

**UNIVERSIDAD SIGLO 21**

**ABOGACIA**



**TESIS FINAL DE GRADUACIÓN**

**LA FELLATIO IN ORE:**

Su encuadramiento legal, disquisiciones doctrinarias y  
jurisprudenciales.

**CYNTHIA TALET**

**2.014**

## Resumen

El presente trabajo de investigación, consiste realizar una exposición de los fundamentos que sostienen las dos corrientes partidarias que se enfrentan a la hora de encuadrar la conducta delictiva conocida como *fellatio in ore*, sea este encuadramiento dentro del segundo o en el tercer párrafo del Artículo 119 del Código Penal Argentino.

Para algunos juristas, seguidores de la mencionada Tesis Restrictiva, la conducta criminal consiste en un “Abuso Sexual Gravemente Ultrajante”, mientras que para quienes se enrolan en la llamada Tesis Amplia, el hecho delictual constituye un “Abuso Sexual con Acceso Carnal”.

Teniendo en cuenta los motivos que cada una de las corrientes presenta se observa que los tribunales de justicia, han sentado jurisprudencias opuestas respecto del encuadre legal de la *fellatio in ore*, situación que acarrea una grave inseguridad jurídica, pues esta disparidad implica la aplicación de escalas penales diferentes.

Analizaremos también la necesidad de una nueva reforma del artículo 119 con el objeto de superar la discusión que se presenta actualmente y que aporte una solución tanto a la interpretación de la norma como a los tribunales que deben aplicar la ley.

## Abstract

This research work is an exhibition of the fundamentals underpinning the two partisan currents face in framing criminal behavior known as *fellatio in ore*, whether this framework within the second or third paragraph of Article 119 the Argentine Criminal Code.

For some lawyers, supporters said Restrictive Thesis, the criminal conduct consists of "Seriously Outrageous Sexual Abuse", while for those who enroll in Thesis called Broad, the criminal act constitutes a "Sexual Abuse with Carnal Access".

Given the reasons for each of the streams presented shows that the courts have laid opposite jurisprudence regarding the legal framing of *fellatio in ore*, a situation that carries serious legal uncertainty, because this disparity involves the application of scales different prisons.

Also analyze the need for further reform of Article 119 in order to overcome the argument that is currently presented and to provide a solution to both the interpretation of the law and courts must apply the law.

## Índice

Resumen.	2
Definición de objetivos generales y específicos	6
Metodología.	7
Introducción.	9
Capítulo 1: CONSIDERACIONES GENERALES.	13
Concepto del bien jurídico protegido: derecho de integridad sexual, <i>fellatio in ore</i> .	14
Capítulo 2: ANÁLISIS DEL INSTITUTO EN LA TESIS RESTRINGIDA.	29
1 Análisis integral de la postura de tesis	30
2 Fundamento, Justificación (doctrina)	33
3 Jurisprudencia que adhiere a la tesis restringida.	49
Capítulo 3: ANÁLISIS DEL INSTITUTO EN LA TESIS AMPLIA	55
1 Análisis integral de la postura de la tesis.	56
2 Fundamento, Justificación. (doctrina).	61
3 Jurisprudencia que adhiere a la tesis amplia.	74
Capítulo 4: LA <i>FELLATIO IN ORE</i> DENTRO DEL ARTICULO 119 DEL CÓDIGO PENAL	77
1 Análisis del artículo 119 anterior y posterior a la reforma.	78
2 Reforma del artículo 119 mediante ley N° 25087 y su propósito clarificador.	84
a) Abuso sexual simple.	84
b) Abuso sexual gravemente ultrajante	89
c) Abuso sexual con acceso carnal.	92
d) Agravantes del art. 119.	94
3 Proyecto de reforma del código penal y los delitos sexuales	96

Conclusiones.	99
Anexo (fallos).	102
Bibliografía.	147
Autorización para publicar y difundir	151

## Objetivo general

- ✓ Analizar la figura de la *fellatio in ore* y establecer su encuadramiento jurídico en el Código Penal Argentino.
- ✓ Analizar las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la *fellatio in ore*.

## Objetivos específicos

- Encuadramiento de la *fellatio in ore* como Abuso Sexual Simple, Abuso Gravemente Ultrajante o Acceso Carnal.
- Analizar la Interpretación de la frase “por cualquier vía” del artículo 119º, 3º párrafo, CP. (ley 25.087).
- Distinguir los diferentes tipos penales dentro del artículo 119 CP.
- Destacar las diferentes posturas adoptadas por la doctrina respecto a la *fellatio in ore*.
- Analizar las características de la interpretación restringida y de la interpretación amplia con respecto a los autores que las fundamentan.
- Analizar las diferentes características tenidas en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia para argumentar sus posturas respecto al abuso sexual oral.

## Marco metodológico

Las investigaciones científicas deben necesariamente contener un marco metodológico conductivo del tema que se aborda, apoyándose en técnicas y procedimientos que desplieguen la estrategia que se utilizará para construir el trabajo de investigación y manifiesten ordenadamente la información que se quiera transmitir con él.

Como lo plantea el libro de Yuni y Urbano (2.006) la investigación en el campo científico presume la aplicación de reglas que son aceptadas y convalidan el conocimiento.

Por lo expuesto, el trabajo se abordará de la siguiente manera:

Se utilizará como tipo de estudio el Método Descriptivo ya que va a describir a la *fellatio in ore* según las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales y se demostrará por qué se encuadra en una o en otra de las figuras que se encuentran en el Artículo 119 del Código Penal Argentino. Estas presentan la base teórica del presente trabajo.

Se plantearán enunciados ciertos a partir de datos reales y confiables procedente de la ley positiva (Art. 119 Código Penal, párrafos segundo y tercero). De estas dos corrientes doctrinarias, y principalmente de la jurisprudencia donde ésta última se materializa y se vuelve inmutable (cosa juzgada material), haciendo referencia a un acontecimiento de la realidad (caso concreto del hecho delictivo que se estudia), y 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).

Para realizar la investigación del proyecto, se utilizará como estrategia el Método Cualitativo. La doctrina y jurisprudencia estará sometida a este método para establecer las variantes subjetivas que imperan en esas fuentes.

Debido a que se reconoce que la *fellatio in ore* es un delito contra la integridad sexual de las personas, el problema que se plantea es un tema muy específico, lo cual hace difícil su encuadramiento jurídico debido a las diferentes perspectivas que cada uno de los juristas adopta.

Estas son las circunstancias que han generado discrepancia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Además se analizarán los fundamentos que cada uno de ellos pregona para justificar su postura.

La investigación cualitativa tiene fundamento en la interpretación que se circunscribe a captar la significación de las acciones de los sujetos y también de las instituciones. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista Lucio, 2006).

Las fuentes que se aplicarán son primarias y secundarias pues si bien los autores estudiados proyectan sus estudios o conclusiones en libros o revistas especializadas, en sus mismos trabajos citan a otros autores que han trabajado sobre el tema para poder comparar las opiniones de éstos con las propias y en consecuencia exponer las deducciones que establecen su razonamiento y los conceptos que conforman su teoría sobre el mismo tema.

Dentro de las primarias, (juzgadas éstas como exposición original de conocimiento por parte de su autor) se utilizará el proyecto y actual ley 25.087, del 14 de mayo de 1999 que reforma al Código Penal Argentino; libros como los de Carlos Parma sobre abuso sexual o el de Edgardo Alberto Donna, “Delitos contra la integridad Sexual”, entre otros.

En el marco de las fuentes secundarias: "...se denominan así porque someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias..." (Yuni y Urbano, 2006, p. 85).

Delimitación temporal/nivel de análisis del estudio: Dicha investigación, data desde muchos años atrás, ya que desde la época de Carlos Tejedor se presenta la discusión doctrinaria respecto del encuadramiento jurídico de la *fellatio in ore* es decir, si se trata de abuso sexual, abuso deshonesto o violación (o acceso carnal), pero el presente trabajo específicamente se centrará a partir de la reforma del Código Penal Argentino del 14 de mayo de 1999 y las contradicciones que surgen en la jurisprudencia.

## Introducción

En el presente trabajo se realizará un análisis profundo de la figura delictiva de la *fellatio in ore*.

Se analizarán las diferentes posturas y los fundamentos sostenidos por cada uno de sus máximos exponentes, como así también la base normativa que sustenta dicha discusión; la problemática con respecto a su encuadramiento jurídico y las diferentes sentencias a las que han arribado los jueces.

Es necesario comprender y tener en claro las diferentes posturas que desde hace años son contradictorias para entender las decisiones que toman los jueces y ubicar a este delito en una u otra figura dentro de las que podrían encuadrarse con respecto al Artículo 119 del Código Penal, figuras éstas que se abordarán a lo largo de la presente obra y poder a través de la interpretación de esas posturas llegar a una sentencia razonable y justa.

Se trabajará en el capítulo 1° con la ley 25.087, y se observará cómo esta ley trajo consigo el cambio del Libro II, Título III que contemplaba los “Delitos contra la Honestidad”, los que fueron sustituidos por “Delitos contra la Integridad Sexual”, que generó que el bien jurídico protegido ya no sea la honestidad o fidelidad, reserva y decencia sexual, sino que a partir de esta nueva normativa se protegerá a la integridad, privacidad e identidad de la víctima.

Ello así, en los capítulos 2 y 3 se analizarán las posturas restringida y amplia, abordando de ese modo las diferencias que existen sobre el tema y los intentos de encuadrar a la figura en uno u otro delito. Por esta razón se debe tener presente que la postura restringida es la que establece que el delito de la *fellatio in ore* se encuadraba

en el abuso simple (el cual antes de la reforma del Código se encuadraba en el artículo 127 que correspondía al abuso deshonesto) o en su defecto, en la actualidad, en el abuso gravemente ultrajante el cual está contemplado en el segundo párrafo del actual art. 119, el que hace hincapié en un abuso sexual, pero con el agravante de ser éste más humillante debido a circunstancias de modo o a la duración del mismo, siendo ésta la condición que corresponde para su encuadramiento dentro de esta postura como un agravante del delito, ya que la víctima es sometida a soportar condiciones de humillación, más aún cuando se realiza en presencia de terceros o es prolongado en el tiempo.

Fundamenta esta posición Ricardo Núñez (1.999) como uno de sus máximos exponentes argumentando que la boca, a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas, y que es por ello que al entrar en contacto con el *phallus*, no cumple una función sexual semejante a la vagina.

En cambio, en la postura totalmente opuesta, (capítulo 3) está la tesis amplia que sostiene que la expresión del art. 119 tercer párrafo "...por cualquier vía.", está haciendo referencia a las vías vaginal, anal y bucal, entendiéndose que la *fellatio in ore* se encuadra en la figura de abuso sexual con acceso carnal, si existe una penetración ya sea ésta de manera perfecta o imperfecta del órgano sexual dentro del cuerpo de la víctima.

Fontán Balestra (1.969), sostiene que no hay diferencia entre el coito oral con cualquier otra penetración *contra natura*, debido a que si el criterio jurídico del acceso carnal era entendido como actividad directa de la libido, que es el deseo sexual, impulso y raíz de las más variadas manifestaciones de la actividad psíquica (natural o

no), se entiende que existe una penetración del órgano genital del autor, que puede representar el coito o cualquier forma degenerada de éste.

Además se pretende no perder de vista que ante estas diferentes posiciones e interpretaciones que no son unánimes, la jurisprudencia no ha quedado exenta de esta problemática, por lo que se han llegado a apreciar distintas sentencias que a través de sus interpretaciones han condenado a los actores de la figura de maneras diferentes, por lo que se hace aún más difícil poder llegar a encuadrar a la *fellatio in ore* en un solo tipo penal.

En el capítulo 4 se expondrá la problemática que consiste en una comparación del art. 119 antes y después de la reforma del Código Penal. Y se comparará cada uno de los tipos penales que existen dentro del ya mencionado artículo.

La reforma de 1.999, a pesar de traer claridad en el tema de las interpretaciones, deja entrever ciertas falencias, una de ellas es el encuadramiento jurídico de la figura objeto del presente trabajo, y la problemática de definir claramente si comete el delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal, el que somete a otra persona cualquiera sea su sexo a practicar la *fellatio in ore*, o acto sexual oral, si comete el delito de Abuso Sexual “Simple” o en su defecto dependiendo de las circunstancias al “Gravemente Ultrajante”.

El trabajo se dispone a responder el interrogante: ¿Es la *fellatio in ore* Abuso Sexual con Acceso Carnal o es, en su defecto, Abuso Sexual Simple o Gravemente Ultrajante?; ¿La expresión “por cualquier vía” hace referencia tanto a la vía vaginal, anal y bucal o no? Preguntas éstas que no han logrado unidad de respuestas hasta ahora, pero que con el análisis reflexivo y exhaustivo se arribará a una conclusión.

**Capítulo 1:**

**CONSIDERACIONES GENERALES.**

## **Concepto del bien jurídico protegido: derecho de integridad sexual, *fellatio in ore*.**

Los delitos sexuales llamados “delitos contra la integridad sexual” según el Código Penal son aquellos que le brindan a las personas el derecho a la libertad sexual. Éste es el derecho que tiene cada persona a disponer libre y voluntariamente de su cuerpo, es la libertad de asumir si uno desea o no mantener o realizar una determinada actividad sexual, a tener una independiente y consciente relación sexual y además a decidir con quién.

No solo es un derecho sino que además tiene carácter obligatorio. Es deber del Estado proteger a las personas que tienen la capacidad para pronunciar su voluntad de poder decidir tener, o no tener, intimidad sexual. Pero también debe ser entendido en la expresión de “derechos de integridad sexual” como una protección de la intangibilidad sexual de quienes por ser menores de edad o tener una incapacidad, sea esta permanente o temporaria, de expresar válidamente su consentimiento, evitando exponer a estas personas a tales actos anormales que la figura representa.

En virtud de estas consideraciones expuestas, la ley 25.087 con su entrada en vigencia, trajo un profundo cambio con respecto al Código Penal, sustituyendo el bien jurídico que este cuerpo normativo punitivo protegía.

Anteriormente se protegía a la honestidad, la que se tenía como condicionante de la figura penal, donde la víctima debía demostrarla para lograr que al agresor se le

podiera imputar el delito, y el cual podía defenderse invocando la falta de esta condición.

Si la mujer no lograba demostrar que su honestidad o su conducta sexual era conocida, se aceptaba legamente el reproche moral y este impedía la imputación por la infracción del art. 120 de Código Penal anterior a la reforma de 1.999.

Estas concepciones morales que se ven reflejadas en los antiguos artículos son el reflejo del pensamiento jurídico-penal que se tenía a fines del Siglo XIX y principios del XX.

En este sentido, Francesco Carrara (1.997) opinaba que la violencia provocada a una prostituta o ramera no sólo se veía afectaba en menor medida, que la provocada contra la seguridad de una mujer honesta, sino que realmente en consecuencia se lesiona un menor número de derechos. En las mujeres honradas, el delito de violencia carnal lesiona dos derechos: en primer medida el de conservación del propio pudor, que es lesionado mediante la corrupción del cuerpo de la mujer, y por el otro lado el derecho a la libertad personal, que es lesionado al momento de quedar sometida la voluntad de esta mujer honesta. En cambio, en las meretrices no podría considerarse formalmente como una lesión de un derecho la corrupción del cuerpo, no existe la violación del pudor, ya debido a que está irremediablemente 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.

Indiscutiblemente se tenían en cuenta las condiciones de la conducta sexual de la víctima, sin reflexionar en la libertad sexual, es decir la libre determinación sobre la propia vida sexual, que se revela adoptando a la pareja que mejor le plazca, de

cualquier sexo, cobrando o no por esa actividad, haciéndolo con la frecuencia que quiera y en las forma que por propia voluntad admita. Estos actos no pueden simbolizar una cuasi condena, para que al momento de un ataque sexual, pese sobre la víctima este castigo previo que merece por no ser una mujer honesta, favoreciendo en forma inmediata al agresor.

Con este anticuado pensamiento, cualquier marido que abusando del derecho del débito conyugal y forzaba a su esposa a una relación sexual no querida por ella, quedaba fuera de todo alcance penal y libre de toda pena.

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

El jurista Edgardo Alberto Donna (2.000) expresa que no existía antes de la ley mencionada un bien jurídico único que contuviera todos los delitos del título III del Código Penal, siendo la referencia sexual, el único punto en común entre todos ellos, confiando esta protección a la fidelidad, a la reserva y normalidad sexuales de los individuos y a la decencia sexual pública.

Afortunadamente, se ha ido dejando de lado la moral, las buenas costumbres o la honestidad como bienes jurídicos que se protegían mediante una sanción penal, lo que era propio de una sociedad fuertemente influenciada por principios religiosos o morales, y que era ya desde mucho tiempo antes criticado por ser estos patriarcales, inconstitucionales y retrógrados.

Antes de la ley 25.087, la protección que se otorgaba a la sociedad era más limitada, ya que solo se refería a la honestidad de la víctima y su extensión era la

fidelidad en el matrimonio, la reserva, la normal conducta sexual y la decencia. Esta expresión provocaba un rechazo de la doctrina, la cual resultaba injusta ya que hacía referencia a un valor, a una “injuria a la pureza o castidad de la víctima”, o “al honor de algún varón” (Rinaldi, 2005, p 27). Antiguamente si una prostituta era abusada sexualmente, debido a esta arcaica creencia no podía reclamar la protección de la ley, ya que no era una persona honesta; este viejo fundamento se convertía, más bien un acto discriminatorio e inconstitucional.

Es por esto que en un Estado respetuoso de las libertades individuales, la ley debe proteger a todas las personas sin distinción valorativa de su vida personal, esto significa que la protección se otorga a los individuos por ser sujetos de derecho sin importar que se tenga o no honestidad.

No son requisitos necesarios de estas figuras la virginidad, la honestidad o la diversidad de sexo; por eso Soler destaca que una prostituta también puede ser violada, pues con el hecho ilícito no se ataca a la honestidad sino mas bien a la libertad que tienen las personas de disponer de su propio cuerpo cuando, en la forma y con quien se le plazca.

Buompadre (2.000) hace referencia a que la nueva ley que modifica al Código Penal no se limita solamente a un cambio de nombre en el título del Código, sino más bien a cambio ideológico que acerca al Estado en el ámbito de la sexualidad y hacerla más compatible con las reformas introducidas a la Constitución Nacional de 1.994. Se contempla de esta manera un Estado que evidencia mayor proteccionismo a las libertades individuales y entre estas se encuentra también la libertad sexual.

La ley 25087, denominó a este título “Delitos contra la integridad sexual”, derogando también los capítulos en que se fraccionaba el mismo, constituyéndolo como un único cuerpo con catorce artículos.

Como bien lo interpreta Jorge L. Villada, (2.000) la elección del nombre no fue la más apropiada o la más aceptada para muchos autores. La intención era que tanto la doctrina como los jueces la entendieran como una protección hacia la dignidad sexual de las personas, en tanto forma parte de un concepto integral del ser humano y la protección de la moral pública. Ésta queda comprendida como noción de pudor de una sociedad o el conjunto de valores éticos y morales indispensables, los cuales necesitan ser preservados.

La indicada reforma, fue ampliamente criticada por parte de los autores (algunos más aprobatorios, otros más críticos). Es que esta reforma no solo rompió con la racionalidad y la metodología de la dogmática penal y de la legislación argentina que eran protegidas por décadas, sino que además terminó con una técnica legislativa deficiente y sin objetivos claros de política criminal.

Como lo expresó en la discusión parlamentaria de la ley 25.087 ante la Cámara de Diputados, el profesor José Ignacio Cafferata Nores expresó que una valoración de los ataques sexuales conforme con el estado actual de nuestra cultura debe comprender al crimen sexual ajustadamente como una injuria a la integridad física, psíquica y a la libre decisión de la víctima. Pero no se debe entender este planteo como una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón; las agresiones perturban, no el honor o la honestidad de las víctimas, sino como la agresión o el ataque a la integridad y dignidad de las personas. Asimismo afectan a la libertad y a la privación de esta; las personas afectadas viven esas circunstancias

como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad. (Antecedentes parlamentarios, 1.999).

Pero lamentablemente estos plausibles conceptos resultaron ser de difícil coincidencia con el texto que finalmente se aprobó, ya que lejos de profundizar en la interpretación de dichos conceptos, se ve claramente que el articulado defiende principalmente a la libertad sexual, y casi que en forma excluyente. Se dice que la discusión de la ley fue prácticamente nula en el Congreso. Los legisladores que tuvieron la palabra no podían expresarse como hubieran querido, enunciando ciertas modificaciones, ya que era necesaria y había cierto apuro de sancionar dicha norma, y que esta entrara en vigencia rápidamente.

En efecto la reforma trata de inspirar la protección de todos los habitantes, sin excepción ni discriminación, ya que tienen el derecho a la integridad sexual, a no tener que cederla o que les sea arrebatada. Es un derecho individual disponer cada uno de su cuerpo y de su sexualidad de forma libre.

Villada (2.000) destaca que el punto de interés que trató de proteger la ley fue el daño psicoemocional sufrido por la víctima, ya que el mayor daño no se encuentra solo en la libertad, sino también se amplía al área de la salud y especialmente en la salud mental, o sea, la ley trata de proteger no solo a la libertad física; también la integridad, dignidad físico –sexual de la víctima.

Existieron varias críticas e intentos de cambiar el nombre del título que la ley pretendía adoptar, buscando así una forma más correcta de denominar al bien que se intentaba proteger.

Hay quienes, como el senador Yoma, que en plena discusión en el Senado consideró necesario cambiar el título por “Delitos contra la Libertad Sexual” ya que era más apropiado, según el senador, que el que finalmente se aprobó. Su fundamento era que ante una búsqueda del significado literal de la palabra “integridad” se aludía al tema de la virginidad. Pero resulta arcaica esta interpretación ya que este tipo de comentarios y de interpretaciones literales, no dan con el espíritu de la ley ni con el verdadero sentido que tuvo en mira el legislador en el momento de redactarla.

Pero esta tesis de la libertad sexual era también sostenida por juristas como Adrián Tenca, que interpretaba las intenciones del legislador como la protección de “la libertad”, ya que al establecer la edad mínima de trece años para validar el consentimiento, no hace más que ratificar que el bien jurídico que se está protegiendo es la libertad, porque la persona no está madura psíquica ni mentalmente para decidir sobre su sexualidad. (Tenca, 2001).

