicio consistente en el “modus operandi” del imputado; (Ver recurso, fs. 159 vta.) y de expresiones tales como “si bien las versiones son contradictorias”... (Ver recurso, fs. 160); de la referencia al perfil psicológico de su pupilo, en el marco de incidencia de la pena. (Ver recurso, fs. 160).

I. LA SOLUCIÓN DEL CASO.

De la atenta lectura de la sentencia puesta en crisis, como de la queja intentada, arribo al convencimiento, que ésta última debe ser desestimada.

A. Ahora bien, para principiar el tratamiento del caso sometido a estudio, corresponde analizar el típico referido a la interpretación del art.119, a la luz de la reforma introducida por la ley 25.087, sancionada el 14/4/99, publicada en el Boletín Oficial, el 14/05/99, por lo que la vigencia se inicia el 22/5/99.

No desconozco que la particular redacción del actual Art. culo 119 del Código Penal, al no especificar expresamente las vías idóneas para el acceso carnal, ha mantenido viva la polémica y la disparidad de criterios, tanto doctrinales como jurisprudenciales. Disparidad por las que hago más las palabras de Reinaldi, cuando sostiene que “volvemos a lamentar, como lo manifestábamos a muy pocos días de la sanción de la ley 25.087, que nuestros legisladores no hayan hecho expresa mención a cada una de las tres vías posibles de introducción del miembro viril en vez de dar por sobreentendido que la expresión “hubiere acceso carnal por cualquier vía, comprende a

todas ellas”. (Cfr. Reinaldi, Víctor, “Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087, Ed. Marcos Lerner Pág. 76).

En consecuencia, para arribar a la solución que propugno, entiendo que se impone considerar en primer lugar, lo relativo a la interpretación de la ley y sus antecedentes parlamentarios.

Para ello, abordaremos la temática recordando un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en reiterados pronunciamientos ha sostenido “la primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras las que debe entenderse que no son superfluas, sino que han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, limitar, o corregir los conceptos”. (Fallos 200:175; 304:1820). En ese sentido, lo que se impone es precisamente desentrañar las palabras de la ley, sin prescindir de ellas, de su espíritu y de sus fines, de modo “que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador”. (Fallos 241:267). Siendo la ley la que debe ser interpretada no puede implicar extensiones o analogías prohibidas por imperativo de los principios del Derecho Penal.

En este orden de ideas, a mi juicio, debemos recordar, que los autores de la reforma propuesta, consideraban que había acceso carnal en los supuestos, en que la penetración del órgano viril se efectúa por vía vaginal, anal u oral. Más aún, la necesidad de dejarlo claramente establecido fue el principal objetivo de la reforma, como se desprende de las exposiciones de los Senadores Yoma y Maya, durante el debate del 14/4/99 (Cfr. Antecedentes Parlamentarios, Págs. 1622-1625).

En dirección a lo que vengo sosteniendo, el diputado Cafferata Nores, autor de los proyectos presentados ante la Cámara de diputados, en el art. 2º de su propuesta, proponía la siguiente redacción en la que claramente se puede ver que el “acceso carnal es toda penetración anal o vaginal realizada mediante el uso de cualquier parte del cuerpo del autor y la penetración peneana de la cavidad bucal”. (Antecedente publicado en “Antecedentes Parlamentarios”, cit. P. 1574).

También, de una lectura comparativa de los textos en relación al tema en estudio, la actual redacción del art. 119, según ley 25.087, en tanto tipifica la conducta “cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía”, y la anterior redacción del Art. culo 119, que reprimía con reclusión o prisión de seis quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo” (según rubrica originaria conforme Ley 20.509, quedando comprendido como vías de acceso la anal y la vaginal, carecería de propósito, la modificación del Código Penal y la rúbrica correspondiente, si no hubiera sido voluntad del legislador ampliar el tipo penal en cuestión, con respecto a las “vías” ya contenidas en el texto anterior, esto es vía vaginal o anal, respecto de las cuales no existió disparidad en doctrina respecto de la idoneidad de las mismas como vías para el acceso carnal. (Cfr. Estrella, Godoy Lemos, Derecho Penal, Tomo 1, Págs. 313 y siguientes; Núñez, Ricardo, Derecho Penal, Tomo 2, Marcos Lerner, Pág. 125, Ed. 2988; Creus, Carlos, Derecho penal. Parte Especial, Tomo I, Pág. 188, entre otros.).

Destacados autores de la doctrina nacional, admiten la aplicación del art. 119, 3er. párrafo al caso que nos ocupa, en tal sentido se expresa que “la penetración forzada del órgano sexual masculino en la boca de la víctima, es violación porque es introducción total o parcial en su cuerpo. (Cfr. Fontán Balestra, Tratado, T. V, Pág. 64); asimismo, Ure, Garona, Tiegui, Golsztern, Moras Mon, Chiappini, Vásquez Iruzubieta, Arocena, Carlos Parma, etc.