Algunas de las propuestas que se presentaron para el nombre del capítulo fueron las que ya existían en los Códigos de otros países. Por ejemplo, tanto para Buompadre como para Tenca el nombre más acertado era el título “Delitos contra la libertad sexual”, como lo hacía el Código Español de 1.995 (antes de la reforma de 1.999), y que fue la principal fuente de inspiración del legislador argentino.

Sorprendentemente, cuando el código argentino introduce la reforma inspirándose en el código español, este país vuelve a reformarlo. Esto demuestra que en España las leyes evolucionan con la sociedad y no como en la Argentina que son eternas e intocables, motivo que provoca que con el correr de los tiempos las leyes se vuelvan injustas o imposibles de adaptar a las nuevas generaciones.

Pandolfi (1.999) prefiere, siguiendo al Código portugués, la denominación de “Delitos sexuales”, o “Delitos contra la autodeterminación sexual”, como lo adopta el Código Alemán.

Reinaldi (1.999), escoge la designación que formulaba el proyecto de ley de la diputada Fernández Mejjide (expediente número 1345/97 con origen en el Senado de la Nación) “Delitos contra la libertad e intangibilidad sexuales”.

Otros, indubitablemente más conservadores, como, Gavier (1.999), propone el título “Delitos contra la reserva, la normalidad y la moralidad sexual”.

No obstante a pesar de las diferentes críticas y sugerencias a la denominación del bien jurídico que se trataba de proteger, se decidió aprobar el proyecto tal cual se presentó en la Cámara de Diputados.

Por lo tanto el título quedó finalmente como “delitos contra la integridad sexual” eliminando los capítulos que éste tenía antiguamente como el rapto, estupro y adulterio.

La noción de integridad sexual debe ser interpretada a favor de la protección de la integridad física, relacionada al bienestar psíquico, a la libertad y a la indemnidad en el factor sexual de las personas y en especial los menores o incapaces.

Como se viene exponiendo se trata de proteger la integridad y libertad de la víctima, que ve afectado este derecho a través del abuso sexual.

El abuso no está definido en el Código Civil como una conducta, más bien está considerado como las formas y modos de cometerlo mediante las diferentes circunstancias en las que se presenta.

El abuso sexual es uno de los grandes temas que la sociedad debate cada vez que se habla de ello. Se le puede adjudicar esta situación a la herencia cultural, puesto que todavía resulta difícil o molesto para la gente discutir sobre estos temas y más aun sobre la victimización por razones sexuales, debido a que es un delito de instancia privada.

Denunciar un delito sexual significa que solamente la víctima podrá hacer la denuncia de estos actos delictuosos, lo cual provoca en ellos un sentimiento de culpa y además la vergüenza que tiene gran peso en el momento de denunciar estos tipos de agresiones. Esto es debido a tener que volver a recordar y revivir el acto delictual, sumado a que también provoca la re-victimización al sujeto pasivo, ya que la sociedad todavía carga con ciertos valores que condenan a la persona que lo ha sufrido, como el renombrado dicho “¡Por algo le habrá pasado!”. Todo esto induce a la negación y la resistencia que provoca que la comunidad permanezca ignorante en el tema.

Antes de continuar con el análisis, resulta útil detenerse en analizar el correcto significado de la palabra “abuso”, si bien existe una conocimiento popular del término que nos acerca a significados como extralimitación o aprovechamiento, no es menos importante incorporar los significados de la lingüística y de los estudiosos del derecho. Dicen los teóricos que la palabra “abuso” es el ejercicio o empleo irregular, incorrecto, inmoderado, excedido y desmedido de cosas, personas, circunstancias o derechos. En el Diccionario Sopena Color, en su segunda acepción se encuentra una definición escueta pero esclarecedora la de aprovecharse.

Recientemente han cambiado algunas actitudes o dogmas moralistas sobre el sexo. Se ha roto el tabú del sexo de manera que la discusión de anomalías sexuales

ha llegado a ser posible, logrando un aumento de la conciencia pública dentro de la sociedad Argentina.

Hay que tener en cuenta que las víctimas pertenecen a todas las clases sociales, por lo tanto, el problema fue alcanzando la credibilidad que no tenía cuando se los consideraba como casos aislados o pertenecientes exclusivamente a las clases sociales más bajas.

Este problema que preocupa a la sociedad entera no descubre una respuesta satisfactoria en las normas aplicables a los delitos de abuso sexual del ya mencionado art. 119.

El art. 119 del Código Penal plantea diferentes tipos de delitos contra la integridad sexual de las personas.

Cita el artículo:

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.

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).

Este delito se produce cuando a través de una conducta se lesiona la sexualidad de otra persona, independientemente del sexo de ésta. También procede la agresión cuando la víctima es menor de 13 años o cuando como señala el párrafo primero: “mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación

de dependencia, autoridad o poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

Es necesario que para indicar o denunciar que existió abuso sexual se tenga que demostrar que haya mediado la falta de consentimiento por parte de la víctima, o que haya existido resistencia al ataque, intimidación o fuerza del atacante, del cual el sujeto pasivo no pudo superar o resistirse.

El abuso sexual consiste en un atentado a la reserva sexual de la víctima (sea éste consumado o no). Este tipo de acción exige el tocamiento o contacto corporales del autor o de un tercero.

Como bien lo señala Núñez (1.976) no procede el delito a la distancia ni las palabras. Este delito es un delito de tipo dolo, y cuenta con la finalidad impúdica del actor. Basta con demostrar que existió dolo común o eventual para que se pueda configurar el hecho ilícito.

El abuso sexual puede existir en diferentes grados, como bien está señalado en el precitado artículo. No es solo la violación o el acceso carnal lo que marca el fin de este tipo penal, éste no es su fin o el centro del delito. El agravio empieza con las acciones anteriores a este hecho, y estas acciones dañan la integridad de la víctima de igual manera que la propia violación consumada.

Cada uno de estos tipos penales tiene diferentes penas y también cuentan cada uno con sus agravantes.

Estos actos se presentan en distintas figuras que son: el simple abuso sexual, que es la figura básica, que es el mero tocamiento. Es sustraer o retener a una persona

por medio de fuerza, amenaza o fraude para quebrantar la integridad de la persona. En este tipo penal tanto actor como la víctima pueden ser hombre o mujer indistintamente (primer párrafo del art. 119).

El abuso sexual gravemente ultrajante, segundo párrafo del artículo, es un sometimiento agravado por el modo o circunstancias del acto o también por la duración en la que se configura el agravio a la víctima, aquí no hay penetración del órgano sexual masculino pero puede darse que el actor obligue a la víctima a masturbarse o masturbarlo o es posible que utilice instrumentos como si fuera un órgano sexual, o realizar actos sexuales con animales. Es por esto que esta figura es un agravante del simple abuso.

Por último, el delito de violación que es la penetración del órgano sexual es el delito más grave. Aquí es donde hay penetración, existe acceso carnal, por lo tanto se supone acceso y penetración del órgano masculino; y es aquí donde surge el tema de la presente obra “es abuso sexual con acceso carnal la penetración del órgano masculino en la boca de la víctima o solo es violación cuando el órgano es penetrado por vía vaginal o anal”. Aquí se discute la expresión “por cualquier vía” del tercer párrafo del artículo.

Por lo pronto, la *fellatio in ore* es acceso carnal. Para dejar en claro *fellatio in ore* es una palabra que proviene del latín y quiere decir felación con la boca, lo que según el Diccionario de la Real Academia Española es la estimulación del falo o pene con la cavidad bucal, de ahí que en la praxis se utiliza esta expresión como sexo oral.

Acceso carnal tiene un significado sexual, es llegar, alcanzar o entrar en la carne de quien es víctima, tener acceso, o paso o entrada. La reforma solo agrega al

art. 119 la expresión “por cualquier vía” dejando en estas tres simples palabras un abismo y gran oscuridad que ha llevado a diferentes puertos.

La ley no requiere que la penetración sea normal o anormal, es indiferente ante esta acción ya que no requiere una penetración perfecta no siendo necesaria ni la desfloración, ni la eyaculación ni la satisfacción genital. No queda ninguna duda que cabe dentro del delito de acceso carnal el coito rectal o anal (llamado anormal). En este tema hay acuerdo absoluto entre doctrina y jurisprudencia.

La posibilidades del acceso carnal por cualquier vía supone la existencia de capacidad inmisiva y receptiva, esta última considerada como “vía” de acceso carnal, es decir, aptitud funcional y orgánica: vagina, ano-recto o boca en mujer y ano-recto o boca en hombre. La cúpulas extra-vaginales o extra-rectales, sean interfemorales o interglutales, no constituirán acceso carnal para este delito, pero en cambio sí lo es la cúpula ano-rectal o el coito bucal o *fellatio*. Por lo tanto la boca, que si bien tiene capacidad inmisiva, también tiene capacidad activa y puede ser activa en forma indiferente por ambos sexos y que puede ser delictuosamente destinada a conseguir esperma para procreación negada, para identificación o para simular una cúpula. (Achaval. 1.999.)

La problemática que se plantea con la *fellatio in ore* no es el significado que tiene esta expresión sino su valoración jurídica ya que se discute si es violación o abuso sexual gravemente ultrajante.

Algunos juristas de gran prestigio como Núñez, Creus y Donna califican a la *fellatio* como un abuso sexual gravemente ultrajante (postura restringida), mientras que otros como Villada, Parma y Fontán Balestra (la postura amplia y mayoritaria) la

califican como un hecho típico de violación o abuso sexual con acceso carnal. La verdad es que todavía se sigue con la discrepancia, no solo en la doctrina sino también dentro de los tribunales y sobre lo que realmente tuviera en mira el legislador al momento de redactar la ley, disconformidad que todavía no llega a su desenlace final y se ha convertido en un debate sumamente interesante. Postura que se verá al final de los capítulos 2 y 3 respectivamente.

La cuestión no es menor. Es necesario recordar que la ley 25087 trató de resolver la problemática largamente debatida en la doctrina y por tanto, al agregarse a la descripción del tipo penal la frase “por cualquier vía”, lo que se pretendía era la incorporación de todas ellas (anal, vaginal y bucal). No obstante, desde antes de su sanción, era posible advertir los problemas que esta traería.

El Senador Yoma manifiesta en el debate parlamentario de la ley 25.087 que la sanción de la Cámara de Diputados expresa en el artículo “acceso carnal por cualquier vía”. Pero tendrá que verse si algún juez puede llegar a interpretar a la cavidad bucal como una vía apta para producir el coito.

En efecto, si bien la Cámara pretendió cubrir ese vacío, no pudo dar luz dicha expresión dejándolo librado a una interpretación judicial que puede no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al considerar esta reforma.

Por lo que no puede dejarse de contemplar que queda al descubierto la deficiencia del sistema normativo, que no logró atender las situaciones que se pretendían proteger y que de alguna forma favorecen la impunidad de los autores del delito.

**Capítulo 2:**

**ANÁLISIS DEL INSTITUTO EN LA TESIS  
RESTRINGIDA.**

## 1. Observación integral de la teoría.

El principal problema como se ha expresado es la valoración de la llamada *fellatio in ore* o sea el acceso por la vía bucal, el cual no se encuentra expresamente ni claramente previsto en la norma, siendo necesario una construcción de esta figura por los caminos doctrinarios y/o jurisprudenciales.

En este capítulo se conocerán las posturas de grandes e importantes letrados que interpretan que la expresión “por cualquier vía” se reduce a las vías vaginal y rectal.

Aún antes de la reforma ya se encontraban divididas las posturas, tanto entre juristas como dentro de los tribunales, en cuanto a considerar a la *fellatio in ore* como un caso de violación o no.

Entre los argumentos de peso, se intenta aclarar que si el legislador hubiera querido introducir la figura de la violación por vía bucal, debería haberla previsto expresamente en ese momento, cuando se refería a cualquier vía, o bien, hubiera especificado las tres vías a la que se quería hacer referencia, vale decir la vaginal, la vía anal, y la bucal.

Sin embargo no lo ha hecho, y por tal circunstancia la última no estaría contemplada como violación, sino más bien, como una tipificación del abuso deshonesto (antes de la reforma abuso simple) o en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

Para ser claros lo que pretenden estos autores y por decirlo en términos sencillos es expresar la idea de que en una manera explícita se pone de manifiesto que un ataque sexual del tipo de un supuesto de *fellatio in ore* resulta menos gravoso (considerándose que éste causa un menor menoscabo a la víctima) que un caso de acceso carnal de tipo anal o vaginal.

Se inspiran dentro de esta corriente, entre otros autores juristas de la talla de Creus, Edwards, Núñez entre otros y algunos sectores de la jurisprudencia.

Lo primero que se debe interpretar es el sentido de la expresión “cualquier vía”. Dicho enunciado es el centro de discusión, pretendiendo sentar criterio referente a la lexicografía: "cualquier vía", dado que una parte de la doctrina cierra sus ojos frente a tan abierto precepto legal, ajustando su postura a una interpretación restringida, eliminando de esta forma a la *fellatio in ore* del delito de acceso carnal y configurándose al mismo como un abuso gravemente ultrajante.

En el ámbito de la discusión jurídica de la Parte Especial del Código Penal, tanto así en los Tribunales de Justicia como en la doctrina, ha tenido singular protagonismo el debate referido a la apreciación del sexo oral realizado contra la voluntad de la víctima.

La disputa se desarrolla partiendo de distintas premisas, las que consideran a la boca como un "vaso impropio para el coito", también se ha hecho referencia, que ante el silencio legislativo se correspondería dar paso al viejo adagio latino por el cual "debe juzgarse a lo más favorable al reo" (principio de *indubio pro reo*), como así también la aplicación de la ley más benigna del *pro homine*.

Además se sostiene por parte de los juristas como por algunos tribunales que la penetración del órgano sexual masculino en el orificio del cuerpo del sujeto pasivo, que pueda ésta representar el coito o una forma degenerada, o sustitutiva del mismo, por su excesiva amplitud, resultaría violatorio del principio de legalidad consagrado en el Art. 18 CN, ya que significa condenar como violación mediante la aplicación de la analogía.

Ahora bien, es amplia la producción jurídica de nuestros autores, que circunscriben el acceso carnal solo a las vías vaginales y anales, considerándolas vías receptoras propias de copulación.

## **2. Fundamento, Justificación (doctrina).**

En este sentido se encontrará como máximo exponente de esta postura la reflexión del Profesor Ricardo Núñez (1.976) quien ha señalado que la introducción por vía bucal no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119 en su tercer párrafo, sino que, ejecutada esta acción de forma violenta o fraudulentamente, es un abuso deshonesto previsto en el ya derogado art. 127 o en el actual 119 segundo párrafo del Código Penal (así lo establece su actualizador el Dr. Reinaldi, Víctor Félix 2.009).

Continúa Núñez (1.976), su argumentación explicando que 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 vagina. Es por esto que este autor considera que la boca no resulta apta como elemento constitutivo del coito, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva como desahogue libidinoso del actor del delito.

Señaló también, que si bien el ano no es el órgano destinado por naturaleza para ser el vaso rector de la penetración copular natural, por tener, al igual que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, cumple con una función semejante aunque sea de una manera anormal.

Para Núñez (1.956) la boca quedaba excluida de ser una vía apta para el acceso carnal, porque no podía generar el coito, justificándose en temas de orden biológicos adulterados en la actualidad.

Esta postura restringida encuentra gran apoyo en un prestigioso letrado como es el doctor Edgardo A. Donna (2.000) quien ha repudiado la reforma que trajo la ley 25.087.

Donna en varias partes de su obra hace alusión al tema, es prolijo con su crítica y agota la exposición de fundamentos que llevan a encuadrar a la figura que se está estudiando en el abuso sexual gravemente ultrajante y no en el acceso carnal.

Para organizar sus fundamentos se deberá ubicar a sus críticas en un espacio-tiempo de antes y después de la reforma (no porque haya cambiado su postura sino porque su argumento va adaptándose a la evolución jurídica), es por este motivo que se desarrollará de la siguiente forma:

Antes de la reforma se afirmaba que la introducción del órgano masculino por vía bucal, no encuadraba dentro de la figura de violación, por lo que se incluía a esta acción en el tipo legal del entonces art. 127 del Código Penal, abuso deshonesto.

Luego de la reforma Donna (2.000) continúa sosteniendo su postura, argumentando que mientras el artículo mantuviese la expresión de “acceso carnal”, no cabe otra interpretación de que el acceso carnal es la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal, no encuadrando por consiguiente, la vía bucal, o la llamada *fellatio in ore*.

Continúa Donna con su fundamento agregando que por más que el legislador haya tenido en miras las controversias que existían respecto de la *fellatio in ore* al momento de elaborar la reforma, intenta dar solución al inconveniente agregando la expresión “por cualquier vía” al artículo, pero no logra traer luz a la disparidad ya

que el problema de la norma no está en esa expresión, sino que el conflicto se encuentra en definir el acceso carnal.

La ley no ha podido solucionar la discusión que se trae desde años atrás; el legislador en vez de sumar la expresión “por cualquier vía” tendría que haber explicitado en la redacción de la norma, cuáles eran estas vías y así poder agregar la vía oral, que es justamente por la cual se fraccionan las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Hay que tener en cuenta que una cosa es lo que el legislador ha considerado en el momento de redactar la norma y otra muy diferente es lo que finalmente ha escrito, y que por sobre todo el principio de legalidad no puede ser transgredido por la incapacidad de quien hace una ley al no poder volcar lo que piensa en un texto. La labor del dogmático es ajustar una interpretación armónica de la norma con la Constitución Nacional.

Por todo lo expresado Donna (2.000) llega a la conclusión de que *la fellatio in ore*, luego de la reforma, entra dentro del art. 119 pero en su segundo párrafo, o sea como abuso sexual gravemente ultrajante, ya que la considera que posee “gravedad ultrajante”, quedando así excluida de la figura de abuso sexual simple.

Un interesante aporte de la doctrina es la obra de Adrian Tenca (2.001). Este autor luego de una nutrida y meticulosa exposición jurisprudencial, histórica y doctrinaria, concluye diciendo que la expresión acceso carnal no corresponde a la penetración bucal.

Entiende este prestigioso letrado que el vocablo acceso carnal plantea un problema conceptual el cual debe ser atendido desde un punto de vista teleológico, o

sea que las acciones de contenido sexual puedan clasificarse conforme a un compromiso físico y espiritual, ya que este concepto no debe ser interpretado de modo jurídico, clínico o experto, sino más bien de un modo vulgar o social, por lo que debe ser entendido por cualquier habitante sin necesidad de que éste sea un entendido de alguna materia en particular.

La *fellatio in ore* es un acto que, si bien tiene gran contenido sexual, aun en la sociedad no se ha adoptado un significado de cópula, coito, concubito o acceso carnal; sino que es un mero sucedáneo o sustituto de estos. Es por eso que se sostiene que en el momento que el sexo oral adquiriera socialmente este significado o sentido de coito, esta discusión dejará de existir.

Con este mismo fundamento se adhiere Breglia Arias recordando que en el lenguaje cotidiano la penetración sexual por vagina o ano se denomina con el mismo término coloquial, el que no es utilizado para la *fellatio*. Esto significa que la copulación anal en el inconsciente colectivo, es sucedánea o equivalente de la realizada por la vía normal, lo cual no ocurre (y el lenguaje lo traduce certeramente) con la succión del miembro viril masculino por la boca de la víctima (Braglia Arias y Gauna, 2.007).

No obstante, hay que dejar en claro, que si bien buscar en el léxico cotidiano y social puede servir para despejar dudas respecto a los elementos que integran un tipo penal determinado, éste no es el medio más apropiado para darle un contexto de neto corte jurídico.

Retomando las consideraciones de Tenca (2.001) en su obra, destaca que el problema de las diversidades de opiniones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales

son resultado de la mala redacción de la norma que trató de resolver este conflicto con la reforma de la ley 25.087 pero fue debido a que los legisladores no supieron plasmar las verdaderas intenciones que se tenía al momento de redactar la ley. Esta situación es un fiel reflejo de lo mal que se legisla en la Republica Argentina y la falta de debate en ambas cámaras debido a que se trata de aprobar rápidamente este tipo de leyes que marcan al ordenamiento jurídico y lo hacen cada vez más vulnerable.

Tenca (2.001) da un claro ejemplo que se advierte en el Código Penal Español de 1.995, que establecía que para el ordenamiento español el acceso carnal se limitaba solo a la penetración del pene por vía vaginal, por lo que dogmáticamente se alinea con el denominado criterio biológico.

No obstante, el Código Español equipara la pena del acceso carnal a la introducción de objetos (en vagina, ano o boca) o penetración (se refiere a la introducción del pene) en ano o boca. El ordenamiento español no deja duda: el sexo oral no es acceso carnal, pero ambos actos están equiparados en cuanto a la pena. El legislador español procuró definir con mayor claridad el contenido de la acción que motiva la aplicación de la pena.

Se suma a esta postura la opinión de Pandolfi (1.999) que defiende con gran inteligencia esta teoría, brindando explicaciones controvertidas. Este autor sostiene que la gran diferencia entre la boca y el ano (ya que la vagina no se encuentra en discusión) se encuentra en dos puntos.

Primero sustenta que la boca a diferencia del ano, no cumple con una función semejante a la de la vagina, no porque carece de glándulas y de terminales nerviosas erógenas, sino porque se trata de un órgano cuya abertura dependerá de la exclusiva y

consciente voluntad de la víctima. Sustenta este fundamento diciendo que no basta con abrir la boca para que se pueda consumir el acto, sino que la víctima tiene que succionar, por lo que no puede constituirse sin este ejercicio una equivalente al coito, mediante el sometimiento de la víctima por la fuerza.

El segundo argumento que sostiene el autor es que no se debe olvidar que detrás de una boca hay dos mandíbulas con un gran poder de fuerza, con treinta y dos dientes, lo cual encubre un viable medio de defensa que podría traer terribles secuelas para el agresor. Debido a que la víctima al defenderse pudiera provocar considerable herida en el pene de aquel mordiéndolo, acontecimiento que no se presenta en las otras vías.

Pero como ya se ha mencionado este autor se confunde en sus fundamentos y es por eso que ha recibido grandes críticas, debido a que no existe razón alguna para explicar que la *fellatio* requiere una actividad positiva por parte del sujeto pasivo. Si se sostiene la postura del autor, si un hombre introduce su pene en la boca de otra persona y se masturba, sin la necesidad de que ésta ejercite ninguna actividad, volcando el líquido seminal dentro de ella, este acto no sería abuso sexual oral como lo argumenta el autor. Claro está que sí es *fellatio* el acto que se acaba de mencionar *supra* ya que no se requiere de ninguna actividad por parte de la víctima debido a que esta puede presentarse con falta de voluntad y vicios.

Respecto a este segundo argumento que presenta el letrado respecto a los medios de defensa que se le presentan a la víctima, se le critica que si se sigue su postura llegará a la absurda conclusión de que solo podrían ser víctimas de este delito aquellos que carecen de dentadura, ya que éstos son los únicos que no tendrían los medios de defensa razonables según el autor.

Pero se debe analizar detenidamente la teoría de Pandolfi (1.999) de que detrás de la boca hay dos grandes garras para defenderse, siempre y cuando la víctima en un acto heroico se inmole de cualquier forma para evitar el sometimiento que el agresor trata de imponerle. Pero debe tenerse en cuenta que no todas las víctimas van a reaccionar de esta manera, es más probable que la víctima ante la amenaza, violencia o intimidación, se sienta frágil y esté quebrada tanto psíquica y moralmente, volviéndose vulnerable y fácilmente manejable para que el actor cumpla con su cometido.

Por su parte Creus (1.998) entiende por acceso carnal a la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, pero advierte que hay una gran discusión respecto al lugar de la penetración.

Lo primero que destaca el autor es que la violación tiene como sujetos pasivos tanto a la mujer como al hombre, por lo que concluye que la penetración es típica cuando se la realiza por vía vaginal como por vía anal.

Especialmente la disputa se acentuó con respecto al coito oral, que es el más frecuente por sus posibilidades anatómicas debido a que para el actor del hecho la boca de la víctima es un equivalente o sustitutiva de los orificios que admiten el coito.

No hay duda de que la reserva sexual que se protege por el tipo de violación se refiere a una penetración, sea esta voluntaria o no, al acto del agente de la víctima de aquellos orificios de su cuerpo que admiten la cópula, con una significación sexual propia para ambos sujetos del trato carnal; por lo cual, tanto el coito oral como otras penetraciones *abnormes* con las que el agente puede desahogar su libido, no

encuadran en el concepto de acceso carnal que es propio de la violación, sino en el abuso deshonesto.

El acceso carnal definido en la violación es la penetración del órgano viril del hombre en el cuerpo de la víctima por vía vaginal o rectal, únicamente.

La penetración implica la llegada del pene al interior del cuerpo de la víctima (o sea que excede el contacto del exterior del cuerpo de la víctima) sin que importe el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, y menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima (como sería la desfloración o lesiones).

Jorge Buompadre (2.000) agrega que el elemento del delito de acceso carnal puede ser denominado como la penetración del órgano viril del actor en una cavidad receptiva, tanto de naturaleza orgánica-funcional, o en el conducto rectal, del sujeto pasivo con el fin de lograr así la cópula.

Este jurista destaca que la noción de acceso carnal se refiere a la vía vaginal y/o rectal, sea este heterosexual y /o homosexual, pero quedando totalmente excluida de este tipo penal a la *fellatio in ore* y demás prácticas antinaturales como sería coito interfemoral, *cunnilingus*, actos de bestialismo, etc.

Pero tiene bien en claro que el tema está muy dividido tanto en la doctrina y la jurisprudencia respecto del encuadramiento jurídico de la *fellatio in ore*.

Buompadre (2.000) hace un análisis histórico y se remonta a los estudios hechos por el jurista Tejedor, quien en su proyecto original utiliza la expresión “aproximación sexual” en el Código de 1.886, pero luego en 1.903 se sustituyó esta expresión por “tener concúbite”. Finalmente en 1.906 aparece el término “acceso

carnal”); sin embargo todas estas expresiones nunca se explicaron, ni los alcances, ni los sentidos que deberían tener cada una de ellas, términos que fueron trasladados a las posteriores reformas del Código Penal.

Habían resultado tan contradictorias las interpretaciones que se le daba al concepto de acceso carnal que se expusieron dos criterios sobre el acceso carnal: uno biológico, el otro jurídico.

El criterio biológico: trata de dar un carácter fisiológico a la controversia, haciéndose eco sólo de la vía natural, por lo que con esta postura solo se produce el delito cuando existe penetración del órgano sexual masculino, por vías naturales, normales o anormales en el cuerpo de la víctima.

Esta postura tiene su fundamento en la vieja legislación española que amparaba que había violación cuando el órgano masculino penetraba en la vagina de la mujer, así lo expresaba el art. 429 del Código Penal de 1.944 de ese país. Con gran sabiduría expresaba Eugenio Cuello Calón (1.949), jurista de ese país, que no solo es necesario que el agente sea varón y que la víctima sea una mujer, lo preciso y fundamental es que surja de este acto unión sexual normal. Este criterio fue seguido por un importante sector de la doctrina como Garona, Frias Caballero, Ernesto Ure entre otros.

El segundo criterio es el Jurídico: esta postura entiende por acceso carnal a toda actividad directa de la libido, sea ésta natural o no, donde exista penetración del pene del sujeto activo, y puede representar el coito de manera degenerada o equivalente a éste. Sobre estos fundamentos se cimentan las posturas de múltiples autores, entre los que se enrolan Peco, Moras Mom, Manigot.

Con respecto a lo señalado anteriormente sostiene Buompadre (2.000) que estos criterios merecen ciertas objeciones debido a que el primero de ellos es excesivamente estricto frente a la norma debido a que en el primer párrafo del artículo en cuestión (119) se hace referencia a “*personas de uno y otro sexo*” lo cual se acepta, como bien lo planteó en su momento Cuello Calón, el acceso vía rectal, donde se incluye que el sujeto pasivo también pueda ser un varón.

Y respecto al segundo criterio pasa totalmente lo contrario, es excesivamente amplio. Esto es debido a que si se aceptara de esta manera, sin realizar ninguna reserva se llegaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden llegar a encuadrar en este tipo penal, lo que resultaría una violación al principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución Nacional, donde se prohíbe la aplicación analógica en la ley penal. Esto es lo que ocurre con la figura de la *fellatio in ore* si se lo aplica como acceso carnal, se estaría aplicando de manera excesiva el artículo 119° en su párrafo tercero.

La penetración para que pueda encuadrarse como conducta típica de la violación, debe realizarse en cavidades que presenten una receptividad sexual funcional en la víctima, y no en cualquier orificio que tenga el cuerpo humano, sea este natural o artificial.

Refiriéndose la reforma de 1.999, el mencionado autor critica ampliamente la falta de precisión que trae la expresión “acceso carnal por cualquier vía”, ya que como todos los autores y juristas coinciden en que esta reforma en vez de traer una solución dio mayor confusión y oscuridad al problema que ya existía con anterioridad a la reforma.

Como Dr. Buompadre (2.000) no puedo dejar de observar la existencia de un gran misterio respecto al nuevo proyecto de 1.999, ya que en el debate de la ley se aceptaba claramente que se necesitaba dejar asentado la postura de la tesis amplia (agregar a la *fellatio in ore* como violación) pero que a fin y a ciertas esto no pasó.

Este fundamento surge de que si se estudian los antecedentes parlamentarios y analizan las posturas que al momento de realizar la norma y el debate para aprobar dicha ley, queda en claro su intención de equiparar a la *fellatio* con la violación, previsto en el párrafo tercero del artículo 119 del Código Penal. Pero ante esta incógnita no puede dejar de preguntarse por qué el legislador, teniendo la oportunidad de solucionar el conflicto del encuadramiento jurídico de este delito, no lo dejó claramente expreso. Con tan solo haber cambiado el enunciado “por *cualquier vía*” por la expresión “*vía vaginal, anal y bucal*”, hubiera el legislador solucionado el conflicto que hoy nos ataña y que traída larga data.

Por esto el autor interpreta que si el legislador no agregó la expresión oral en el texto es porque realmente no tuvo la intención de equiparar las figuras penales. Por lo tanto, si el parlamentario optó por no introducir al texto la vía oral se debe interpretar que en realidad prefirió dejar al margen a esta figura dentro del acceso carnal.

La *fellatio in ore* como lo sostiene Buompadre (2.000) no constituye una modalidad de acceso carnal, por lo que se debe encuadrar como abuso sexual gravemente ultrajante previsto este en el párrafo segundo del art. 119 del Código Penal.

La polémica por el alcance del término acceso carnal dentro del tipo penal previsto en el Art. 119 párrafo tercero del Código Penal, llega a la cima con Ricardo J. Grassi, (2.004) quien analiza que hay que tener en cuenta que no sólo el hombre se satisface sexualmente a través de la *fellatio in ore*, sino que este también ocurre a la mujer, cuando se le estimula sus glándulas erógenas sea esta por tocamientos, besos u otros procedimientos eróticos. Por lo que deja bien en claro que la víctima de violación puede de uno u otro sexo, debido a que la penetración lingual, que es lo que se trata de un acceso a partes íntimas, resultara involucrando un acceso carnal, circunstancias que no sólo sobreviene contraria a la norma sino que además resulta ajena a la interpretación del tipo.

Agrega que si se interpreta de una manera amplia al término “cualquier vía”, debido a que dicha expresión es de gran ambigüedad, se terminara por dar a situaciones inconcebibles como acto que merecieran ser catalogados como violación, cuando en realidad no superan la de abuso sexual. Un ejemplo de este seria la introducción del pene (de pequeñas dimensiones) en un pabellón auricular de gran tamaño; o es el caso de las fosas nasales prominentes. Por lo que sostiene que es evidente que considerar estos hechos como violación no es otra cosa que un verdadero absurdo jurídico.

El autor concluye expresando que se puede apreciar respecto de esta postura bajo fundamentos jurídico como anatómico, que el término “cualquier vía” merece ser interpretado de manera restringida como debe ser valorado todo tipo penal. Debido a la aplicación de los principios de legalidad y a que las normas penales no deben ser integradas por analogía. Es por esto que el acceso carnal bucal o coito oral no significan violación. Si no fuese de esta manera y si se aceptara la interpretación

amplia el llamado “beso francés” o beso húmedo, por distinción al beso sexo o de simple contacto labial, implica un acceso carnal y terminaría siendo considerado violación.

En la misma situación se coloca Alfredo Achaval, quien señala críticamente en el año 1.992 en su conferencia sobre el delito de violación: si se continua cambiando el concepto de acceso carnal de acuerdo a las sugerencias, juicios que puede aportar cada sujeto, se llegara a absorber el delito de abuso deshonesto y el de corrupción en la cada vez más amplia figura del delito de violación.

Precisamente reprochaba la postura de algunos autores, que ya incluían a la *fellatio in ore* dentro del delito de la violación, como es el caso Fontán Balestra, sosteniendo que con dicha opinión, se estaba dando una falsa interpretación jurídica basando estas interpretaciones personales las que son ajenas a la norma propiamente dicha.

Por su parte, Enrique Alberto Gavier (1.999) considera que la boca no es un vaso receptor apto para la realización del coito, y manifiesta que aceptar la boca como acceso carnal implicaría también que pueden serlo las fosas nasales o los oídos, los cuales son también orificios naturales de la persona, y también podrían considerarse a las heridas abiertas en el cuerpo de la persona y que en ciertos casos pueden ser susceptibles de penetración parcial.

Gavier (1.999) además sostiene que el acceso carnal es un agravio al bien jurídico protegido por el art. 119 párrafo tercero, donde se afecta al derecho de las personas a un consciente y voluntario trato sexual. Por tales motivos se debe tener una forzada relación sexual y no una forma impropia como una mera expresión de

lujuria, debiendo realizarse por vías idóneas para provocar el coito como lo es la vía vaginal (lo que también se suma al peligro de un contagio de diferentes enfermedades) y la vía anal, porque así lo ha interpretado la estructura de tipo legal de la violación. Esta es la interpretación que corresponde a nuestros más antiguos antecedentes patrios, pero no así la boca.

Es por esto que se lo considera al sexo oral como actos lujuriosos. Si bien tienen contenido sexual y han sido agregados por el hombre al listado de relaciones sexuales, se lo ha aceptado por la ambición de hallar diferentes placeres y sensaciones. Pero más allá de entender que esta acción está dentro de este listado, no se le confiere a la boca el carácter de vaso receptor apto para la realización del coito.

Por eso este delito se debería encuadrar, en la figura del segundo párrafo del nuevo art. 119, y por esto, como lo sostiene Gavier (1.999), debería poder ponerle fin a todos los desaciertos de los jueces frente a estos hechos que la conciencia social tanto rechaza y por lo que se puede asignar ahora una pena más acorde a su gravedad intrínseca.

Por su parte José Luis Clemente manifiesta en su obra titulada “Abusos Sexuales” del año 2.000, que se postula en la tesis restringida.

El doctor se funda en argumentos científicos y ordenados en razones anatómicas y fisiológicas. Plantea que la vagina es el órgano predestinada por la propia naturaleza para ser vía receptora natural de copulación debido que posee glándulas de evolución y proyección erógenas, destino equivalente que cumple el ano antinaturalmente, al contacto con el órgano sexual masculino por cuanto también tiene glándulas erógenas.

Finaliza diciendo que esto no ocurre con la boca la cual carece de este tipo de glándulas y es inidónea para mantener concúbito. Pero el jurista no desconoce que si puede utilizarse esta vía como sustituto de la vagina y que puede utilizarse para el desahogue de la libido del autor.

Resumiendo la posición de Clemente (2.000), la *fellatio in ore* deberá ser calificada como un atentado a la reserva sexual de la víctima y tipificada como abuso deshonesto.

Como análisis sobre la tesis restringida se debe tener presente que se reconoce al sexo oral como una práctica habitual socialmente aceptada. Activada que puede ser admitida por algunos y rechazada por otros, no obstante en cualquier caso la víctima ve vulnerado su derecho de decidir sobre su vida sexual.

Como se pudo observar hay autores que se enrolan en la postura restrictiva, no por cuestiones biológicas de la víctima (como Núñez), sino que se encasillan en esta postura debido a las mal empleadas e interpretadas de las expresiones del art. Entienden algunos autores que configurar a la *fellatio in ore* como violación implica hacer una interpretación por analogía, principio cuya aplicación está prohibida en derecho penal, pues para el caso, la interpretación no estaría siendo restrictiva.

Hay que tener en cuenta que la certeza y claridad en la redacción de la legislación penal, son instrumentos que deben ser asumidos con seriedad por parte de los legisladores, debido a que el principio de legalidad pesa con fuerza innegable a la hora de la interpretación restrictiva y la prohibición de la analogía.

Como lo expresa Donna (2.000) el objetivo legislativo estuvo presente y claro

en los pasos previos a la sanción de la ley, pero al no quedar plasmado de manera evidente o segura, no se puede apelar a aquella claridad inicial como respaldo de lo que está ausente, no dicho.

Como lo expresa claramente la Constitución Nacional en el art 19 *in fine* la ciudadanía requiere de normas penales claras para poder ajustarse de manera más segura a la esfera de libertad donde la ley no interviene.

### 3. Jurisprudencia que adhiere a la tesis restringida.

Se deber tener en cuenta que se analizaran fallos de los cuales se examinarán solo aquellas partes que son relevantes para el trabajo final que se está estudiando, por lo que algunos datos se dejaran de lado ya que no hacen al estudio de la presente tesis.

Se puede mencionar el fallo del Superior Tribunal de Córdoba con fecha de 31 de mayo de 1.948 (LL, 51-917) que estableció que el coito a través de la *fellatio in ore* encuadra en el delito tipificado en el art. 119 del Código Penal (violación). Pero luego de que este fallo fuera revisado nueve años después, el mismo tribunal cambió su veredicto, atendiendo la tesis opuesta, o sea la postura de la tesis restringida. En consecuencia, el 7 de mayo de 1.957 (LL, 60-25), se declaró que el autor, al haber logrado su acto mediante violencia, encuadra en la apreciación que pertenece a la figura del abuso deshonesto (artículo 127, Código Penal en ese entonces vigente). Si bien ese acto ha radicado en una introducción del órgano sexual en el cuerpo de las víctimas, ese tipo de penetración no ha sido por vía anal, la cual es la única que según el artículo 119 del Código Penal forma el acceso carnal propio de la violación entre varones.

La excelentísima Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal ha mantenido frecuentemente el mismo criterio acerca de que la *fellatio in ore* no establece el delito de violación, sino el de abuso deshonesto (sala VI, 5/6/81, Rep. LL, XLI, A-I, 16, sum. 2; sala I, 7/10/82, fallo 25.989; sala IV, 2/8/83, fallo 27.523).

Uno de los casos más resonante respecto al tema que se está analizando es un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional, Sala VI, dicta

sentencia el día 26 de abril de 1.989, en la instancia de apelación. (Sent. "S", sec. 23). c. 17.415. Los jueces encargados de dictar la sentencia fueron Elbert, Donna (disidente al fallo), Zaffaroni.

Se observó que, según el criterio de los jueces, el caso no se encuadra en el acceso carnal, o sea la *fellatio* no es violación, más allá que se demuestra que el acusado introduce su pene en la boca de una niña de ocho años. No acuerda la pena de 7 años, por violación, que se había propuesto en primera instancia, ni de 4 años, a iniciativa del fiscal, sino que opta por 3 años, condena con la cual el actor del delito no va preso.

Los hechos del presente caso son correlacionados en el día 22/08/1987 en horas de la tarde. Julio E. Tiraboschi, con excusas de mostrarle juguetes del hijo, llevó a la nena de 8 años de edad a las cocheras del edificio de calle Alberdi 2149, Buenos Aires, lugar en que trabaja como portero. En ese momento la introduce en un baño, y allí la sienta sobre el inodoro, y le pone su miembro viril en la boca, diciéndole que adivinara que dedo era.

La mamá toma contacto de los hechos, una vez que encuentra a su hija, golpeándose la cabeza contra la ventana. Al observar esa actitud le pregunta por qué lo hace, a lo que la nena responde que el portero le metía eso en la boca, y que cuando la menor le pedía que por favor no lo haga más él le respondía que un poco más que acababa, y luego le dejaba esa cosa amarga en la boca.

Pero los jueces consideraron que en la indagación de la menor víctima de este hecho, no queda explicitado o claro que realmente el actor, le introdujo el pene en la boca, y que de hecho la menor ignoraba que era “eso” lo que le introducía en la boca.

Que debido a que la menor ignoraba la forma de consumarse el delito de la *fellatio*, y que ella debido a su corta edad y a que no se observan daños psíquicos, ella ignora lo que sucedió, que en la *fellatio* no existe pérdida de la virginidad.

Que no se puede ignorarse y que se debe tener en cuenta las circunstancias que se presentan respecto al actor de delito debido a que se está ante un imputado sin antecedentes, que confesó plenamente el hecho y demuestra arrepentimiento. Es un hombre joven y padre de familia, que sufrirá graves consecuencias en el plano familiar y laboral, además de social.

Que Tiraboschi no causó daño físico a la menor, valiéndose para provocar el hecho delictual sólo de engaños y seducciones para arribar a su reprochable proceder, debido a que el único hecho imputable se consumó a oscuras. Que se marco también que en otra oportunidad en que el actor quiso repetir el hecho Tiraboschi desistió voluntariamente, ante el llanto de la menor.

Los magistrados juzgan según su sana crítica legal ajustada a derecho condenar al actor la pena de 3 años de prisión. Se debe dejar presente que ante este fallo el doctor Donna proclama la Disidencia parcial a la pena dada, quien votó para que se le imponga la pena de 4 años de prisión.

Ahora, se puede criticar esta sentencia debido a que según los hechos narrados por la menor y que si bien no se afecta a la salud psíquica (según lo que los jueces entienden) la menor presenta un trastorno, debido a que la madre la encuentra golpeándose la cabeza. Pero no es solo eso lo que los jueces dejan de observar, sino que no condenan al actor de delito por su acto que debería haberse encuadrado entre abuso sexual gravemente ultrajante (si se lo quiere encuadrar dentro de la postura restringida artículo 119 párrafo 2º) o como abuso sexual con acceso carnal (si se

adopta la tesis amplia artículo 119 párrafo 3º), por lo que deberían haber condenado según este delito como mínimo a 4 años de prisión.

Se puede adoptar esta sentencia como una de las más criticadas, y se puede ver la contradicción que se presenta hoy con el actual proyecto de reforma del Código Penal, debido a que el doctor Eugenio Zaffaroni, quien en la sentencia supra mencionada mantiene que el hecho relatado es abuso sexual gravemente ultrajante, y el proyecto de ley donde es el presidente de la comisión del proyecto de reforma del Código Penal que se hará una breve reseña en el capítulo 4 de esta obra, deja claro que la violación (acceso carnal) es tanto por vía vaginal, anal y bucal.

En otro de los casos que se puede analizar es los autos caratulados "J., R- D. psa Abuso Sexual a M.G.C. (menor) - Rawson" (Expte. N° 21.103 - F° 34 - Letra "J" - Año 2007).

El objeto del juicio son los siguiente hechos; que en la ciudad de Rawson, lugar donde el actor del delito convive con la menor, sus hermanos y su madre, y en circunstancias donde el imputado conoce la edad de la víctima. Aprovechando que su madre salía a trabajar o concurría a la iglesia, motivado por el deseo de satisfacer su lascivia, abusó sexualmente de la menor, haciéndole practicar sexo oral, acabándole en varias oportunidades en la boca y otras entre las piernas de la menor. Que intentó introducirle el pene en la vagina colocándose preservativo en algunas oportunidades, pero debido a que la niña se resistía y lloraba no lograba su cometido. Además se le agrega que la menor declara que el actor la trataba mal y que la amenazaba cuando ella no hacía lo que él deseaba o se enojaba si ella salía con su mamá y hasta la amenazaba contra su persona y su hermano.

En este caso el Juez Alejandro Javier Panizzi resalta en los fundamentos de la sentencia que el tribunal de a-quo toma y juzga correctamente los hechos como un delito de abuso sexual gravemente ultrajante debido a: que las pruebas que se presentan -el testimonio de la menor junto con los informes de los peritos- demuestran que los hechos fueron para la menor humillantes; que fueron varios los hechos en los que el imputado sometió a la víctima, los cuales no puede determinarse con precisión si fueron consumados; y sumados que el actor convivía con la menor, y que conocía la edad de esta y podía manipularla debido a su inmadurez; y que el imputado trató en varias oportunidades accederla carnalmente.

Por tales motivos tanto los Doctores Jorge Pflieger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, no dan a lugar al pedido de casación y la rechazan por considerar que la sentencia anterior es correcta.