También el bien jurídico protegido en la rúbrica, esto es la integridad sexual, entendida como la facultad del individuo de auto determinarse respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual, libertad sexual como inviolabilidad del sujeto sexualmente libre cumple a mi juicio una función de interpretación teleológica de la norma en cuestión, y nos permite sin duda concluir que el objeto de protección de la norma, se encuentra igualmente vulnerado cuando el acceso se produce por vía vaginal, anal u oral.

Efectuada esta aproximación, desde la perspectiva de los antecedentes parlamentarios y doctrina, persuadido estoy, que la vía oral (“fellatio in ore”), constituye una de las vías idóneas para el acceso carnal, previsto y sancionado por el art. 119, 3er. párrafo de la ley nro. 25087, es que corresponde abordar en concreto, el estudio del caso sometido a examen.

En efecto, se impone, entonces el análisis de la plataforma fáctica tenida por acreditada por el Tribunal, esto es, “que el día 21 de junio de 2000 aproximadamente a las 7:30 horas, el imputado se apersona al domicilio de la calle Chuquisaca en donde vive su ex mujer y aprovechándose de la distracción de esta la toma de los cabellos y del cuello mientras la amenazaba con un cúter introduciéndola a su casa. Posteriormente le hizo prender un cigarrillo y la quema con este en los pechos, mientras la cortaba en los pechos. Después de todo esto se bajó los pantalones y se hizo realizar sexo oral, para luego darse a la fuga”(sic) (Ver Fundamentos, fs. 156, 1er. párrafo).

Estos hechos encuentra su apoyo en un plexo probatorio del que el sentenciante deriva la certeza para su resuelvo condenatorio, tal como se advierte en los fundamentos, a fs. 156, 5º párrafo.

En consecuencia, en base a los argumentos vertidos precedentemente, entiendo que la conducta de Oscar Eduardo Báez Leguizamón, conforme a la plataforma fáctica tenida por acreditada por el a-quo, se encuentra subsumida en el tipo penal previsto y sancionado por el art. 119, 3º párrafo del Código Penal, concurriendo en el caso concreto y atento a las circunstancias del caso, que integran el tipo penal en análisis, esto es el uso de la fuerza sobre la víctima, produciéndole lesiones, y compeliéndola a que ésta le succionara el pene, de lo que concluyo que el pretendido vicio sustantivo alegado por el recurrente, debe ser desestimado.

B. Resta acotar, que el recurrente, ha calificado de arbitraria la valoración del indicio referido a la circunstancia de las lesiones auto provocadas por Báez Leguizamón, como así también a ciertas frases a las que tilda de ambiguas, como la referencia al “perfil psicológico” de su pupilo, en relación a la determinación judicial de la pena. El modo en que ha sustentado el agravio, no permite su tratamiento, dado que el mismo no se autoabastece en razón de haber esbozado el pretendido vicio, de modo genérico sin desarrollo alguno de su existencia, ni del grado de decisividad que el mismo posee en relación al resuelvo condenatorio. Lo que conlleva su inviabilidad.

Por las razones expuestas, y opinión concordante del Sr. Procurador General, entiendo que debe rechazarse el recurso, en tanto el dictum puesto en crisis, no adolece de vicios que lo conmuevan como acto jurisdiccional.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma primera cuestión, el Dr. Nanclares, dijo: (VOTO AMPLIATORIO).

AMPLIACIÓN DE FUNDAMENTOS.

Sobre la misma cuestión adhiero al voto de mi Colega de Sala por sus fundamentos.

Ahora bien, debo aclarar el cambio de postura con relación al tema que aquí se ha planteado y ello en razón, que en anteriores votos, me pronuncié en sentido contrario.

Expresamente, in re “Morán Manuel”, sostuve que la “fellatio in ore”, no constituía a acceso carnal, y en consecuencia, esa conducta no encontraba adecuación típica en el delito de violación (art.119 C.P.) sino en el de Abuso Deshonesto (Art. 127 C.P.). Expuse allá los fundamentos, plasmados en L.S. 210- 096.

Este cambio de postura, también encuentra fundamento en la nueva rúbrica “Delitos contra la Integridad Sexual”, cambiando la anterior designación del Título 3 “Delitos contra la honestidad”. Esta suponía la protección de un valor como la honestidad, más que a la persona como tal. En la actualidad, el título “Delitos contra la integridad sexual” me permite afirmar que el objeto de protección y de tutela penal, esta constituido por la libertad del sujeto vinculada al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo de las personas con capacidad para hacerlo libre y conscientemente”. (Cfr Reinaldi, “Los delitos sexuales en el Código Penal argentino Ley 25.087, Pág. 32). Puede expresarse que el objeto de protección de la norma, esta circunscripto al derecho de las personas que poseen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad (Cfr. Obra y autor citado, Pág. 33).