Se debe tener presente, como lo resalta el Dr. Pflieger en la parte de sus fundamentos, que el actual artículo 119 del Código Penal en su párrafo 2º, hace referencia a la circunstancia que por su intensidad vejatoria y su prolongación, resulte del hecho un mal mayor para quien la ha padecido en este caso para la menor. El tiempo, modo, condición, son los factores que surgen de la redacción del tipo penal que se está tratando.

Enrique Gavier, como ya se ha señalado en este capítulo, opina que la razón de la mayor criminalidad del hecho delictual reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad propia de la víctima, que involucra llevar a cabo hechos que por su permanencia o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes.

Cuando se expresa que por su duración es una circunstancia a la cual hace referencia el art. 119 del Código Penal, quiere hacer referencia a su excesiva

prolongación temporal, que va más allá del tiempo necesario para llevar a cabo el abuso sexual del cual se está tratando, lo que implica un peligro para la integridad física y una innecesaria ofensa para la decencia de la víctima. Cuando se expresa sobre las circunstancias de su realización, la ley hace referencia a situaciones en que los actos, en sí mismos, son básicamente escandalosos, humillantes, vergonzosos, peligrosos y de un alto contenido vejatorio para la víctima.

Como se puede observar son varios los casos donde los tribunales aplican esta teoría restringida y a nuestro entender dejan un vacío en la justicia, ya que escuchando estos hechos y actos que son soportados por las víctimas, soportar la humillación y violación de sus derechos íntimos, la integridad. Esto provoca en la víctima y en la misma sociedad la sensación de impunidad de hechos que no deberían ser soportados por nadie y que deben ser condenados con la máxima de las penas y haciendo responsable al actor con el mayor peso de la ley.

**Capítulo 3:**

**ANÁLISIS DE LA FIGURA EN LA TESIS  
AMPLIA.**

## 1. Observación integral sobre esta teoría.

Como se viene exponiendo existen dos teorías respecto del encuadramiento de la figura *fellatio in ore*. En este capítulo se verá a los grandes exponentes que se alistan dentro de la teoría amplia.

Por lo que se puede observar se ha tratado respecto de esta figura en cuanto a considerar si es o no acceso carnal, además se ha discutido tanto antes como después de la reforma de la ley 25.087, pero no se puede perder de vista que de forma paulatina tanto la doctrina, y más aun los tribunales del país, están enrolándose en esta postura más amplia.

Existen dos explicaciones que mantienen a ambas posturas activas. El primero de ellos se enmarca, dentro de la interpretación de la norma penal, a su carácter restrictivo que ya fue visto y planteado en el capítulo anterior. El otro insiste en tener en consideración las costumbres o actitudes que tiene la sociedad frente al sexo, lo que alcanzará una gran importancia para considerar, restringida o amplia a la definición de la violación (o acceso carnal por cualquier vía como dice la ley).

Respecto a la problemática planteada existen muchas opiniones dentro de la doctrina que sustentan la expresión “cualquier vía”, cambia evidentemente el panorama interpretativo de la norma. La incorporada expresión tiene por objeto (según los debates parlamentarios y la motivación del legislador) incorporar al tipo penal el coito bucal.

Se cree que interpretar una norma de manera gramatical no deja de ser poco adecuado. En las palabras de la ley, es el término “vía” lo que provoca la gran discusión. “Vía” según el Diccionario de la Real Academia Española es cada uno de los conductos por donde pasan en el organismo los fluidos, los alimentos y los

residuos digestivos. Desde esta acepción, la boca es una “vía” y resulta difícil encontrar un argumento que la aparte de esta definición. No hay discusión sobre las expresiones “acceso”, que es entrada, ingreso, introducción, penetración; pero también la palabra “acceso” en una de sus acepciones se asemeja a “coito” o “ayuntamiento carnal”. Se puede expresar que la interpretación podría llevar a circunstancias ridículas, como sería el acceso por vía respiratoria, o vías auditivas.

Como bien se ha planteado no parece adecuada la interpretación gramatical debido a que se le debe reconocer que la expresión "acceso carnal por cualquier vía" es un término vago y, por ende, inidóneo para expresar autónomamente determinada acción.

Si se trata de recurrir a una interpretación genética, tratando de poder desentrañar el verdadero sentido que se tuvo al momento de su redacción, y analizando los debates parlamentarios que antecedieron al dictado de la ley 25.087 no deja ninguna duda en cuanto que la voluntad que tuvo legislador, fue la de equiparar la *fellatio in ore* con la penetración vaginal y anal. No puede negarse que la amplitud de la expresión que escogió el legislador para crear una norma fue la más desacertada debido a que en vez de traer claridad a la problemática trajo más conflicto a su interpretación.

Es por esto que se debe recurrir a una interpretación socio-cultural para poder así tener en cuenta el verdadero alcance que se pretende con la norma escrita. Se pretende exponer a través de diferentes autores, tanto del estudio cultural como de la Psicología Social, la pluralidad de las culturas y de las actividades humanas, entre las que por supuesto se encuentran las relaciones sexuales.

Generalmente la interpretación restrictiva o amplia recurre a fundamentos biológicos, sociológicos o de psicología social, indagando las motivaciones y

actividades del hombre medio o de una mayoría dentro de la sociedad. Pero se pueden encuadrar estos motivos y actividades de nuestra sociedad dentro del campo de la sexualidad ligada al Derecho Penal. Es por esto que no parece haber fundamentos serios y la cuestión parece más cercana a particularidades ideológicas que a un concepto científico y legal.

Las zonas del cuerpo que gestionan placer fueron llamadas por Freud (1.997) zonas erógenas. Al elegir el término específico de esta “excitabilidad” sexual, Freud exteriorizaba que ésta no era exclusiva de una determinada zona erógena en la que se manifestaba de modo más evidente, sino una participación general de toda la superficie cutáneo-mucosa e incluso de los órganos internos.

Al hablar de la sexualidad infantil, Freud (1.997) reconocía no sólo la presencia de excitaciones o de necesidades genitales prematuras, sino también de actividades pertenecientes a las perversiones de los adultos, en la medida en que tales actividades hacen combinar zonas erógenas que no son sólo genitales y que también por el hecho de que buscan el placer (por ejemplo, la succión del pulgar) independientemente del ejercicio de una función biológica, como la nutrición.

La boca y los labios, desde esta perspectiva, simbolizan una zona sexual privilegiada, tanto que en la etapa de la infancia esas partes del cuerpo se constituyen en la primera zona erógena. En seguida, y sin que la zona bucal pierda esa capacidad erógena, el niño descubre otras zonas de la misma clase, como sería la región anal y el propio aparato genital, pero la aparición de cada una de ellas no supone la eliminación de la anterior.

El mismo Freud en sus obras de 2.003 expresó que es cuestión de las inclinaciones perversas que requieren valor sexual para la cavidad bucal y la abertura anal, el papel de la zona erógena es visible sin más. En estos casos se comportan como parte del aparato genital.

Por lo tanto, una posición totalizadora de la sexualidad, complaciente de sus dimensiones psicológica, fisiológica y social, echa por tierra cualquier intento de fundar una diferencia sexual considerada entre las cavidades anal y bucal a los fines de su encuadramiento jurídico. El contenido sexual de la penetración del órgano genital masculino en la cavidad bucal posee una significación sexual equivalente al coito anal, y uno y otro establecen, sin lugar a dudas, vías capaces para el acceso carnal.

Sigue explicando Freud (2.003) que suelen confundirse los conceptos de lo genital con lo sexual. Lo genital es más instinto, mientras que lo sexual se guía por el principio del placer del ser humano. Se delimita entonces, que en la tesis restringida, en lo genital, se entiende a la violación como el acceso por vagina y el del coito anal, porque es una interpretación estricta, debido a que dejaría fuera del tipo penal al varón víctima que puede sufrir este delito, ya que nunca podría ser violado por no tener vagina.

Se debe entender entonces que lo sexual tiene una concepción más amplia que es la que se incluye en los principios de los placeres, del goce del hombre, y exceden notablemente al marco de lo exclusivamente genital.

La ley 25.087 trató de traer una solución, pero por el contrario no corrigió las falencias que existían, sino que trajo una oscura, ambigua y poco feliz expresión, "por cualquier vía". Esta expresión es la que ha provocado discrepancias tanto en la

doctrina como en la jurisprudencia dentro de los tribunales, sobre si la penetración del órgano viril del hombre por vía bucal y en contra de la voluntad del sujeto pasivo constituye violación (considerado como acceso carnal) o abuso sexual gravemente ultrajante.

Como se estudiará en este capítulo, los diferentes letrados plantearán sus fundamentos y argumentos para demostrar que la expresión acceso carnal por cualquier vía incluye a la boca como una de esas vías.

## 2. Fundamento y Justificación (doctrina)

Como se viene planteando esta postura tiene otra concepción muy diferente a la que sostienen los adherentes a la teoría restringida.

Entre los juristas que comparten esta tesis amplia encontraremos autores de la talla de Fontán Balestra, Reinaldi, Villada, Parma entre otros.

Carlos Fontán Balestra (1.990) es uno de los grandes defensores de esta tesis, y fundamenta su postura señalando que este delito tiene dos características fundamentales, uno objetivo y otro subjetivo que deben perfeccionarse recíprocamente, el primero de ellos es que el acto debe tener compatibilidad abusiva objetiva y ésta característica debe poseer un contenido sexual, ya que a falta de encontrarse se estaría ignorando la materialidad del delito pues es éste, el delito que se perfecciona con el aspecto subjetivo.

Destaca el jurista que si únicamente se tuviese en cuenta al aspecto objetivo llevaría a tener por acciones típicas de abuso sexual aquellas acciones que visiblemente no lo son, por ejemplo, el tacto vaginal o rectal practicado por un médico (acto por el cual solo posee el aspecto objetivo). Por lo que es fundamental tener muy en cuenta a ambos aspectos que perfeccionan a la acción que complementa y cumple con los requisitos del tipo legal. Lo fundamental para tener en cuenta consiste en no confundir el dolo con el *animus*. El primero de ellos se llena con el discernimiento y la intención de provocar una lesión del bien jurídico; en tanto que el segundo adquiere significado con el perfeccionamiento del dolo.

El doctor asevera que el acto de la violación limita la libertad sexual de la víctima, al permanecer obligada a mantener una relación carnal involuntariamente. La violación supone un ataque a la libertad sexual o, no estaría mal decir que afecta a la libertad propiamente dicha, debido a que ésta es la potestad que el hombre tiene de hacer de una manera u otra, o de no hacer, conforme a su propia voluntad.

Otro fundamento que este autor utiliza es el de fundar que el criterio jurídico del acceso carnal es más amplio que el biológico. Que debe ser interpretado como una actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del miembro viril del sujeto activo, y que a través de este acto puede representar el coito o bien en su defecto una forma equivalente de éste. Sostiene que el coito oral no se diferencia básicamente de otro tipo de penetración contra natura, por lo que establece acceso carnal.

Fontán Balestra (1.990) postula también un sentido amplio, en relación al sujeto activo de esta acción, y plantea que tanto en las reformas del Código de 1.886 con la expresión “aproximación sexual”, con su remplazo por el término “concúbite” adoptado por las reformas de 1.903, y finalizando con la frase por “acceso carnal” que utiliza el Código vigente, nada indica respecto a quién debe ser el sujeto activo; por el contrario, la palabra “concúbite” sí podría limitar las relaciones sexuales a personas de distinto sexo; mientras que acceso carnal es más amplio por no decir que es una expresión vaga y poco precisa, la cual tampoco ayudó a poner fin a la problemática de poder considerar tanto a la mujer como al varón como sujetos activos de abuso sexual con acceso carnal.

Otro de los autores enrolados en esta teoría amplia es el Doctor Víctor Reinaldi, (2.005) quien sostiene que, al no haber podido destituir o eliminar todo tipo

de duda mediante la expresión que la norma cita respecto de las vías, no se ha podido apartar a ninguna de las que sí admiten la introducción del órgano masculino: vaginal, ano y boca.

Continua explicando que no debe interpretarse dentro de este encuadre jurídico a otras vías como lo son la oreja o la nariz, como afirman algunos autores que se perfilan en la tesis restringida, debido a que estas partes de la cara humana, no permiten la introducción completa del órgano sexual masculino, cosa que si es admitida en las tres vías que se mencionaron inicialmente.

Ahora bien, es importante destacar que este punto respecto del encuadramiento jurídico del abuso sexual oral, logró una particular atención del Legislador en los debates parlamentarios que presidieron al dictado de la Ley 25.087, debate que si bien no deja duda de las intenciones que se tenía sobre la equiparación de la *fellatio in ore* violenta con la penetración vaginal o anal.

Son convincentes las palabras del Senador Jorge Yoma, quien sostuvo en su discurso en la Cámara de Senadores, la preocupación que se generaba con respecto al momento en que los tribunales debieran aplicar la norma penal que se estaba discutiendo en ese momento, debido a que se seguía aplicando al abuso sexual oral como un abuso deshonesto y no como acceso carnal, cuando obviamente constituía esta acción el mismo grado de agresión sexual que el acceso carnal.

Igual preocupación toman los legisladores al ver que la ley que se estaba adoptando no lograba manifestar la voluntad, que surgía claramente del debate, y que consistía en equiparar a la *fellatio in ore* con las aludidas penetraciones vaginales o anales.

Como bien sostiene Reinaldi (1.999) el bien que se pretende proteger es la integridad sexual que puede determinarse como el derecho de las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o, a no tenerlo contra su voluntad; y a la intangibilidad sexual de quienes, por ser menores o incapaces, no pueden declarar válidamente su consentimiento. Más allá que hayan cumplido los trece años pero no han superado los dieciséis, no han alcanzado esta plena capacidad lo que puede llevarlos a ser víctimas de un delito sexual. También de los que ya han cumplido dieciséis pero no los dieciocho y pueden sufrir una deformación en el natural entender del verdadero significado de la sexualidad.

Con posterioridad a la reforma de la ley 25.087 el Doctor Reinaldi (2.005), es quien rápidamente hace una interpretación respecto a los antecedentes legislativos y concluye expresando que ya no conviene tener en cuenta aquellas razones científicas que el legislador pudo haber dejado de lado al momento de la redacción. Ni que una de las vías legalmente admitidas (la oral), no sea “un vaso receptor apto para la realización del coito”, porque siguiendo esta postura que niega a la boca como vía apta, tampoco lo sería pues el ano, debido a que si se tiene en cuenta esta postura, en rigor de la verdad, el único vaso idóneo para efectuar el coito es solamente la vagina, ya que coito, según el diccionario, es el “ayuntamiento carnal del hombre y la mujer” o cópula.

Con este argumento negativo, se tendría que excluir la vía anal por no ser una vía apta para realizar el coito o copular con la mujer y, el acto del coito anal, según expresaban Las Partidas es el “pecado en que caen los *omes yaziendo* unos con otros, contra natura y costumbre natural”. Por lo que se entiende que el ano no siendo una vía apta, sí se considera como una vía contra-natura, y es por esto que se preguntan

muchos juristas y jueces, porque no se podría también considerar a la boca como otra vía contra-natura, como lo es el recto.

Pero no se debe olvidar que equipara el acceso del órgano masculino en la vagina con la penetración anal, tiene como víctima tanto a la mujer como al varón, ya no se discute que sea un coito o ayuntamiento sexual aunque, literalmente no lo sea. Pero, finalmente, hay que subrayar que la ley no habla de coito sino de que “hubiere acceso carnal por cualquier vía”, y que para que se configure el delito de acceso carnal basta con que se introduzca el órgano viril en el cuerpo de la víctima sea este por vía vaginal, anal u oral.

Gustavo Arocena (2.001) comparte también esta tesis amplia y sostiene que el acceso carnal es una intensa locución que representa a la penetración sexual y que es provocada cuando el órgano masculino se introduce por cualquier vía, término universal que contiene a todos los canales del cuerpo humano que admitan la introducción completa del pene. Donde queda comprendidos, la vagina, el ano y la boca (coito bucal, felación o *fellatio in ore*), sea de modo imperfecto o no al cuerpo de otro sujeto, por eso es que no sea suficiente el *coitus inter femora*.

Jorge Villada (1.999) es otro autores que se perfilan dentro de esta tesis amplia, destaca que el bien jurídico que se pretende resguardar es la protección hacia la dignidad sexual de las personas, el que forma parte de una noción integral del hombre en toda su concepción.

En la elección del nombre del título de la ley 25.087 del Código Penal Delitos contra la integridad sexual, se pensó en la interpretación doctrinaria como una protección hacia la dignidad sexual de todas las personas, y se completa con un concepto integral del ser humano y la moral pública, concebida como elemento de

pudor medio de una sociedad o más bien como el conjunto de valores ético y morales indispensables los cuales merecen ser preservados.

Esta reforma fue fuertemente atacada por varios seguidores que criticaron en su mayoría, a los conceptos pocos afortunados o inexactos que se utilizaron al momento de redactar la norma, motivo que provocó que en vez de traer la solución a la problemática de la *fellatio in ore* y su equiparación con la figuras de acceso carnal, y encuadrar a esta figura en el párrafo tercero del art. 119, se acentuaron aun más la posturas restringidas alegando que las interpretaciones que se pretendía dar a la ley no eran lo suficientemente clara.

Es por esta cuestión que la actual reforma rompió en muchos casos con la lógica, la razonabilidad, la proporcionalidad y hasta con la metodología que se observó y se mantuvo por décadas de la dogmática penal argentina y el régimen consecuente. Se terminó con una técnica parlamentaria deficiente y sin objetivos claros de una política criminal que necesitaba un verdadero cambio. Pero, como bien lo menciona el doctor Villada, esta norma, aun hoy criticada por algunos autores, fue el resultado de una apresurada y urgente respuesta que trataron de dar los legisladores que estaban expectantes ante la necesidad electoral.

Reflexiona Villada (1.999) que la antigua discusión doctrinaria, se centraba en relación a qué parte del cuerpo de la víctima debía ser penetrada (aunque esta penetración no fuera completa) para que se llegara a considerar el acto como “acceso carnal”, según el entender de este autor esta problemática fue superada por la reforma de la ley 25.087 de 1.999, ya que al indicar la norma la expresión “por cualquier vía” en el art. 119 del Código Penal se hace referencia a las tres formas clásicas de contenido claramente sexual.

Argumenta este jurista que para que se configure un acto de este tipo de delitos contra la libertad sexual parece sinceramente insuficiente y escaso, debido a que la libertad sexual pensada como el derecho que tiene el ser humano a no ser tocado sexualmente por quién esté no quiere, pone en jaque a la voluntad del sujeto. Cualquier contrariedad o actividad inversa a la voluntad relacionada con algún tipo penal sexual pone en una posición vulnerable a la víctima de delito, es por esto que se ve en el sujeto pasivo que se le ha dañado su libertad sexual, pero no solo este derecho, también se le ha lesionado otro bien jurídico que debe ser contemplado, los que son la dignidad, y la integridad moral y psicológica.

En igual sentido y por este motivo se trae a colación como un ejemplo claro, al Código Penal Español de 1.999, que señala que los bienes jurídicos no se reducen a la libertad sexual, ya que también se han de tener especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.

Los jueces como Báez y Gorini señalan en diferentes fallos de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal que la introducción del órgano masculino en la boca del sujeto pasivo corresponde a una penetración en el cuerpo de la víctima, interpretando hábilmente que la *fellatio in ore* constituye una acción típica de violación al existir acceso carnal en el cuerpo del sujeto pasivo.

Frente a la nueva norma y en la posibilidad de calificar a la conducta como violación se suma que al nuevo art. 119 del Código Penal, conforme a la ley 25.087,

se reprimirá esta acción como bien lo establece el párrafo tercero cuando existiere "acceso carnal por cualquier vía", con lo que se advierte rotundamente solucionada la cuestión de la *fellatio*, ya que toda vez que se accediera por vía oral se encontraría comprendida dentro de la expresión "cualquier vía" hoy inserta en el Código Penal.

Sin perjuicio de ello, no es ilógico pensar que los letrados e incluso aquellos jueces que calificaron a la *fellatio in ore* aun como abuso deshonesto, hubiera sido más ventajoso para dar una redacción que despejara de toda clases de dudas respecto a la interpretación de la norma, proponiendo una expresión más precisa y clara como podría haber sido detallando las vías que comprenden el acceso carnal: "...cuando hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal, oral o cualquier otra" por ejemplo.

Si bien es posible manifestar que este comentario sería aceptable, no lo es tanto respecto a la propuesta de fórmula legal, ya que si bien es explícita la mención a las tres vías (oral, vaginal y anal), concluir expresando "o cualquier otra", sería un desacierto, porque tomaríamos nuevamente la ampliación de una interpretación que quedaría abierta a incluir a otras vías las cuales no encuadraría en una definición correcta, como sería las fosas nasales, heridas, el ombligo, las orejas, etc. Además estarían incluidas en el tipo penal, siendo estas vías inaptas y fácticamente imposibles de acceder carnalmente (a excepción de las heridas en el cuerpo), donde se incurriría en un exceso al alcance que pretende la norma.

No se puede dejar de mencionar que existen varios proyectos de reforma de la ley tratando de eliminar esta laguna que genera el art. 119 respecto de la *fellatio in ore* entre los que se puede mencionar a los Legisladores, Caferatta Nores, Rubeo, Godoy entre otros. El primero de estos proyectos, expresa que debido a los fines que tiene el

art. 119, el acceso carnal es toda penetración vaginal o anal realizada mediante el uso de cualquier parte del cuerpo del sujeto activo, o mediante el uso de objeto apto para producirlo, y la penetración peneana de la cavidad bucal; así Caferatta Nores trata de equiparar al abuso sexual oral a la violación pero marca que no son lo mismo sino que son diferentes pero que merecen ambas iguales penas.

Mientras que Rubeo Godoy (1.995), proponía en su proyecto que se considerara a estas figuras equivalentes entre sí con el acceso carnal, considerando a la práctica del sexo oral una de las situaciones que están previstas en el ya citado artículo.

Se debe mencionar como defensores de la tesis amplia a Estrella y Godoy Lemos (1.995) los que entienden y apoyan el concepto jurídico de que el acceso carnal es comprensible de toda actividad directa de la libido natural o no, en la que existe una penetración del órgano genital del autor, que pueda constituir el coito o una forma degenerada o equivalente de éste, por lo que no se advierte una diferencia fundamental entre el coito oral con la penetración contra-natura o anal. Por lo que sostienen que no interesa que la boca carezca de glándulas erógenas como lo sostenía Núñez, sino que la boca es usada, por el actor del delito, como sustituto de la vagina y para su propia satisfacción y goce erótica sin que le importe la violación de la libertad sexual por parte del sujeto pasivo de la relación sexual.

Por su lado el Doctor Carlos Parma (2.005) sostiene que con el cambio del bien jurídico en la nueva ley 25.087 pretende proteger a la libertad en su proyección hacia la sexualidad y la integridad física, psíquica y espiritual de las personas, como valores supremos y además con protección constitucional.

Según el autor se ha transformado el pensamiento terminológico de la expresión “abuso sexual con acceso carnal”, modificándose lo que se llama el *nomen iuris*. Como resultado deberá construirse un concepto en torno a lo dispuesto por el art. 119 del Código Penal.

Aquí lo que motivó la reforma de 1.999 fue la intención de poder introducir la *fellatio in ore* al cuerpo legal positivo vigente, proporcionando por fin una solución al viejo conflicto y dar respuesta a que la citada *fellatio in ore* se deba equiparar a la violación, dando seguridad jurisprudencial, y poniendo un punto final a esa discusión que no tiene fin.

Parma (2.005) asevera que la reforma prevé la posibilidad de la llamada “violación inversa” aceptada por Carrara, Maggiore, Fontán Balestra, pudiendo entonces ser la mujer sujeto activo de violación dada la posibilidad de hacerse penetrar.

Argumenta este letrado que dando un fundamento de índole gramatical, se requiere una penetración sexual, aunque sea de manera imperfecta y por cualquier vía, lo que en realidad es la introducción del órgano viril masculino en el cuerpo de otra persona.

La ley como ya se ha mencionado varias veces, no ha hecho expresa mención de las vías que debería ser consideradas como adecuadas para la realización de este delito, por lo que es digno interpretar que no se ha suprimido ninguna de las vías de las cuales se admiten el acceso del pene; por lo que se debe considerar tanto a la vía vaginal, anal y bucal. Por ello es que no se puede admitir a cavidades como son la nariz, la oreja, heridas u otras partes del cuerpo que no admiten corporalmente la introducción peneana.

Invoca este autor simultáneamente que también hay que tener en cuenta un criterio cultural, reconociendo que hoy por hoy, todos los individuos incluirían en la extensión cualquier vía, a la vía vaginal, anal y oral.

A pesar de ello acentúa Parma la imprecisión del tipo penal, y por eso alega que la interpretación literal de la norma debe perfeccionarse con la “voluntad unívoca del legislador”, cosa que se observa claramente con un simple recorrido por los antecedentes parlamentarios que se dieron al momento de discutir la ley.

Pero a pesar de reconocer la falencia de la norma, los autores como Javier De Luca y Julio López (2.008), critican fuertemente a los sostenedores de la tesis restringida que respaldan y son representados principalmente por el Doctor Ricardo Núñez (1.957), quien excluía a la boca por el solo hecho de carecer de glándulas de evolución y proyección erógena, dando a pensar, de una manera extraña de entender que lo que importa aquí, según la postura restringida, es la intención del sujeto activo que comete el delito, y para éste, la boca solo representa una manera equivalente o sustituta de la vagina, (debido a que no genera la posibilidad de procrear, por ejemplo); sin darle el verdadero significado e importancia que se merece a la necesidad de protección que necesita el sujeto pasivo o de la víctima, que es quien debe soportar este acto sexual.

Parma (2.005) también se toma el tiempo de responderle a los letrados que distinguen y eliminan de la figura de acceso carnal a la *fellatio in ore* del coito vaginal o anal, por la presencia de los dientes en la boca, donde estos juristas argumentan que la víctima puede servirse de ellos para su defensa.

Sostiene Parma (2.005), que si bien esto puede ser verdad, y puede la víctima, en un acto de valentía reaccionar y defenderse, no es menos cierto que el temor, la

violencia, la sorpresa, el estrés que se puede vivir en esa situación y que sufre el sujeto pasivo, impiden la asunción del ejercicio de esa defensa de una reacción heroica de su parte. No puede considerarse que la víctima tenga treinta y dos armas, por así decirlo (dientes) a su disposición para defenderse porque cada ser humano reacciona de manera diferente ante una situación de abuso. Es por esto que este medio que dan como método de defensa los representantes de la postura restringida, es inservible e inútil.

Concluye sus fundamentos advirtiendo que si se admite como una vía apta al recto o ano, debe por lógica admitirse también la boca, siendo que esta es justamente el otro extremo del aparato digestivo y ambos son medios de penetración contra natura.

Dentro de la tesis amplia, también se encuentra al Dr. Rubén Figari (2.003), quien atacando la postura del Maestro Ricardo Núñez (1.956), debido a que éste sostenía que la boca no tenía zonas erógenas que la hicieran apta para una relación sexual; luego de que Núñez falleciera se descubrió que no solo la boca no posee esas glándulas, sino que tampoco la vagina y el ano.

Argumenta Figari (2.003) que debe destacarse que no incumbe que ese orificio, esté dotado o no de zonas circunvecinas erógenas. Esto no es importante porque lo que cuenta es la anormalidad del canal y la función que utiliza el sujeto activo como sustituto de la vagina para su propia satisfacción erótica sin que se tenga en consideración como va a reaccionar la víctima, que es quien lo soporta.

No hay que olvidar que se está hablando de un acceso carnal violento donde se elimina la coparticipación consensual y sensual de la víctima. Por ello, y teniendo como condición 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 derivar que toda esta aproximación carnal sobre una persona de cualquier sexo y que implique la actividad inmediata de la libido del sujeto activo, de modo que consiga encarnar para el mismo el coito o una forma análoga del mismo, con intervención de los órganos genitales, existiendo una penetración ( por más mínima que sea) en algún orificio corporal de la víctima (sea la vagina, el ano o la boca) sin tener en cuenta a que esa cavidad sea normal o anormal para la concreción de tal acto, debe considerarse como acceso carnal en el más extenso sentido del vocablo y configurar el delito de violación.

Este autor no considera la capacidad sexual natural de la boca de la víctima para fundamentar el encuadre de la *fellatio in ore* dentro de la fórmula del párrafo tercero del art. 119, sino que utiliza a esta expresión con el fin usado que le ha dado el sujeto activo, quien sólo pretende satisfacer su apetito sexual.

Tratándose de un ataque, que salvo el extremo jurídico de consentimiento viciado sea por la falta de edad o cualquier otro vicio de consentimiento, los que también son punible, ha sido desarrollado contra la voluntad del sujeto pasivo. Aquí 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 acaba accediendo para impedir un mal mayor, lejos de estar excitada y disfrutando del acto, no solamente está en una situación de rechazo, asco, repugnancia e impotencia sino que aguarda con ansias que el sometimiento finalice.

### 3. Jurisprudencia que adhiere a la tesis amplia.

En este segmento del capítulo se analizarán diferentes fallos que encuadran a la *fellatio in ore* como abuso sexual con acceso carnal. Se debe recordar que se observarán solo los puntos de las sentencias que hacen mención al delito estudiado, que es la *fellatio in ore* y su encuadramiento jurídico en el artículo 119, dejando de lado a los demás delitos que puede concurrir con los hechos.

El primer caso que se verá se presenta en la ciudad y capital de Formosa. A los 15 días del mes de agosto del año 2.007, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang y con la asistencia de los Señores Ministros, Dres. Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Hector Tievas y Carlos Gerardo González. Constituidos en TRIBUNAL DE CASACIÓN, para pronunciar SENTENCIA en el Expte. N° 129 F° 102 Año 2.006, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: "MEDINA, JUAN DIONISIO S/ABUSO SEXUAL", venidos para resolver el RECURSO DE CASACION, interpuesto a fs. 109/117 vta. por la Señora Defensora Oficial de Cámara N° 1, Dra. Claudia I. Carbajal Zieseniss, contra la SENTENCIA N° 6535/05 obrante a fs. 100/107 vta. dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, que condenó a Juan Dionisio Medina a la pena de siete años y seis meses de prisión e Inhabilitación Absoluta por igual tiempo de la condena, demás Accesorias Legales y Costas, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (arts. 12, 19, 119 tercer párrafo y 29 inc. 3°, del Código Penal).

Que la Defensa pide en recurso exclusivamente por el supuesto de errónea aplicación de la ley penal sustantiva, sustentando que el Tribunal de Juicio equivocó el encuadramiento del hecho imputado a Medina al subsumir su conducta en el delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando en realidad se trató de un abuso sexual simple, y que el mismo, debido a la intoxicación alcohólica que padecía al momento de consumar el hecho, debió ser absuelto por carencia de capacidad para comprender la criminalidad del acto y dirigir su acciones (art. 34 inc. 1º del C.P.).

A su turno, el Sr. Procurador General Subrogante solicitó el rechazo del recurso interpuesto. Con respecto al primero de los agravios sostuvo que la *fellatio in ore* se condice perfectamente con el 3er. párrafo del artículo 119 del Código Penal.

La Sra. Asesora de Menores manifestó su adhesión a lo expuesto por el Sr. Procurador General y abonó el pedido de rechazo diciendo que la Defensa no objetó la base fáctica conforme se tuvieron por probados los hechos y por los cuales se condenó a Medina.

Los hechos de las agresiones fueron que el imputado llevó a su casa al menor para consumar la *fellatio in ore*, el que fue sorprendido por la testigo Natalia Quintana, quien irrumpió en la casa del mismo imprevistamente ante la advertencia de uno de los hermanos de la víctima y el llanto del menor. Que la testigo vio como el imputado tenía el pene erecto introducido en la cavidad bucal del menor, cuadro ante el cual la mencionada testigo comenzó a insultar a los gritos al actor del delito, quien de inmediato introdujo su miembro viril dentro del pantalón acompañando tal acto con la expresión “calmate que no pasó nada”, fingiendo luego que no sabía lo que pasaba, retirándose del lugar al ser increpado y golpeado por la misma, y poniéndose

en fuga, para ser posteriormente atacado con un palo de escoba por Soledad Quintana, la otra testigo, fuera de la casa.

Se analizará solo el fundamento que dio el Dr. Carlos Gerardo González, quien sostiene que, en orden a la supuesta errónea interpretación de la ley al calificar el hecho del imputado como abuso sexual con acceso carnal, el fallo que dictó la primera instancia se ha realizado de manera prolija; exhaustivo e inteligente análisis respecto de qué debe entenderse por acceso carnal a la luz de la reforma introducida al art. 119 del Código Penal en el año 1.999 , posición que comparte plenamente en función del razonamiento empleado por los jueces de la sentencia ya dictada.

Además agrega el Dr. que la reforma fue introducida para eliminar la discusión sobre si la *fellatio in ore* constituía o no acceso carnal, atrapándola definitivamente en tal concepto con la inclusión de la expresión “por cualquier vía”, alcanzando así el acceso carnal las tres vías que la razón y el sentido común exigían como configurativos de tan grave hecho ultrajante de la libertad sexual.

Es por este motivo que el Dr. González decide no dar lugar al recurso de casación.

Como vemos, en este caso, la defensora solicitaba que se volviera a interpretar la norma de la que, como ya hemos visto a lo largo del trabajo, se tiene dudas sobre su aplicación. Esto trae para la justicia argentina una gran dificultad para poder dar a la sociedad una justicia seria, donde todos los jueces deberían tener un mismo criterio para resolver estos casos que tanto mal le hacen al pueblo. También trae a los tribunales la problemática de que al no existir un criterio único en la materia, retarda a la justicia y como se ha dicho por ahí “la justicia siempre termina llegando tarde”.

**Capítulo 4:**

***LA FELLATIO IN ORE* DENTRO DEL  
ART. 119 DEL CÓDIGO PENAL**

## 1. Análisis de la reforma del Código Penal.

En 1.998 las comisiones de la Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad de la Cámara de Diputados de la Nación unificaron en un mismo cuerpo los diferentes proyectos que se habían tenido en cuenta. En la sesión del día 10 de junio de 1.998, este proyecto obtuvo media sanción. La Cámara de Senadores fue la Cámara revisora y lo aprobaron por unanimidad, en la sesión del día 4 de abril de 1.999. Se convierte en ley con la publicación en el Boletín Oficial el día 14 de mayo del mismo año.

El proyecto fue presentado por los Diputados Elisa Carrio, Alfredo Bravo, Víctor Fayad y Elisa Carca, bajo el expediente número 398 -D-97.

Es indiscutible que la finalidad que se tuvo en mira para la reforma del Código Penal era que la figura de la *fellatio in ore* fuera reprimida de la misma manera que la violación, ya que desde el artículo 1º del proyecto se anunciaba que se reprimirá con una misma pena.

Sin tener que hacer una investigación profunda, por no decir que de la simple lectura de los discursos de los legisladores respecto a la presente ley, queda más que claro cuál era la verdadera intención de la norma.

El senador Maya trató de dejar claro que lo que se pretendía era equiparar o asimilar el nivel de las penas, y que es ésto lo que provoca gran confusión en los tribunales. El senador Genoud, apoyando lo dicho por Maya, agrega que, si bien se ha producido una ampliación de la figura penal de la violación, a través de los años, esta reforma acarrea como objeto principal impedir que se reiteren en la jurisprudencia

penal argentina, que la *fellatio in ore* sea considerada como abuso deshonesto y no como lo que realmente lo es: violación.

Pero no se puede dejar de preguntar por qué entonces no se ve plasmada la intención del legislador en la ley argentina. Y es acá donde se puede hacer una crítica al Estado Argentino y al fiel reflejo de lo mal que se legisla en nuestro país, lugar donde las leyes se aprueban con una velocidad y un apuro que resulta incomprensible, donde los legisladores votan sin tener en cuenta que ellos deberían reflejar la voluntad de quienes lo votaron para ser protegidos con leyes claras y precisas.

Mientras se discutía la ley, el senador Yoma, supo plantearse este interrogante y dejó claro en su discurso frente a la Cámara de Senadores, que veía que, si bien los Diputados entendían a la expresión por cualquier vía la incorporación de la figura de la *fellatio* junto con las vías vaginal y rectal, se preguntaba si los jueces también lo iban a interpretar de la misma manera, o si podían considerar que la cavidad bucal no es apta para producir el coito y de esta manera no configurar el delito de violación, interpretación que llevaría a que se pierda la intención de la ley que pretendía solucionar justamente esta problemática.

De esta manera resultaría configurado un vacío legal y frente a esa situación no quedaría otro remedio que dejar a la libre interpretación del tribunal actuante en cada caso en concreto. Por esas circunstancias fue que Yoma resultó ser un visionario, ya que justamente fue lo que ocurrió cuando la ley llegó a los tribunales. La ley resultó absurda, vacía y sin despejar aquellas dudas, lo que desde un inicio se buscaba con esta ley se pierde debido a la mala redacción y la falta de capacidad que se tiene en el Congreso para discutir los proyectos de ley. Es por esto que finalmente la ley queda *a ciegas* y en manos de los jueces esperando sus interpretaciones.

Como bien lo expresó el Diputado Cafferata Nores, se considera que la *fellatio* debía enmarcarse jurídicamente como violación. El texto legal que se estaba confeccionando no llegaba a dar el resultado adecuado o esperado, por lo que la obra legislativa se nos ha vuelto en contra por su imperfección. Y como dice el viejo *adagio* “el hombre es esclavo de sus palabras”.

Entre las modificaciones que trajo la reforma de 1.999, es de gran importancia destacar los puntos más significativos. Uno de esos puntos fue el cambio de bien protegido debido a que a partir de la ley 25.087 se tiene como base que el bien jurídico tutelado, es la integridad sexual de las personas, dejando de lado la honestidad, que estaba protegida anteriormente, trayendo así una independencia de cualquier otra consideración y partiendo de un concepto más amplio, como bien se explicó en el capítulo primero.

Se debe tener presente que antiguamente la ubicación y conceptualización de las agresiones y vejámenes que afectan la integridad y el ejercicio autónomo de la sexualidad de las personas como delitos contra la honestidad, se basaba en los valores que se constituyeron en épocas de Alfonso X, los que hacían referencia al honor mancillado o agraviado de las mujeres afectadas por esas conductas sexuales. Ésto motivaba que por estos hechos estas mujeres dejaban de ser honestas, por lo tanto, implicaban una doble victimización ya sea por el agresor y por la misma sociedad. Pero sobre todo, se referían al honor y al nombre de quienes eran sus dueños, tutores o responsables, es decir, padres, esposos, tíos, padrinos, patriarcas, etcétera.

Por tal motivo se enfatiza que las agresiones afectan no el honor o la honestidad de las víctimas, sino su integridad y dignidad como personas independientes. Si bien es cierto que estas agresiones afectan su libertad, las víctimas

viven esas situaciones especialmente como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, son actos de agresión y violencia que atentan primordialmente contra su integridad física, psíquica y moral, más allá de que también puede afectar a sus familiares, tutores, al Estado, etcétera.

La nueva ley ofrece tutelar a la “integridad sexual” y se caracteriza por el derecho de las personas a tener capacidad para expresarse y a tener un libre y consciente trato sexual. Como bien lo sostuvo Donna (2.000) es de gran importancia tener conocimiento de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura, por lo que se debe considerar al crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física, psíquica y a la libre decisión de la víctima, no así como una injuria a la pureza o castidad, ni al honor de la víctima.

Es por lo que se sustituye en la nueva norma el concepto del abuso deshonesto por otro más apropiado como abuso sexual (art. 119). La prueba de estos delitos deja de ser una gran problemática, ya que probar la honestidad de la víctima queda descartado, debido a que ya no forma parte de los elementos de los tipos legales modificados.

Se debe tener en consideración que, tanto la legislación como los programas de acción efectuados en el país en materia de violencia consideran que toda violencia sexual es violencia de género. A los fines narrativos se trata a la violencia sexual en una doble dimensión. En una primera de ellas se verá a lo sexual como un atributo de la acción violenta que un sujeto (actor) ejerce contra otro sujeto, (víctima) cualquiera sea su género o edad; incluyéndose aquí los delitos de abuso sexual (simple y gravemente ultrajante) y de violación. En la segunda dimensión, lo sexual surge como fundamento o motivación de esa violencia que se ejerce sobre una víctima.

Se puede analizar a la reforma desde el punto de vista médico legal.

Impresiona ver que la reforma creada trae como fruto una respuesta legislativa emocional pero que no llega a resolver el conflicto que sobrellevaba la anterior legislación. Esto se debe a que la misma carece de seriedad y básicamente, dando un punto de vista médico científico, se aproxima más a una respuesta política a ciegas, que se adecua para dar mayor severidad punitiva a una solicitud social.

Se consigue plantear algunos puntos que se destacan con la aplicación de la nueva norma, que son las diferencias entre el viejo art. 119 y el actual, entre ellos se observan:

- se agrega una nueva figura de abuso sexual ya que antes solo se tenían dos (abuso sexual sin acceso carnal y violación) hoy aparece también tipificado el abuso sexual sin acceso carnal agravado por ser este gravemente ultrajante.

- se diferencia con la antigua norma que protegía a los menores de doce años, punto que la ley 25.087 le suma un año más, actualmente es de trece años, dando así una mayor protección a la minoridad y a la vulnerabilidad en razón de la edad.

- otro punto es que la nueva ley protegerá a las víctimas de este hecho delictual cuando también medie abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

- se observa que la nueva ley empeora a las circunstancias que agravan a las figuras penales, como son por la calidad de la víctima, de su situación, de su enfermedad o padecimiento, o relación entre el actor y la víctima.

El grado de culpabilidad que establecerá la proporcionalidad de la pena termina inevitablemente ligado al nivel de daño que se la ha provocado a la víctima y de una manera indirecta a la sociedad.

Por otro lado, se aseguró la garantía de tipicidad con la introducción de conductas que, por su vaguedad e imprecisión, obligan a una dificultosa tarea de interpretación y generan no poca discusión por la falta de precisión terminológica científica sexológica y que se prestará a valoraciones subjetivas como ocurre con el art. 119 (abuso sexual) de difícil precisión conceptual jurídica.

## **2. Reforma del art 119 mediante ley n° 25.087 y su propósito clarificador.**

La reforma introducida el 7 de mayo de 1.999 en el Código Penal, trajo unos cambios valiosos sobre las figuras expresadas en el Título III.

Como ya se ha visto a lo largo del trabajo no solo se cambia el título de Código Penal. También, como ya se advirtió en el primer capítulo, cambia el bien tutelado de “delitos contra la honestidad” por el de “delitos contra la integridad sexual” siendo este último más adaptado a los nuevos tiempos modernos y alejados de los conceptos morales de la fidelidad o honestidad de la víctima

Dicha reforma, no significa una sorpresa, era una medida tan necesaria como requerida por la gran mayoría de los letrados en materia penal, desde ya hace mucho tiempo. Los cambios introducidos no respondieron a una realidad de la sociedad vigente, y a una necesidad de ajustar las normas a las pretensiones que el derecho internacional nos impone a través de los tratados, que en virtud del art. 75 inc. 22 gozan de jerarquía constitucional.

### **A. Abuso sexual simple.**

En esta parte del capítulo se verá de manera más específica el art. 119 del Código Penal, se analizará cada una de las figuras que lo integra, ya que se considera importante que se tenga bien diferenciado cada uno de estos tipos penales. Este artículo incluye distintos tipos de agresiones sexuales, los que son penados de acuerdo al daño provocado.

El delito de abuso sexual simple es el que está contemplado en el párrafo primero del artículo, y es el que ha sustituido la figura del delito de abuso deshonesto previsto antiguamente antes de la reforma de 1.999 en el art. 127 del Código Penal.

El antiguo artículo, que configuraba el abuso deshonesto, adquirió su fuente en el Proyecto de 1.891, pero sólo fue introducido al derecho positivo a través de la ley 4.189, de 1.903. El Proyecto de 1.906 mantuvo el criterio anterior, pero sustituyó la expresión “sin que haya cópula” por la de “sin que haya acceso carnal”. Luego se produjeron varias modificaciones con diferentes leyes pero la ley 25.087 fue la que verdaderamente introdujo una nueva configuración al delito siempre hablando en relación al ámbito sexual.

El abuso sexual simple según Estrella (1.995) consiste en aquellos actos impúdicos, con clara significación sexual, delictivos del pudor individual, realizados sobre la víctima en contra de su voluntad, expresa o tácita, dolosamente ejecutados, pero sin la intención de mantener con ésta acceso carnal.