El cambio operado, a mas de la concreta mención efectuada en el tipo penal previsto y sancionado por el art. 119, 3º párrafo del Código Penal , esto es, “acceso carnal por cualquier vía”, me inclinan al cambio de postura que dejo expresamente sentado. La inclusión de cualquier vía excluye la posibilidad de una interpretación analógica de la ley, como lo sostuvimos en el precedente.

El derecho evidencia los pulsos de una sociedad, en constantes movimientos, transformaciones y cambios, lo que me permite afirmar, sin que ello sea novedoso, que el mismo, posee un carácter eminentemente dinámico. Esta circunstancia y precisamente, la actual redacción del art.119, a la luz de la reforma introducida por la ley 25.087, me inclinan a un cambio de postura con relación al tema, que viene impuesto precisamente, por la letra y por el espíritu de la ley por lo que adhiero al voto precedente.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. SALVINI, DIJO. (en disidencia).

Disiento con mis colegas de Sala de la solución propuesta, en los autos sometidos a examen, en lo que constituye a mi juicio el “*thema decidendum*”. Ello en base a los siguientes argumentos.

En primer lugar, corresponde señalar que tal como lo sostuve en numerosos precedentes, el delito de violación se consuma cuando se tiene acceso carnal, es decir, cuando se penetra, y el criterio que rige la materia está circunscripto al concepto jurídico y no meramente fisiológico ni puramente biológico. (L.S. 214-441).

Adentrados concretamente a la cuestión, reitero y mantengo la postura, que sostenía antes de la reforma incorporada por ley 25.087 respecto de la “*fellatio in ore*”, en el sentido que la misma solo podía significar un abuso deshonesto del cuerpo ajeno, pero no una violación, por no concurrir el acceso carnal, que es el núcleo del tipo de la violación. Así he entendido que punir a título de violación el coito oral, implicaba extender analógicamente el antiguo tipo legal del art. 119 en colisión con el principio constitucional “*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali*” (art. 18 C.N.) (L.S. 210 - 096).

En segundo lugar, debo circunscribir el análisis según la reforma de la ley de fondo. (ley 25.087) .

A mi juicio, los cambios introducidos, por la mencionada reforma en el art. 119, 3º párrafo, no autorizan ni implican aceptar que la “*fellatio in ore*”, constituya abuso sexual con acceso carnal. Dicho de otra manera, que la boca, sea vía apta para el acceso carnal. Criterio compartido por autores, como Pandolfi (“*Delitos contra la integridad sexual*”, Pág. 45;) y Gavier (“*Delitos contra la integridad sexual*”, Marcos Lerner, Córdoba 1999, Pág. 34,) autores citados por Laje Anaya-Gavier, en “*Notas al Código Penal Argentino*”, Pág.155/156, Jorge Buompadre, en su obra “*Derecho penal. Parte Especial*”, Tomo I, Ed. Mave 2000. Pág.379.

En tal sentido, comparto la tesis que la punición del coito bucal, debe quedar subsumida en el segundo párrafo del art. 119 del Código Penal (t.o. 25.087) atento a las circunstancias de su realización que lo califican de poseer una “*gravedad ultrajante*”. Entiendo que esta circunstancia es demostrativa de un mayor desprecio de la dignidad personal de la víctima; que el que importa la comisión de todo atentado a la integridad sexual, encuadrable en la figura básica, que de por sí, ya es ultrajante. Por ello considero, que la “*fellatio in ore*”, tiene ese “*plus*” de ultraje, que agrava al hecho del abuso sexual previsto en el primer párrafo del citado Art. culo. Desde la doctrina, se ha ejemplificado al “*abuso sexual gravemente ultrajante*”, con actos de sadismo, obligar a la víctima a cumplir actos de bestialidad, la introducción de botellas u otros objetos en la vagina o en el recto, etc. (Ver Reinaldi, “*Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino, Ley 25.087*”. Marcos Lerner, 1999, Pág. 66).

Además, parto de la base, que si la voluntad del legislador hubiera sido la inclusión de la vía oral, como idónea para consumir el abuso sexual, lo debió consignar expresamente, por imperativo de los principios constitucionales que informan al derecho penal. En este sentido, puede afirmarse, que “*no hay delito ni pena, sin tipo penal legal: que una conducta será reprochable penalmente, cuando como tal ha sido prevista por la ley penal para asignarle una pena. Este principio importa “una garantía*

para el individuo, ya que le asegura que la actividad represiva de “aplicación” (Poder Judicial) y “ejecución” (Poder Ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas suyas que no están catalogadas como delitos por la ley”. (Cfr. Creus, Carlos, Derecho penal. Parte General, Tomo I, 4º Ed. Astrea, Pág. 53 y siguientes).