El bien jurídico que se trata de proteger en este tipo legal es el pudor sexual, la reserva y la libertad sexual de las personas. Lo que da la pauta de una amplitud que se reitera en los restantes tipos legales contemplados en el mismo artículo.

Concierne este tipo acciones materiales de contacto, tocamiento o aproximaciones realizadas sobre el cuerpo de la víctima, si bien se consideran también abusos las acciones que el actor obtiene para que la víctima realice sobre su propio cuerpo, o sobre el de un tercero, o aquellas que sin producir tocamientos en partes pudendas, tienen resultado o significado sexual, como el de desnudar la víctima o levantar la pollera de una mujer.

También resultan típicas o se configuran dentro del primer párrafo del art. 119 aquellas aproximaciones, que sin importar contactos corporales directos entre el agente y la víctima, o entre ésta y un tercero, tienen una clara insinuación sexual, y que por ejecutarse en contra de su voluntad, atentan contra la reserva y libertad sexual de la víctima, como por ejemplo obligarla a que se desnude, se masturbe, que toque sus partes pudendas, introduciendo objetos en su ano o vagina, etc.

Algunos autores atribuyen tipicidad penal a estas conductas, por ejemplo Soler (1.983), otros, en cambio, las rechazan, ya que juzgan que solamente las acciones que impliquen tocamientos, o contactos corporales entre autor, víctima o tercero, pueden configurar este tipo de la figura básica del abuso. Es el caso de Buompadre (2.000).

Cuando el abuso sexual incurre sobre un menor de trece años, el atentado afecta la sexualidad del menor en su desarrollo potencial, en su futuro desarrollo personal dentro del ámbito de la sexualidad.

El abuso sexual es una agresión sexual violenta, diferente del acceso carnal, pero ejecutada sobre una persona, contra su propia voluntad. Esta figura tiene ciertos elementos que pueden ser útiles para caracterizar al abuso sexual como: una actividad abusiva con contenido sexual; que exista contacto corporal directo entre el actor del acto y la víctima; que este contacto corporal afecte las partes sexuales del cuerpo de la víctima, por lo que debe mediar un contacto físico, y por último debe haber ausencia de consentimiento en la víctima respecto del acto sexual en que se ve envuelta por la conducta del autor.

También hay que tener en cuenta las diferentes formas de cómo se puede presentar el abuso sexual simple, respecto del acto. En primer lugar se debe tener en cuenta la agresión sexual contra un menor de trece años, aunque éste haya prestado su consentimiento.

Otra posibilidad se presenta cuando la agresión sexual cometida contra otra persona de cualquier edad, actuando con violencia o intimidación, abuso coactivo o intimidatorio sea proveniente de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de la víctima, siempre que ésta no haya podido consentir libremente la acción.

La acción en estos supuestos es abusar sexualmente de otra persona. Se trata de un acto complejo. Por un lado, se presenta una conducta de contenido sexual elaborada sobre el cuerpo de otra persona, sobre sus partes sexuales, y, por otro lado, un aprovechamiento, un exceso, de la víctima. Una conducta es sexualmente abusiva, cuando el autor materialmente no sólo tiene conocimiento de la situación de incapacidad del sujeto pasivo, sino cuando, además, se aprovecha de ella, a los efectos de obtener un trato sexual por parte de la víctima, situación que no se hubiera producido en condiciones normales.

Pero existen, casos o situaciones límites que son objetivamente indiferentes a una relación sexual o que pueden tener más de un significado, por ejemplo, los besos, un abrazo, las caricias, o un examen médico-ginecológico; y que resultan muchas veces difíciles de resolver. Es por esto que una parte de la doctrina busca la solución en un aspecto subjetivo o dentro de la intención del autor.

La solución está en la intención que se ha tenido al momento de realizar la conducta; de manera que, si el actor de estas conductas ha perseguido, por ejemplo un propósito impúdico, un deseo lúbrico o lujurioso, un ánimo de satisfacer su deseo sexual, se estaría en el ámbito del abuso sexual, cualquiera haya sido la parte del cuerpo de la víctima usada por el autor para este fin. De acuerdo con este criterio, no serían acciones sexuales aquellas que aún cuando incurran sobre las partes sexuales

del cuerpo de la víctima, estuvieren guiadas por motivos terapéuticos o científicos para lo que se deberá estudiar cada caso en particular.

Como se acaba de expresar el Abuso Sexual Simple es el mero tocamiento del cuerpo de la víctima en partes sexuales del cuerpo de ésta. Pero acá también hay diferentes posturas, ya que un sector de la doctrina (Reinaldi, Parma, y Gavier) reclama, para la configuración de este delito, un contacto corporal directo entre el sujeto activo y la víctima. Para estos autores estos actos no serían abuso sexual sino mas bien supuestos que se configuran en el tipo penal de coacción (art. 149 bis, Cód. Penal) como delito contra la libertad individual.

Otro sector de la doctrina (Creus, Villada, Estrella, Clemente), por el contrario, deduce que el tipo puede consumarse incluso sin la concurrencia de ese contacto corporal directo, pues en cualquiera de uno y otros supuestos puede verse vulnerada la libertad sexual de la víctima. Para este último grupo de autores, el abuso sexual simple admite comportamientos tales como obligar a la víctima a desnudarse y llevar a cabo actos de exhibición obscena, siempre en presencia del sujeto activo.

El abuso sexual se configura únicamente si se afecta físicamente el cuerpo de la víctima, sea que la acción incurra directamente sobre ella o que, por obra del autor, la víctima actúe sobre el cuerpo de éste. No son suficientes las palabras obscenas, los gestos, la simple contemplación, las proposiciones deshonestas, los actos de aproximación, etcétera.

El abuso sexual requiere actos corporales directos de tocamiento; no puede cometerse a distancia.

## B. Abuso sexual gravemente ultrajante.

La segunda figura es el abuso sexual calificado o gravemente ultrajante, que se contempla en el segundo párrafo del artículo.

Ésta es una de las incorporaciones que se produce con la reforma de la ley 25.087, que regula un agravante a la figura básica del abuso sexual. En esta figura se incluyen los casos en los que sin llegar a la penetración, se somete a la víctima a un abuso que por su duración en el tiempo o las características del acto derivan en un ultraje mayor sobre la víctima. Se incluyen, por ejemplo, el uso de objetos o partes del cuerpo que no sean el pene, el obligar a masturbarse o a masturbar al sujeto activo, el *cunnilingus* (abuso sexual oral).

Se visualiza en esta parte del artículo tres cuestiones importantes: la duración, las circunstancias de realización del acto y la necesaria consecuencia lesiva, es decir, el sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. Tanto la duración como las circunstancias y el resultado lesivo son rigurosamente circunstancias que no se encuentran definidas coyunturalmente, motivo por lo que, este tipo penal es lo más ambiguo e inexacto posible, y deja un gran margen de interpretación.

Se trata de un subtipo agravado del abuso sexual simple, de forma que su aplicabilidad demandará además de la concurrencia de los elementos propios que contiene el tipo, los requisitos exigidos para la figura básica.

Este tipo requiere un comportamiento sexual abusivo que, ya sea por su duración (elemento temporal indeterminado), o por otras circunstancias como el modo, lugar, medio empleado, etc., (elemento circunstancial), y que estos haya significado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima.

El abuso puede ser temporalmente inestable considerado objetivamente como excesivo, desmedido, desproporcionado o exagerado con respecto a lo que duraría un acto que se encuentre tipificado en el abuso sexual simple, por lo que se considera como una conducta sexual abusiva que se prolongue en el tiempo, por un lapso cuya duración, sólo podrá ser determinada sobre la base de criterios que se establecen por vía judicial, debido a que no está prevista en la ley. Un ejemplo de este tipo sería si el actor del delito realiza tocamientos impúdicos a la víctima durante horas, cuando de haber durado solo un instante hubieran configurado un abuso sexual simple. En este caso estaremos frente a un tipo agravado.

Un sometimiento sexual es gravemente ultrajante para la víctima cuando existe agravio moral hacia el sujeto pasivo, o cuando el o los actos a los que se la está sometiendo, afectan su dignidad como persona humana o cuando tiene un particular signo de degradación, perversión, deseo de ensuciar o corromper a la víctima. Lo que caracteriza a conductas de esta clase es la humillación que causa en sus víctimas. Son ejemplos de abusos que producen en la víctima esta sensación de humillación, los actos sexuales realizados en público, o ante la propia familia, empleándose objetos o instrumentos mecánicos, pero de connotación sexual; introducción de los dedos o la lengua en la vagina o el ano de la víctima, entre otros.

El hecho penal tiene que ser moralmente agravante para la víctima, es decir, objetivamente idónea como para generar un resultado perjudicial en la víctima. Entre los ejemplos más comunes se suele mencionar la introducción de objetos en la cavidad vaginal, anal o bucal, o la intromisión de dedos o pies.

Con referencia a los objetos, corresponde que estos sean corpóreos e inanimados, debiendo actuar como substitutos del pene, claramente que el uso de estos debe contener una significación sexual.

La diferencia que existe entre la tipicidad de un acto como abuso agravado o como violación, teniendo en cuenta que cuando los autores explican a la introducción de objetos en el cuerpo de la víctima, lo hacen extensivo a cualquier orificio, por ejemplo, fosas nasales, orejas o heridas abiertas que tenga la víctima. Pero debe quedar claro que el órgano viril nunca podría ser considerado como un objeto o cosa, cuando es parte del cuerpo humano. No obstante, cuando se hace referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo humano, se excluye al pene por la única razón de que esa situación fáctica es la única que configura al delito de acceso carnal, pero solo cuando aquel sea introducido en la vía vaginal, anal o bucal. Es por esto que el supuesto de apoyar el pene en el cuerpo de la víctima, en sus manos, en sus senos o en cualquier parte cuerpo, que no sea una de las tres vías mencionadas no es configurativo de un acceso carnal, sino de un abuso sexual gravemente ultrajante.

Y por último se debe tener en cuenta al resultado disvalioso, excesivamente humillante o moralmente ultrajante de este agravante, y es aquí donde se tiene en cuenta la redacción que ha empleado el legislador la cual no fue la más feliz ni la más acertada. En tanto que el tipo penal contiene una conducta que necesita inevitablemente de la apreciación subjetiva y personal que pueda tener, ya sea el fiscal o la víctima, por lo que nos encontramos frente a una norma que trae diversos conflictos tanto doctrinarios como jurisprudenciales

Los sujetos de éste delito, tanto el activo como el pasivo, son indiferenciados, siendo irrelevante que sean o no del mismo sexo.

El abuso puede perpetrarse tanto contra un menor de trece años como contra cualquier otra persona mediante violencia, amenaza, abuso coactivo o aprovechando la situación de especial vulnerabilidad de la víctima. Pero, en cualquier caso, la conducta típica deberá plasmarse en un contacto corporal de inequívoca significación sexual, sin que se llegue al acceso carnal.

Téngase presente que como se vio en el capítulo 2 los seguidores de la tesis restringida adoptan a la figura de la *fellatio in ore* como abuso sexual gravemente ultrajante, por lo que encuadran aquí este delito debido a que la introducción del pene en la boca es gravemente ultrajante y no existe acceso carnal.

### C. Abuso sexual con acceso carnal.

En el tercer párrafo del artículo se plantea la más grave de las tres figuras, la violación, que se da con el “acceso carnal por cualquier vía”.

En este caso, se interpreta por acceso carnal a la penetración del órgano sexual masculino, aunque la acción o acto no sea completa ni se produzca la eyaculación.

Por su parte, la expresión “cualquier vía”, es interpretada por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, como las vías vaginal, anal y bucal, como se ha visto en el capítulo 3, mientras que otra parte sostiene que *la fellatio in ore* constituye abuso sexual gravemente ultrajante y no violación.

En todos los casos, los actos son abusivos ya que no media el consentimiento de la víctima, tanto por los medios empleados para la comisión de la agresión (violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio), como por las características propias del sujeto pasivo como ser menor de 13 años y/o de la situación a las que se

somete como de inferioridad, de la que se aprovecha el sujeto activo, cualquier causa por la que no haya podido consentir libremente, o porque exista una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

Apréciase que el elemento de este tipo penal es el acceso carnal, que puede ser determinado como la penetración del miembro viril del actor en cavidad receptiva de naturaleza orgánica funcional, o en el conducto rectal de la víctima, o la boca en el caso de la *fellatio in ore* con el propósito de lograr el coito.

Cuando se expresa acceso carnal se hace mención al acceso carnal vaginal y el anal (coito *per anus*) heterosexual y homosexual, la *fellatio in ore (immissio membri in os)*.

La figura de la *fellatio in ore* violenta o no consentida constituye el delito de abuso sexual con acceso carnal por ser la cavidad bucal una vía idónea para constituir el acceso carnal que impone el art. 119, tercer párrafo al hacer referencia a la expresión cualquier vía.

Se critica a la reforma que dio vida a la ley 25.087 al sostener que el legislador no logró zanjar las diferencias en la doctrina, puesto que la mayor disquisición se halla en que los autores que mantienen la tesis restrictiva adoptan una definición biológica de acceso carnal, la cual es mucho más acotada que la jurídica, por lo que, aunque la norma haya agregado la expresión “por cualquier vía”, tal modificación no resultó suficiente como para hacer cambiar de opinión a los autores que sostienen la otra postura.

#### D. Agravantes del art. 119

Por último resulta oportuno analizar el cuarto párrafo del artículo donde se hallan los agravantes de estas tres figuras de abuso sexual, los cuales son seis, y se presentan cuando:

1) Resultare del acto un grave daño en la salud física o mental de la víctima:

Se entiende por grave daño a la salud cuando se provocan lesiones graves o gravísimas. Y se comprende en un sentido integral, sea este un daño físico o psíquico.

2) El hecho fuese cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto religioso reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda: Con la reforma 25.087 la doctrina ha convenido que la víctima debe conocer la condición de Ministro de Culto, justificando tal postura en la relación de confianza.

3) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiere existido peligro de contagio: Este agravante exige que el actor conozca ser portador de la enfermedad y que objetivamente haya expuesto a la víctima al contagio de tal enfermedad. No es necesario que efectivamente la víctima se haya contagiado.

4) El hecho fuere cometido por dos o más personas: todos autores, por ser delito de mano propia. O con armas: sin distinción entre propias e impropias, lo que importa en este caso es que haya habido disminución de la resistencia de la víctima.

5) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad en ocasión de sus funciones.

6) El hecho fuere cometido contra un menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo (Abuso sexual simple), la pena se agrava de 3 a 10 años si concurren todas estas circunstancias del cuarto párrafo, menos la del Inc. 3 ya que al no haber acceso carnal no hay posibilidad de contagio.

### **3. Proyecto de reforma del Código Penal y los delitos**

#### **sexuales.**

No se puede dejar de analizar el nuevo proyecto de reforma del Código Penal redactado por una Comisión Especial para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

La mencionada comisión fue presidida por Eugenio Raúl Zaffaroni, con la colaboración de los Doctores León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata , Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo.

El proyecto presenta en su Título V a los “Delitos contra la integridad y la libertad sexual”, y pretende reglamentar en el art. 126 estos delitos. Dicho artículo dice literalmente:

1. Se impondrá prisión de SEIS (6) a QUINCE (15) años, al que practicare coito vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Mediando violencia o intimidación.

b) Cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción.

2. El máximo de la pena será de DIEZ Y OCHO (18) años de prisión:

a) Cuando la víctima fuere menor de trece años, aunque mediare consentimiento.

b) Si el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima.

- c) Cuando el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima.
- d) Si el hecho fuere cometido por un funcionario público, en ocasión de sus funciones.
- e) Si el hecho fuere cometido por dos o más personas o con arma real o simulada.

La reglamentación actual sobre los delitos sexuales ha sido sancionada con grandes imperfecciones técnicas y literarias. Estas imperfecciones trae consigo que se admiten diferentes criterios y teorías que resultan poco respetuosos del principio de legalidad contemplado en la Constitución Nacional, artículo 18, donde se establece que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Se puede llegar a diferentes interpretaciones con la norma vigente, la cual como ya se ha mencionado en otros capítulos, es muy ambigua, y al mismo tiempo deja lugar a lagunas y una grave contradicción de sentencias judiciales, lo que trae aparejado incertidumbre jurídica.

Es por este motivo que se ha buscado con este proyecto, en especial en la parte de los delitos contra los derechos sexuales, por un lado reparar y respetar al máximo el principio de legalidad y, por otro, eliminar toda posible laguna de impunidad en su tratamiento.

En este artículo se determina claramente el concepto de violación, sin escatimar palabras y sin el uso de la expresión acceso, la cual fue fuertemente criticada y de grandes reproches por los juristas, al igual que la expresión por

cualquier vía. Se utiliza la palabra coito, para dar mayor claridad y precisión, y así evitar futuras discusiones, y aclara que puede ser por vía vaginal, anal o bucal.

Plantea el proyecto dos circunstancias clásicas que son, en primera instancia la violencia o intimidación, es decir, la violencia real o ficta, y la otra cuando la víctima no haya podido consentir, comprender o resistir, por cualquier causa que fuere, sin limitación de fuentes (inconsciencia, incapacidad, error, ignorancia, sorpresa, entre otras).

Es por esto que si se aprueba este proyecto con relación al tema que se está estudiando se puede decir que traería un gran avance, dado que se daría por concluida la problemática del encuadramiento jurídico que hoy nos aqueja, y la doctrina ya no tendría que discutir sobre si encuadra o no en violación.

En resumidas cuentas podríamos decir que el proyecto resuelve y plasma en su texto las intenciones que tuvieron los legisladores de 1.999, y que, debido a las falencias de redacción de la norma que hoy está vigente, se deja en claro, y despejando todo tipo de dudas, que la figura de la *fellatio in ore* se condenará como violación.

## Conclusión

Es lamentable observar las falencias que ha arrojado la reforma de 1.999, que deja a la interpretación judicial, dependiendo en esta instancia de la conciencia y moralidad de los Magistrados, la complicada tarea de quitar el velo que recae sobre la *fellatio in ore*.

De igual modo se observa que la Ley 25.087 es más comprensible, admitiendo castigar todo tipo de abuso o conductas que perturban la integración sexual de las personas, por lo que comprende y cuenta con una mayor cantidad de figuras penales que se tipificaron con esta ley y que anteriormente no se las tenía como delito.

Tampoco resulta justo olvidar otro de los grandes avances que trajo dicha ley, como es el cambio del bien tutelado, que pasa a ser la protección de la integridad sexual de todas las personas y deja de ser la de honestidad, donde solo era reconocida en algunas personas. Se pasa de proteger un bien moral y social por uno jurídico y social. Es por esto que el Código Penal no debe ser un código moral que contenga enunciados y conductas deseables o no deseables desde el punto de vista ético.

Con una adecuada reforma legislativa en la composición del tipo penal, como es la que se plantea en la reforma del Código Penal que se vio en el último capítulo de este trabajo, se lograría evitar interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales contradictorias, que resultan ser peligrosas para la realización de la justicia, y que acostumbran ser fastidiosas tanto para los juristas como así también para los jueces que deben aplicar la ley. Una correcta redacción del tipo posibilitará cumplir con la función principal de la pena, y lograr la ejecución de la justicia material y formal a la

hora de aplicar una escala penal correcta para castigar a los criminales que cometen estos delitos aberrantes.

Como otra opción se puede considerar que la *fellatio in ore* posee características especiales de los llamados delitos independientes -si bien contiene todos los elementos de otro delito (abuso sexual con acceso carnal) para evitar confusión, resultados típicos y la habitual discusión jurisprudencial- y entiendo que debería ser legislada como un delito autónomo.

Debemos recordar que el derecho es para la sociedad y no la sociedad para el derecho. Por esto es que no hay peor legislador que uno que olvida realidades, las mismas realidades que pretende regular, estableciendo así ficciones jurídicas creadas en leyes que luego por su inaplicabilidad social caen en desuso.

Como se puede apreciar en el trabajo es necesario que las leyes sean claras. Esto se logrará solamente a través de una reforma, donde cualquier duda que exista al respecto sea explicada y librada de toda duda.

Como ya se vio, una parte de la doctrina apeló al máximo de su inspiración para compensar la amplia mayoría, y el esfuerzo no fue en vano, dado que son muchas las voces que se empiezan a oír, ya sea desde la doctrina, la jurisprudencia, sumándose al criterio amplio, superando de esta manera la visión cerrada que muchos juristas intentan conservar y mantener.

Siguiendo esta postura es válido afirmar que la penetración por vía oral, sea el sujeto pasivo hombre o mujer, y existiendo violencia real o presunta para su consumación constituye delito de violación, ya que es vulnerado el derecho de las personas a consentir voluntariamente sobre el trato sexual, a disponer con absoluta libertad sus conductas íntimas y a no ser agredida su reserva sexual.

No se debe perder de vista que en el abuso con acceso carnal por cualquier vía el sujeto activo tiene como principal móvil el de utilizar al sujeto pasivo para obtener placer o desahogar su apetito sexual para sentir goce a través del sufrimiento del otro. También hay que destacar que el sujeto pasivo no da su consentimiento del acto y que el actor del delito utiliza la violencia o intimidación para lograr ejecutar su crimen atentando contra la libertad sexual de la víctima y le impide elegir si realiza o no el acto y, de aceptarlo, cuándo, cómo y con quién hacerlo.

La *fellatio in ore* ejecutada contra la voluntad de la víctima constituye el delito de violación y no el abuso gravemente ultrajante, o el viejo y ya derogado abuso deshonesto. Además debe ser considerada como un tipo específico de violación, dado que, según la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de los últimos años, la vía bucal es un órgano adecuado para la introducción del pene en cavidad natural de la víctima y por lo tanto es una vía apta para configurar el delito tipificado en la tercera parte del art. 119 Código Penal.

## **Anexos**

Fallo utilizados en el capítulo 2:

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de junio del año dos mil diez, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pflieger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "J., R- D. psa Abuso Sexual a M.G.C. (menor) - Rawson" (Expte. N° 21.103 - F° 34 - Letra "J" - Año 2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado a fojas 310: Panizzi, Pflieger y Pasutti.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I. Contra la sentencia registrada bajo el número 70 de la Cámara Primera en lo Criminal de la Circunscripción Judicial de Trelew, de fecha 19 de septiembre de 2007, la defensa del acusado (a cargo de las doctoras M. Á. G. L., Defensora Pública y M. F., Abogada Adjunta) dedujo un recurso de casación -hojas 273/278.

Lo fundamentó en el artículo 415, inciso 2° del Código Procesal Penal por entender que el a-quo transgredió la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso (artículos 18 de la Constitución Nacional; 44 y 46 de la Constitución Provincial y 149, inc. 3°, 150 in fine, 363, inc. 3° y 429 del ordenamiento ritual local), por existir irregularidades del procedimiento durante el debate y falta de fundamentos en la sentencia con respecto a la configuración del sometimiento sexual de la víctima "gravemente ultrajante".

El objeto del juicio lo constituyó el siguiente hecho: ". En fecha y hora que no puede ser precisada con exactitud, pero que data aproximadamente desde que la menor M. G. C. tenía \* años de edad, esto es durante los meses de enero/febrero del

año 2000, en el domicilio sito en el Barrio "X", edificio \*\* -escalera \*- Depto. "X" de la ciudad de Rawson, lugar donde el imputado convive con la menor, sus hermanos y su madre, cuando el encartado, sabiendo lo que hacía, y conociendo la edad de la víctima, motivado por el deseo de satisfacer su lascivia, abusó sexualmente de M. G. C., haciéndole practicar sexo oral, acabándole en la boca, intentando ponerle el pene en la vagina, colocándose preservativo en algunas oportunidades, en reiteradas ocasiones, cuando su madre salía a trabajar o concurría a la iglesia, profiriéndole amenazas contra su persona y su hermano J."

Condena...El tribunal de juicio condenó a don R. D. J. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, al hallarlo autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, por la modalidad de las prácticas y su duración en el tiempo, agravado por la situación de convivencia preexistente, bajo la modalidad de delito continuado (arts. 119, 2º y 4º párrafo, inc. f), 55 y 63 del Código Penal).

El recurso de casación de la defensa propició la anulación de la sentencia por tres motivos.

En el primer agravio, reiteró lo dicho en el debate, dado que sostuvo que no había sido considerado por el Tribunal al momento de emitir la sentencia.

Defendió la inocencia del imputado y alegó que no se había logrado evidencia objetiva alguna que dejara comprobado el hecho.

Así, expresó que la pericia ginecológica no demostraba nada, en tanto que el psicodiagnóstico de la víctima indicaba que la niña no era patológicamente mentirosa, pero no descartaba que la actitud de la madre, de indagatoria o amenaza para que su hija relatara lo sucedido, pudiera haber creado un elemento de presión que llevara a elaborar la historia de otra manera.

Aseguró que la pequeña en Cámara Gesell usó frases que había escuchado: "abusador", "sacarse las ganas".

Sostuvo también que el tiempo de los hechos resultaba impreciso, toda vez que no había nada que permitiera ubicarlos en la edad de la niña, en la fecha de la denuncia, ni en el verano mencionado.

Desmereció los dichos de los testigos quienes, sin haber sido preguntados, al referirse al atribuido como una persona medicada desde el año 1.981, manifestaron que los trastornos de personalidad que padecía, no lo tornaban inimputable.

En el segundo motivo de agravio denunció irregularidades del debate ya que, luego del alegato de la Defensa, se le concedió la palabra al Abogado de la Asesoría de Familia e Incapaces de Rawson, en representación de la víctima, quien efectuó un alegato como si se tratara del querellante, en franca vulneración a lo dispuesto en el artículo 352 del Código Procesal Penal.

Agregó que dicha situación transgredía el derecho de defensa pues el querellante se refirió a un informe del Servicio de Protección de Derechos que contradecía la prueba producida en la audiencia con relación al estado actual de la niña.

Por último, postuló la anulación del fallo por falta de motivación.

Expuso que la chica relató que al imputado "le besaba el pene y acababa entre la piernas", sin referirse a que eyaculara en su boca, como lo dijo su madre.

Expresó que la niña tampoco dijo que J. la amenazara, sino que relató que él maltrataba a su madre y a ella. Adujo que M. G., posteriormente dijo que J. estaba enamorado de ella y que la llamaba "mi amor".

Manifestó que la víctima había declarado que el acusado eyaculaba en forma interfemoral y que había intentado ponerle el pene en la vagina, a lo que ella se negó.

A criterio del recurrente, hubo un límite por parte de M. y respeto del encartado a esa voluntad, expresando que la niña no fue penetrada porque no quiso.

Opinó que luego de la denuncia se produjeron una serie de acontecimientos - dejar la casa, rescatar al hermano discapacitado, conflictos familiares, etcétera- generadores de una situación de violencia emocional que provocaron que la nena se sintiera mal, inhibida y vergonzosa, de acuerdo a lo manifestado por el Servicio de Asistencia a la Víctima y por el psicodiagnóstico del Servicio de Protección de Derechos de Rawson y de la Psicóloga Forense.

Se preguntó cómo hicieron los jueces de mérito para determinar el abuso gravemente ultrajante toda vez que no existieron pruebas objetivas, sino sólo los dichos de la menor.

Resaltó que M. narraba que J. le "hacía besar el pene", no empleando otra expresión que la dejara más vulnerable.

Mencionó el informe "Kinsey" a partir del cual se consideró que el sexo oral no podía ser calificado como no normal.

Resaltó que, de acuerdo a la doctrina, para ser gravemente ultrajante debía exceder el límite de lo normal. Advirtió que, en el caso bajo estudio, no se daba esa circunstancia toda vez que la criatura aceptaba el acto, cuando decía que el acusado estaba enamorado de ella y la llamaba "mi amor".

Coincidió con el voto del doctor Florencio Minatta quien, si bien tuvo por probados los hechos llevados a cabo por el imputado sobre el cuerpo de la menor, entendió que ello no alcanzaba para declarar con certeza que los éstos hubieran sido gravemente ultrajantes para la niña.

También destacó la opinión del magistrado citado cuando proclamó que fallar sobre la base de valoraciones morales del propio juzgador se daba de bruces (de frente) con un Estado Constitucional de Derecho.

A continuación, desmereció el sufragio del doctor Ramón Monje por su patente valoración moral.

Sostuvo que el magistrado Rebagliati Russell tampoco había logrado fundamentar el plus que requería la calificación como gravemente ultrajante.

Alegó que las sensaciones de asco y vergüenza podían experimentarse respecto de cualquier acto de abuso y no necesariamente en uno gravemente ultrajante.

Seguidamente, citó el antecedente "R., E. G. S/ Abuso Sexual" (sentencia N° 17 del 09/06/06) del Superior Tribunal en el que se resolvió, según su entender, un caso similar al presente. Explicó que allí se postulaba que la conducta del imputado configuraba sometimiento gravemente ultrajante, en tanto que los ministros entendieron que el imputado debía ser condenado por abuso sexual simple.

Finalmente, hizo reserva del caso federal y solicitó la anulación de la sentencia y, en consecuencia, la absolución del encartado; o, subsidiariamente su condena por abuso sexual simple con la agravante del artículo 119, párrafo cuarto, inciso f), a la pena mínima de tres años en suspenso.

II. El recurso fue concedido por la Cámara (texto de hoja 279 y vta.) y mantenido en esta instancia (escrito de hojas 291/292) por el Señor Defensor General, doctor Arnaldo Hugo Barone.

III. A su turno, el Señor Procurador General, doctor Eduardo Samamé, encontró debidamente fundada la decisión adoptada por el tribunal de grado, como así su calificación jurídica, esto es, abuso sexual gravemente ultrajante.

Propició el rechazo del recurso intentado en todos sus términos y la confirmación de la sentencia venida en casación.

IV. En punto al primer planteo, estimo conveniente destacar que los tres magistrados sufragantes tuvieron por acreditada la materialidad y autoría responsable de R. D. J. con relación a los hechos endilgados por el acusador público, que fueron llevados a cabo, en forma reiterada, por el imputado contra la niña víctima.

Para ello, valoraron especialmente la declaración de M. G. C. en Cámara Gesell y el relato de su madre, M. S. G., el que resultó coincidente con las manifestaciones de la pequeña.

Los dichos de la niña fueron percibidos por los sentenciadores como simples, espontáneos y claros; apreciación ésta confirmada por el dictamen de la Psicóloga Forense P. F., quien no advirtió en el relato de la víctima signos de fabulación y resaltó la seguridad en sus respuestas.

Tocante a la pericia ginecológica, si bien no se observaron vestigios de penetración vaginal ni anal, ello no implica descartar sin más la existencia de abuso sexual o penetración oral.

En este sentido, la médica que evaluó a la pequeña aclaró que más del cincuenta por ciento de los casos de abuso sexual infantil no presenta hallazgos al examen físico.

A su turno, M. G. expresó que, pese a la insistencia del encartado de accederla carnalmente, nunca se concretó, pues ella se negaba y comenzaba a llorar. La niña indicó que J. no la había penetrado, sino que eyaculaba entre las piernas, "afuerita nomás", refiriendo al mismo tiempo, que el incuso "le hacía besar el pene y que acababa en su boca".

Estimo que con relación a los elementos de prueba valorados por el a-quo para sostener la autoría del imputado, no es cierto que se haya considerado como único fundamento lo dicho por la nena en Cámara Gesell.

Los jueces partieron de la declaración de la niña, la cual fue importante para lograr la reconstrucción del hecho denunciado. A partir de este testimonio, mencionaron y detallaron cada uno de los elementos de cargo que acreditaron la veracidad de la denuncia, como la declaración de su madre, a quien la chiquilla le contó lo que le había sucedido; el psicodiagnóstico de la Licenciada P. F. de fs. 39 y vuelta; el informe realizado por el Servicio de Asistencia a la Víctima de fs. 70 y el examen médico de fs. 101.

Así las cosas, luego de una detenida lectura de la sentencia, y de haber procedido a la escucha de la grabación correspondiente a la audiencia en Cámara Gesell, llego a la conclusión de que el tribunal de mérito ha valorado detalladamente la prueba arrimada al proceso, dando explicaciones de la apreciación que ha hecho de ésta.

V. Referido al segundo motivo de agravio esgrimido, habré de indicar que no advierto ninguna irregularidad en el debate. El doctor M. N. intervino en representación de la víctima, no como parte querellante.

Por otro lado, en la actividad criticada, no se ha individualizado concretamente un gravamen que justifique el interés en el recurso.

VI. En respuesta al tercer motivo de impugnación blandido por la Defensa diré que los magistrados han satisfecho acabadamente con el mandato de motivación, correspondiendo, en consecuencia desechar este agravio.

Daré las razones: Hechos Al ser interrogada la niña en Cámara Gesell manifestó en reiteradas ocasiones que J. le hacía besar el pene y que eyaculaba en su

boca; que le exigía introducir su miembro en la vagina, para concluir mejor y más rápido, pero ella no quería. Describió que, en esas circunstancias, él se sentaba en un sillón con ella arriba y terminaba entre sus piernas.

Recordó que, a veces, cuando pretendía accederla, usaba preservativos, pero casi nunca los utilizaba cuando le hacía besar su pene.

La niña también refirió que el encartado la trataba mal y que la amenazaba cuando ella no hacía lo que él deseaba o se enojaba si ella salía con su mamá.

Queda claro entonces que J. manipulaba a la chica, manifestándole que estaba enamorado de ella o diciéndole "mi amor" para que complaciera sus deseos sexuales. No puede decirse, como lo proclamó la Defensa, que M. G. ponía un límite a la relación sexual y que J. respetaba su voluntad. La víctima no podía, en razón de su edad e inmadurez, resistir el abuso, máxime teniendo en consideración los rasgos de la personalidad del imputado (con bajo nivel de tolerancia, explosivo, impulsivo, manipulador, etcétera), los que fueron descriptos por los profesionales del Servicio de Salud del Hospital Santa Teresita de la ciudad de Rawson y confirmados por el psicodiagnóstico de la Psicóloga Forense.

Por otro lado, no se advierte ningún interés en la madre de la niña de perjudicar al imputado, toda vez que reconoció en él una gran ayuda con J., su hijo autista, luego de que fuera abandonada por su anterior pareja.

VII. Paso, ahora, a analizar el planteo relativo al abuso gravemente ultrajante. Analizado el hecho bajo juzgamiento, infiero que el tribunal de mérito -con el voto de la mayoría- ha encuadrado correctamente la conducta de R. D. J.

Entiendo, sin lugar a dudas, que los actos llevados a cabo por el imputado sobre el cuerpo de la niña fueron gravemente ultrajantes.

Es que, la introducción del pene en la boca de la nena constituyó una práctica que no puede ser calificada como normal por más de una razón: una, la del sometimiento; otra, las circunstancias personales de la niña y, por fin, el tiempo en que se prolongaron las ofensas sexuales -aproximadamente tres años.

J. provocó en M. una grave humillación, atentando severamente contra su inocencia, dignidad e inexperiencia sexual.

VIII. Por lo expuesto, rechazaré los agravios vertidos por el casacionista en su presentación de fs. 273/278.

Estimo que el pronunciamiento dictado por el a-quo, obrante a fs. 253/265, es una decisión motivada, correctamente razonada que ha establecido con certeza la existencia de los hechos acusados y la participación en ellos del atribuido. También juzgo adecuada la calificación legal efectuada en el fallo y justa la pena que se aplicó en él. En definitiva, el fallo me ha persuadido de que la decisión de la Cámara debe ser confirmada en todos sus términos porque se adecua a derecho.

IX. Propicio, entonces, el rechazo del recurso de casación deducido por el defensor público del acusado, con costas y la confirmación de la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Trelew, protocolizada bajo el N° 70 del año 2007.

X. Regulo los estipendios profesionales de la defensa pública, en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$ 375.-), no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley N° 2200, mod. por la Ley N° 4335, artículo 59 de la Ley N° 4920).

Así voto.

El Juez Jorge Pflieger dijo:

I.-Breve referencia al caso.

El doctor Panizzi, con encomiable actitud profesional, ha realizado una acabada relación de las constancias causídicas del caso, con especial mención de la sentencia y el contenido de la expresión de agravios.

Esa tarea exime de recorrer nuevamente el sendero, pues desatinado sería redundar.

## II. Preliminar

Con frecuencia prologo mis votos haciendo alusión al alcance de la casación cuando se articula por el imputado en perjuicio de la sentencia que lo condena; no lo haré esta vez.

Y no lo haré pues creo haber predicado lo suficiente al respecto y corro el riesgo de fatigar a los destinatarios de la sentencia.

De modo entonces que ingresaré sin más al tratamiento de los temas que la impugnante propone para poder así dar solución al asunto.

## III. El recurso- Tratamiento de los temas que lo componen.

Intentaré seguir en mi exposición el rumbo demarcado por la recurrente, quien motivó y fundó su requerimiento en el escrito que está agregado entre las hojas numeradas 273 a 278 vertiendo nutridas razones a la pretensión erguida.

Así:

### a.-Defensa material- Falta de certeza

No repetiré lo que la señora Defensora ha postulado, por cuanto su exposición fue parafraseada en el primer sufragio, como ya lo dije, y sería inconducente echar palabras en demasía.

Sí atenderé a su reclamo con la fruición necesaria.

Un punto de partida es menester poner de manifiesto: las dificultades de orden probatorio que suceden en los delitos de esta índole, cuestión que- en rigor de cosas-

se convierte en una severa exigencia a los Jueces que han de aguzar su sentido para observar la prueba sobre la hipótesis que se presenta a su juzgamiento en su completa dimensión.

Cuando digo en su "completa dimensión" refiero a la prueba en su integridad y asociación, evitando las parcelas que son enemigas de la posibilidad de adquirir niveles de certeza adecuados en uno u otro sentido.

No es aceptable una balcanización del plexo que es presentado; por el contrario, ha menester una reducción a la unidad de esos elementos para tomar una decisión acertada.

Desde esta perspectiva, estimo que los Jueces de la sentencia han cumplido su cometido correctamente, pues han realizado un entramado intelectual que avienta la posibilidad de error judicial.

La invocación de la testigo G., escuchada en la audiencia de debate, del testimonio en la Cámara Gessell de la niña M. C., del informe de la psicóloga F. (añadido en la hoja 39) y, en lo que atañe, de la pericial ginecológica, constituyen un cuerpo que destruye el estado de inocencia y justifica la declaración sentencial.

Si los Jueces fueron convencidos por las palabras de la impúber que quedaron selladas en el video que he podido consultar, y sus percepciones no disienten de aquella que en esta inspección misma ha podido formarse, el ataque centrado en los aparentes titubeos carece de andamio.

Tampoco me parece que padezca el defecto de la inconsistencia el enlazamiento de esa prueba con los dichos de la madre y los demás datos que ellos enunciaron en justificación de los asertos.

Percibo un muy buen trabajo de análisis, por ejemplo, en el sufragio tercero, el del doctor Monje.

El énfasis del Magistrado en resaltar su grado de convencimiento respecto de la fiabilidad de la niña cuyo testimonio, en propias palabras del Juez, ".he oído y visto en más de una ocasión, testimonio de cargo convincente, prueba directa apuntalada por pruebas científicas, cuales son las pericias psicológicas y hasta ginecológica.", es elocuente de lo concienzudo de su labor

Otro tanto vale, para calificar el modo en que se puso en valor a los dichos de la madre de la menor, M. G., conectados atinadamente con los resultados del acto de allanamiento de las hojas 6/9, el informe técnico nro. 291/05 y con las fotografías de las hojas 47 a 50.

Y en orden ascendente coincido con el análisis del doctor Rebagliati, primer ponente, quien evocó la denuncia de aquella ante las autoridades de la Comisaría de Rawson y le brindó cuantía al anudarlo, luego, con los datos que esa mujer vertiera durante el debate.

También resulta encomiable la forma en que los Magistrados trataron el informe psicológico ocurrido sobre la víctima, estudiaron y decodificaron la pericial ginecológica y trataron el problema de la imputabilidad del incuso.

b. Lo dicho autorizaría a dar fin a mi tarea, pero considero que el modo exigible a los pronunciamientos de la Sala impone verter propias razones, las que se expondrán de continuo.

Es que la casación amplia conduce a que se procure el máximo esfuerzo sobre lo que es revisable, salvo aquello que sólo los Jueces, por su inmediata relación con la prueba, pudieron percibir.

En esta senda, principio por poner de resalto como elementos de cargo a la denuncia de la madre de la víctima, al video que contiene los dichos de M., al que se ha hecho referencia ya, y a los documentos que integran el legajo.

Me dedicaré a ellos por partes, al sólo fin analítico.

No veo disonancia, en los aspectos centrales, en el relato de la madre durante la denuncia y la audiencia de juicio.

Este concepto de simetría "en los aspectos centrales" merece una particular explicación.

En ambas exposiciones- y la segunda se recrea a partir de aquello que los Jueces consignaron en la sentencia- G. mencionó la manera en que comenzó su recelo por obra del comentario de su otra hija, y del modo en que reaccionó cuando esa intuición primera fue corroborada, a su modo, mediando la percepción de un acercamiento sugestivo entre el hombre y la niña, a quienes observó tras la ventana.

Más acá, está la referencia sobre el comentario que M. le formuló dándole detalles de la acción lasciva del imputado, quien- a decir de aquella- la obligaba a sexo oral y en ocasiones eyaculaba en su boca, a la par que le requería la entrega del cuerpo, a lo que la dañada se oponía pues preveía dolor.

De allí la consonancia predicada pues, en clave de la imputación, estos actos constituyeron su núcleo.

Contribuye con la aceptación de este testimonio - test de fiabilidad- el resultado del allanamiento de las hojas 7 a 9, del que resultó el secuestro de la tapa de video con las imágenes pornográficas que pueden verse sin intermediarios, pues la cubierta está añadida en la hoja 49, cosa referida por la deponente con todas las letras.

También fluye como hecho indicativo de relevancia el obrar de la mujer que, inmediatamente, abandonó la casa con su prole (ver al respecto el documento de la hoja 30 y 32/33).

Es notable, por otro lado, la actitud de ella en el sentido de no cargar tintas sobre su concubino, pues sirve para analizar la verdad que porta su versión en la medida en que no declamó nada más que lo que conoció, con cita de la fuente.

La referencia de la niña en Cámara Gessell merece igual ponderación. No puede exigirse de una muchacha que evoque el ultraje que relata con precisión aritmética.

La sana crítica es la herramienta que ha de aplicarse para desentrañar el contenido de esas palabras, pues la potencia de todo discurso radica en su lógica interna y externa, en la conexión objetiva con otros datos y en la experiencia del observador que permite captar su grado de veracidad.

Advertido de lo primero por directa noción, he puesto en claro mi parecer en lo que atañe a la relación de aquél con el testimonio de la madre y veré de continuo el vínculo con otras evidencias que he puesto sobre el tapete.

En tal sentido considero que el informe de la psicóloga forense, licenciada P. F., es, como lo calificaron los Jueces del debate, altamente significativo a la hora de optar por la hipótesis de cargo.

Creo que en esa relación se connota la existencia de indicadores de abuso en M. y, nuevamente, colabora a interpretar su versión de cargo como vehículo de certeza.

La imagen de sí sexualizada ".prepuberal que no puede manejar de manera adecuada, dado su alto nivel de inmadurez emocional.", ".El relato de los hechos realizado con alta carga emotiva, primando los sentimientos de asco y vergüenza ante hechos claramente sexuales que no logra comprender en su totalidad.", ".La figura de la persona denunciada, el concubino de su madre, se presenta cargada de sentimientos de temor.", ".Su capacidad defensiva es frágil, sintiéndose desbordada

por lo que vive como hostilidad externa.", constituyen datos dados por una experta que analizados críticamente conducen al corolario apuntado en el párrafo que antecede, con poco margen para el error.

Párrafos especiales merece la no detección por la experta de signos de fabulación en la niña.

La posibilidad de una ilusión, de un cuento, de un mito, está siempre presente en la evocación de un niño. Sin veleidades científicas lo afirmo como dato de la experiencia.

Pero es equivocado partir de esa premisa, pues, por principio, los niños no mienten.

Y menos aún mienten cuando son sometidos a la afrenta del abuso sexual desde quienes ejercen una posición de poder y logran, como en el caso, quebrar el circuito por la acción de otro, en esta historia la madre.

Si este es el pensamiento del hombre medio, qué decir de la validez de un relato cuando, quien está en condiciones científicas de analizar la personalidad del hablante, señala, sin titubeos que aquél no fabula.