Sabido es que constituyen exigencias derivadas del principio de legalidad y de reserva, y en virtud de los cuales se impone que la ley debe ser escrita, previa, y estricta, “lo cual requiere que tanto la descripción de la conducta como la pena asignada a ella se encuentran expuestas en la ley sin ambigüedades que entorpezcan su conocimiento por parte de los destinatarios de ella” (cfr. Autor y Obra citada, Pág. 55).

Además, en orden a la seguridad jurídica, en todo caso, se debió seguir la técnica legislativa elegida entre otros, por el Código Penal Español, según el texto actualmente vigente (art. 179, ley orgánica 11/1999. B. O. E. Núm. 104) en donde menciona en forma expresa las vías del acceso en tanto sostiene que “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal” (Ver Reinaldi, Víctor, “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino, Ley 25.087”. Marcos Lerner, 1999, Pág. 74).

Por todo lo expuesto, conforme a los argumentos antes reseñados, entiendo que en el caso sometido a examen, existía una errónea interpretación de la ley sustantiva, por lo que la conducta de Báez Leguizamón, debió ser encuadrada en el segundo párrafo del art. 119 de la ley de fondo.

ASI VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. BÖHM dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Doctores **Herman A. Salvini y Jorge H. Nanclares** adhieren al voto que antecede.

Con lo que termina el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A:

Mendoza, 27 de Septiembre de 2001.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Báez Leguizamón, Oscar Eduardo a fs. 158/160 de autos.-

2º) Imponer las costas a la parte recurrente (arts. 582 del C.P.P.)

3º) Regular los honorarios profesionales del Dr. Héctor Rosendo Chávez, en la suma de PESOS CIENTO VEINTE. (\$ 120)(arts. 585 del C.P.P).-

Notifíquese.-

BIBLIOGRAFIA

- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, Doctrina Judicial. La ley 1999, tomo 3.
- CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. II 4, Editorial Temis, Bogotá, 1997.
- CLEMENTE, José Luis, Abusos Sexuales, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, 2000.
- CREUS, Carlos, “Delitos sexuales según la ley 25.087”, Jurisprudencia Argentina, 1999, tomo III.
- “Código Penal de la Nación Argentina, Comentarios y Jurisprudencia”, de los Dres. ROMBOLÁ, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martín, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires, 2005.
- Diccionario de la Real Academia Española publicado en www.rae.es
- Diccionario Ilustrado Sopena Color, Editorial Sopena Argentina S.A., Buenos Aires, 1994.
- Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales, de los Dres. ROMBOLÁ, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martín, Editorial Ruy Díaz, Segunda Edición, Buenos Aires, 2005.
- DONNA, Edgardo Alberto, Delitos contra la integridad sexual, 2da. Edición Actualizada, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.
- FIGARI, Rubén E., Delitos de índole sexual, Doctrina Nacional Actual, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal. T. IV. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.
- Fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, Fiscal c/ Báez Leguizamón, Oscar Eduardo p/ abuso sexual s/casación 27/9/01, causa N° 70.975.
- Fallo del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos en Causa “MENDOZA, JUAN R. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD EN CONCURSO DE REAL-RECURSO DE CASACIÓN” dictado el 4 de junio de dos mil tres por la Sala 1 en lo Penal.
- GAVIER, Enrique Alberto, Delitos contra la integridad sexual, Marcos Lerner, Córdoba, 1999.
- GRASSI, Ricardo Jorge, “Alcance del término cualquier vía para configurar el delito de violación”, Doctrina Judicial, La ley, 2004, tomo 3.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho, Revista de Derecho Penal y Criminología, T. 1, 1991.
- NÚÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edición actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1999.
- NÚÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, actualizado por REINALDI, VICTOR FELIX, 4ta. Edición, Editorial Lerner, Córdoba 2009.
- PANDOLFI, Oscar A., Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087), Comentario de Mariana P. Sica, La Ley 2000-D.
- PANDOLFI, Oscar A., Delitos contra la integridad sexual, Editorial La Roca, Bs. As., 1999.

- PARMA, Carlos, “Delitos contra la integridad sexual”, Modificación del Capítulo II, título III del Código Penal”. En: La Ley on line: <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main> 26/09/2005.
- PARMA, Carlos, “Delitos contra la integridad sexual”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999.
- REINALDI, Víctor Félix, Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino, Córdoba, Marcos Lerner, 1999.
- TENCA, Adrián Marcelo, Delitos sexuales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.
- YUNI, José Alberto; URBANO, Claudio Ariel, Recursos Metodológicos Para la Preparación de Proyectos de Investigación, Editorial Brujas, Córdoba, Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio, Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991.