Las expresiones de estos peritos, como lo he afirmado otrora, no "prueban" el hecho, ni "certifican" la veracidad de un relato. La locución "validar" de la que con frecuencia se echa mano para calificarlos sirve, en todo caso, para orientar la apreciación del Juez que, luego e inexorablemente, deberá exponerse y justificarse.

Vuelvo a evocar que los Magistrados cuya actividad se discute realizaron esta tarea con equilibrio y sus conclusiones son compartidas

En cuanto a la fijación de los hitos que demarcaron los procederes inverecundos de J. ha sido claro el Tribunal de Juicio cuando fundó su convicción, la edad de nueve años.

Esa opción no resulta antojadiza, se apoya, otra vez, en la versión de M. cuyos términos he revisado en los renglones precedentes.

Y por cierto que debe aceptarse que en estos delitos que se extienden en el tiempo, no puede pretenderse la fijación de una data precisa, exacta.

Contraría la forma más elemental de pensar razonadamente pretender que una chiquilla memore con precisión de día, mes y año, el comienzo de abusos que se repiten en el tiempo hasta que se develan.

De allí que la aceptación de un momento, de manera fundada, cumpla con los niveles requeridos para la legalidad de una sentencia en materia de declaración fáctica.

Este derrotero intelectual, que aquí termina, me persuade de que los Magistrados razonaron de manera inobjetable y eso da pábulo al rechazo de los agravios en lo que punto atañe.

Expreso, por consiguiente, mi motivada convicción de que el hecho existió como lo ha descrito la "ad quo" y que nada negativo puede observarse cuando se pone en zaranda a la sentencia recaída.

De la misma manera expreso mi apego a la decisión en lo que atañe a la imputabilidad del sometido a juicio.

La experticia documentada en la hoja 209 y los antecedentes hospitalarios que la preceden eximen de mayores comentarios.

c. Irregularidades del debate.

Acertadamente ha propuesto el doctor Panizzi el rechazo de este agravio por considerar que no se ha denunciado un concreto interés que afecte al impugnante. Creo, en ese tren, que la alegación del asesor de familia no escapa a la normalidad procesal que caracteriza la intervención promiscua. Y creo también que la relación de

su discurso efectuada por el primer voto, tema que lleva a la impugnante a sostener que ".de alguna manera pesaron al momento de la sentencia.", es una mera conjetura sin apoyo consistente.

La base de toda impugnación es el agravio. En ella debe exponerse con toda claridad cuál motivo es el que la moviliza; que interés jurídicamente relevante se posee para obtener la revocación por la que se aboga.

Enseña Clariá Olmedo, con referencia a la casación, que ".En la instancia debe puntualizarse los extremos que producen el agravio, indicando concretamente las disposiciones que se consideran violadas, en qué consiste el vicio atribuido al pronunciamientos y qué normas se estiman aplicables; y en forma clara, precisa y técnica se darán las suficientes razones fundamentadoras del agravio." (ver el autor en su "Derecho Procesal Penal", T III Ed. Marcos Lerner, Ed.1985, página 290).

Estas ideas no resultan desechables aún en el marco de la casación amplia, y por ende, al carecer de las virtudes que lo califican como tal el daño enunciado por la defensa merece la desestimación.

d. Anulación por falta de motivación. Coincidencia con el voto disidente del doctor Florencio Minatta.

Por las razones que expuse en el punto b. de este considerando, mantengo una posición proclive a asegurar que esta sentencia reúne los requisitos que la identifican como una derivación razonada del derecho vigente con especial apego por las constancias de la causa.

La ausencia de motivación o ausencia de fundamentos, como defecto, no ha sido demostrada y, por el contrario, se extrae de su análisis crítico la vocación de los Jueces de fundar los asertos.

Eso fue suficientemente analizado, como he dicho, y no merece mayores palabras.

Sí cabe detenerse en la calificación legal.

En el caso "M., C. A. s/abuso sexual a un menor de trece años", sufragué en coincidencia con el doctor Rebagliati Russell en cuanto a la operabilidad de la calificante que aquí se discute.

No consideré profundamente el tema, pues me detuve en analizar el delito de corrupción cuya aplicación estaba en juego; empero brindé algunas pistas sobre el criterio al que adhiero.

En causa "M., J. A. s/ privación de libertad y abuso sexual gravemente ultrajante.", anterior a la referida, consideré, para homologar la calificación de la sentencia de condena, el contexto espacial y modal de la conducta del incuso, traducido en la cosificación de la víctima puesta a su merced, lo que había permitido el desfogue de los bajos instintos mediante los tocamientos en la manera en que quedaron fijados en la declaración de hechos, que era- dije- suficientemente elocuente para cuadrar el caso en la norma seleccionada (art. 119. ap. 1° y 2° del C.P.) En este litigio voy a coincidir otra vez en la configuración de la calificante.

No me parece que la sentencia esté nutrida de consideraciones morales que empañen los criterios jurídicos alumbrados por la mayoría, pues más allá de ciertas consideraciones personales, se expusieron razones de aquella índole- jurídicos- a la hora de la subsunción.

Por otra parte la interpretación adecuada del segundo apartado del art. 119 del C.P. refiere a la circunstancia que por su intensidad vejatoria y su prolongación, resulte del abuso un mal mayor para quien la ha padecido.

Tiempo, modo, condición, son los factores que fluyen de la redacción del tipo penal de marras.

Enrique Gavier opina que la razón de la mayor criminalidad del hecho radica en ".el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes." y más adelante explica ".Por su duración quiere decir que por su excesiva prolongación temporal, que va más allá del tiempo necesario para llevar a cabo el abuso sexual de que se trata, lo que implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima. Por las circunstancias de su realización, la ley alude a situaciones en que los actos, en sí mismos, son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio para la víctima." (ver el autor en su "Delitos contra la integridad sexual" Ed. Marcos Lerner, 1999, páginas 28 y 29.).

Que la *fellatio in ore* o el *cunnilingus* sean prácticas sexuales socialmente aceptadas cuando se producen entre quienes las consienten, no priva la condición ultrajante a las peripecias de aquella índole que padeció la menor.

Comprobado el modo y la extensión temporal de las prácticas forzadas a las que J. la sometió, no me cabe duda de que la calificación es la correcta. Repugna al concepto medio de dignidad humana (y por ello constituye un ultraje grave), el que un adulto provoque, en las condiciones dadas, que una menor reciba su pene en la boca hasta la eyaculación o frote con el órgano viril las partes íntimas de ella hasta desfogarse. Más cuando esa muchacha posee dificultades cognitivas y está bajo su dominio moral como hombre de la casa y, reitero, la situación se transforma en "endémica", por usar una palabra denotativa.

Coincido con Gavier cuando este afirma, en la obra arriba citada, que hay una distinción cualitativa- que justifica la agravante- entre la simple nalgada o el frotamiento fugaz o el beso en la parte pudenda y otros escenarios tal como el que la sentencia recreó.

Si allí radicó la causa del texto, pues atinada ha sido la determinación de los Magistrados.

e. La pena

Coincido con la pena establecida en la sentencia. No merece objeción. La Cámara de Juicio ha formulado una adecuada valoración de los parámetros contenidos en los arts. 40 y 41 del C.P. y, por consiguiente, la solución es justa en este aspecto. En resumen, por las razones expuestas a lo largo de este considerando doy mi apoyo a la posición de mi distinguido colega que me precedió en el estudio y voto con él en la confirmación de la venida.

III. Honorarios.

Dejo sentada mi expresa adhesión a la regulación de honorarios.

Así me expido y voto.

El Juez José Luis Pasutti dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pflieger, existe mayoría de votos para conformar la voluntad de la Sala Penal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el artículo 357 del Código Procesal Penal (texto según Ley N° 4550, art. 7).

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

- S E N T E N C I A ---

1º) Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto a fojas 273/278 por la defensa pública del imputado R. D. J.;

2º) Confirmar la sentencia registrada bajo el número 70 del año 2007, cosida a fojas 253/265;

3º) Regular los estipendios profesionales de la defensa pública, en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$ 375.-), no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley N° 2200, mod. por la Ley N° 4335, artículo 59 de la Ley N° 4920);

4º) Protocolícese y notifíquese.-

Jurisprudencia tesis amplia.

**Fallo N° 2806/07 - S.T.J. - Sec. de Recursos**

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre a los 15 días del mes de agosto del año dos mil siete, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang y con la asistencia de los Señores Ministros, Dres. Arminda del Carmen Colman, Ariel Gustavo Coll, Hector Tievas y Carlos Gerardo González. Constituidos en TRIBUNAL DE CASACION, para pronunciar SENTENCIA en el **Expte. N° 129 F° 102 Año 2006**, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: "**MEDINA, JUAN DIONISIO S/ABUSO SEXUAL**", venidos para resolver el RECURSO DE CASACION, interpuesto a fs. 109/117 vta. por la Señora Defensora Oficial de Cámara N° 1, Dra. Claudia I. Carbajal Zieseniss, contra la SENTENCIA N° 6535/05 obrante a fs. 100/107 vta. dictada por la Excma.

Cámara Primera en lo Criminal, que condenó a Juan Dionisio Medina a la pena de siete años y seis meses de prisión e Inhabilitación Absoluta por igual tiempo de la condena, demás Accesorias Legales y Costas, como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (arts. 12, 19, 119 tercer párrafo y 29 inc. 3°, del Código Penal). **EL ORDEN DE VOTACION** de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus modificatorias y artículo 126° del Reglamento Interno de la Administración de Justicia, es el siguiente: 1er Término: Dr. Carlos Gerardo González, 2do Término: Dr. Ariel Gustavo Coll; 3er Término: Dr. Hector Tievas; 4to Término: Dra. Arminda del Carmen Colman y 5to Término: Dr. Eduardo Manuel Hang; y,

**CONSIDERANDO:**

**El Señor Ministro, Dr. Carlos Gerardo González, dijo:**

Que habiéndose realizado la audiencia de debate prevista por el art. 433 del C.P.P., vengo a emitir mi voto respecto del recurso de casación planteado por la Defensa Oficial contra la Sentencia N° 6535/05 dictada en autos por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, en virtud de la cual se condenó a su defendido Juan Dionisio Medina a la pena de 7 años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo, por haber sido hallado autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 12, 19, 119 tercer párrafo y 29 inc. 3° del Código Penal).

Que la Defensa vino en recurso exclusivamente por el supuesto de errónea aplicación de la ley penal sustantiva, previsto por el artículo 422 inc. 1° del Código Procesal Penal, sosteniendo como agravios que el Tribunal de Juicio equivocó el encuadramiento del hecho imputado a Medina al subsumir su conducta en el delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando en realidad se trató de un abuso sexual simple, y que el mismo, debido a la intoxicación alcohólica que padecía al momento de consumar el hecho, debió ser absuelto por carencia de capacidad para comprender la criminalidad del acto y dirigir su acciones (art. 34 inc. 1° del C.P.).

Que a fin de fundar el primer agravio planteó que la actual normativa penal no ha logrado cristalizar el objetivo de llevar la *fellatio in ore* al plano de la violación, en tanto esta no puede derivarse de la expresión “acceso carnal” y no pueden hacerse interpretaciones extensivas, por estar vedado por el principio de legalidad, el cual a su entender ha sido sacrificado por el Tribunal de mérito al aplicar un criterio interpretativo extremadamente amplio de la norma penal en cuestión .

Siguió diciendo que el texto del artículo 119 “acceso carnal” es incompatible con la interpretación hecha por el Tribunal, ya que si bien tal expresión y la

controversia que la misma suscitaba motivó su reforma, los propios legisladores reconocieron que no se llegó a resolver el problema que generaba la controversia.

Por último, citó doctrina en apoyo a su postura, según la cual no puede equipararse el acceso vaginal y anal con el acceso bucal, y solicitó se recalifique la conducta atribuida a su defendido encuadrándose la misma en la previsión contemplada por el artículo 119 primer párrafo del Código Penal.

Que con respecto al segundo de los agravios alegó que al momento del hecho Medina no comprendía la ilegalidad de sus actos, lo que a su juicio quedó probado con los testimonios brindados por Miriam Olmedo que declaró que éste estaba tomado; Natalia Dolores Quintana quien dijo que el mismo decía “que pasa” “que pasa” y afirmó que no tenía conciencia, que no entendía nada de lo que estaba pasando y que cuando se retiró del lugar en el que había encontrado al imputado con el menor éste se quedó acostado en la cama; y finalmente Soledad Elizabeth Quintana quien informó que el día del hecho estaba muy tomado, que no entendía nada de lo que pasaba, que caminaba tambaleante y se caía.

Argumentó asimismo que la alcoholización plena no resulta incompatible con algunos instintos de conservación como el de cerrar las prendas de vestir, sino que ello depende de cada organismo; que la ausencia de informes médicos del grado de intoxicación alcohólica no puede ser valorado en contra del imputado; y que resulta ilógico pretender que Medina tenía conciencia de la criminalidad de sus actos, cuando sin embargo, luego de ser sorprendido por la tía del menor, en lugar de huir del lugar se quedó acostado en la cama, retirándose recién luego de ser agredido con palos por una vecina.

A su turno, el Sr. Procurador General Subrogante solicitó el rechazo del recurso interpuesto.

Con respecto al primero de los agravios sostuvo que la *fellatio in ore* se condice perfectamente con el 3er. párrafo del artículo 119 del Código Penal, y que el primer voto del fallo recurrido fue más que abundante al analizar tal circunstancia.

Alegó que el origen de la reforma y casi todos los proyectos presentados tenían la finalidad de incluir la *fellatio in ore* como acceso carnal; que no puede entenderse que se modifique la norma para que nada cambie; que la ley dice acceso carnal, pero por cualquier vía; que los legisladores cuando introdujeron la reforma se referían a la *fellatio* como acceso carnal ya que solamente faltaba incluir la vía oral; que si bien Donna (2.000) dice que el acceso carnal es un concepto normativo, en la jerga común también se habla de la *fellatio* como violación.

Agregó por último que no se puede estar a la vieja interpretación y que ya aún con anterioridad a la reforma del artículo 119 Fontán Balestra (1.990) entendía que la *fellatio* estaba incluida en el acceso carnal.

Se opuso al planteo de inimputabilidad, para lo cual sostuvo que la ebriedad del imputado no fue total y no le impidió comprender la criminalidad de sus actos, lo que a su entender quedó evidenciado en primer lugar con el hecho de que cuando la tía de la víctima sorprendió al imputado este tenía el miembro viril erecto y se estaba haciendo succionar; en segundo lugar porque la erección es incompatible con el estado de ebriedad total; en tercer lugar porque la alegada falta de conciencia no se condice con la acción de hacer entrar al menor a la casa para consumar el acto; y finalmente porque la testigo Soledad Quintana declaró que el imputado, al ser sorprendido por ella en el momento de estar consumando el hecho, inmediatamente guardó el pene y dijo acá no pasó nada.

A su turno, la Sra. Asesora de Menores manifestó su adhesión a lo expuesto por el Sr. Procurador General y abonó el pedido de rechazo diciendo que la Defensa

no objetó la base fáctica conforme se tuvieron por probados los hechos y por los cuales se condenó a Medina.

Agregó que comparte la interpretación hecha por el Tribunal de sentencia en cuanto al acceso carnal; y, en cuanto a la falta de comprensión alegada a fin de descalificarla describió que el imputado llamó al niño, cerró la puerta, tenía el pene erecto, lo guardó en el pantalón y la testigo Natalia Soledad Quintana dijo que el mismo se hacía el desentendido cuando fue sorprendido en el momento de cometer el hecho.

Que, entrando al análisis de los agravios de la Defensa, cabe señalar en primer lugar en orden a la supuesta errónea interpretación de la ley al calificar el hecho endilgado al imputado como abuso sexual con acceso carnal, que el fallo impugnado ha realizado un prolijo, exhaustivo e inteligente análisis respecto de qué debe entenderse por acceso carnal a la luz de la reforma introducida al artículo 119 del Código Penal en el año 1.999, posición que comparto plenamente en función del razonamiento empleado por los jueces de sentencia (el cual resulta ocioso reeditar), y particularmente lo atinente a que dicha reforma fue introducida para eliminar toda la discusión existente sobre si la *fellatio in ore* constituía o no acceso carnal, atrapándola definitivamente en tal concepto con la inclusión de la expresión “por cualquier vía”, comprendiendo así el acceso carnal las tres vías que la razón y el sentido común exigían como configurativos de tan grave echo ultrajante de la libertad sexual.

Por otra parte, frente al argumento de que la expresión “por cualquier vía” podría llevarnos a considerar que el acceso por vía nasal, auditiva e incluso heridas constituirían acceso carnal, no debe soslayarse que la ley debe ser interpretada de manera razonable, atendiendo a la finalidad que la misma persigue, y lo que aquí el legislador ha tenido por finalidad introducir no es otra cosa que el concepto social de

acceso carnal, lo que se desprende de manera indubitable de los proyectos de modificación que fueron presentados y que fundaron la modificación de la única cuestión que suscitaba controversias en la norma reformada.

Siendo así, me inclino por rechazar el agravio tratado.

En lo que respecta al planteo de inimputabilidad, deviene evidente su improcedencia atendiendo a la forma en que se desarrollaron los hechos.

En tal sentido, obsérvese que los sentenciantes fueron claros al fijar los hechos, y tal como lo expresaran el Sr. Procurador General y la Sra. Asesora de Menores, el imputado hizo ingresar a su casa al menor para consumir la *fellatio in ore*, fue sorprendido por la testigo Natalia Quintana quien irrumpió en la casa del mismo intempestivamente ante la advertencia de uno de los hermanos de la víctima y los llantos que la misma profería y vio como el imputado tenía el pene erecto introducido en la cavidad bucal del menor, cuadro ante el cual la mencionada testigo comenzó a insultar a los gritos al victimario, quien de inmediato introdujo su miembro viril dentro del pantalón acompañando tal acto con la expresión “calmate que no pasó nada”, fingiendo luego que no sabía lo que pasaba, retirándose del lugar al ser increpado y golpeado por la misma, y poniéndose en fuga finalmente a ser posteriormente atacado con un palo de escoba por Soledad Quintana afuera de la casa.

Fueron las circunstancias de hacer entrar en la casa al menor, tener el pene completamente erecto, guardarlo inmediatamente al ser descubierto, fingir su ignorancia o perturbación y ponerse en fuga, y la ausencia de informe de perturbación grave por parte del médico que examinó al imputado, las que determinaron que los jueces de sentencia concluyeran que la ebriedad que presentaba el mismo no afectaba su comprensión de la antijuricidad de su conducta, ni le impidió dirigir sus acciones para evitarla.

La valoración de tales circunstancias tenidas por probadas, resulta notorio, ha sido efectuada por los juzgadores dentro del marco de una lógica impecable e inmovible y lleva al rechazo liso y llano del argumento de inconciencia sostenida por la Defensa.

Efectivamente, en el estado de inconciencia el sujeto no sabe lo que hace ni recuerda lo que ha hecho (Vicente P. Cabello “Psiquiatría Forense en el Derecho Penal”, T. 1, pág. 276, ed. 2.000, Ed. Hammurabi), sin embargo, en el presente caso el obrar del imputado antes descripto demuestra coherencia en la preparación de la consumación del hecho, su consumación propiamente dicha y posteriormente en la intención de ocultar o minimizar la situación.

En cuanto a la tesis de la defensa en orden a que el gesto del imputado de cerrar sus prendas de vestir responde a una reacción instintiva de autoconservación, cabe señalar, más allá de que tomado tal argumento en forma aislada carece por sí solo de entidad desincriminante en el contexto global de las pruebas de cargo, que tal reacción de ninguna manera nos puede llevar a concluir un estado de inconciencia del mismo.

Es que no hay dudas de que en el ser humano el instinto de autoconservación es innato, pero debe determinarse en cada caso que es lo que motiva la reacción de ese instinto de autoconservación.

Así, en el caso de autos la reacción en cuestión no es la del sujeto que pone la mano a modo de atenuar el golpe porque se está cayendo, en cuyo caso hablaríamos de un instinto de autoconservación primario e irreflexivo productor de una reacción mecánica de autoprotección, motivada por el peligro de daño físico, sino de quien es sorprendido cometiendo un hecho que inevitablemente le generará un reproche, en cuyo caso la reacción de guardar el miembro viril no es otra que la de intentar evitar el

mismo, por lo que la motivación se presenta sin esfuerzo alguno dejando entrever claramente que el sujeto sabe que está llevando a cabo una acción inmoral o ilegal y de ahí su intención de evitar el reproche, siendo entonces no ya una reacción derivada de un instinto de autoconservación primaria, sino de un instinto de autoconservación derivado de una reflexión sostenida en la existencia de normas sociales de convivencia, frente a lo cual no puede ya hablarse de inconciencia.

En el caso se sumaron ambas condiciones (inmoralidad e ilegalidad) en la conducta, lo que fue suficientemente comprendido por el imputado al momento de la comisión del hecho según se vio, y lo que el ordenamiento penal exige para que opere la sanción es que el sujeto comprenda la criminalidad del acto que realiza, por lo que mal puede sostenerse como lo hace la Defensa la supuesta inimputabilidad cuando la inconciencia que impide la comprensión de la criminalidad de la acción no existió.

Por último, en lo que respecta al argumento de que el imputado no fue sometido al test de alcoholemia y ello no puede pesar en su contra, cabe señalar que aún la gradación alcohólica tomada como parámetro para establecer la inconciencia no es necesariamente un dato irrefutable de dicho estado, en principio presupuesto al presentarse los valores de intoxicación alcohólica previstos por las tablas de proporción y efectos de la alcoholización, pues cada organismo es diferente y por ende las incidencias del alcohol difieren.

En tal sentido Bonnet en su tratado de Medicina Legal, al analizar el cuarto período de ebriedad, indica que la inconciencia se halla presente casi sin excepción porque en materia de ebriedad no es posible descartar de manera absoluta y terminante la excepción a la regla (T. II, págs. 1629 y sig.). Lo que nos lleva a la necesidad de valorar las demás pruebas para establecer en concreto si el imputado se encontraba o no en estado de inconciencia, y ello a su vez a la conclusión

certeramente inferida por el Tribunal de Juicio de que sí estaba en estado de conciencia.

A ello se suma además que en el presente caso no está discutido la circunstancia de que el imputado al ser sorprendido se encontraba con el pene totalmente erecto, y no es una cuestión controvertida científicamente el hecho de que el alcohol en pequeñas cantidades desinhibe pero es un depresor del sistema nervioso central y en grandes cantidades interfiere en la excitación sexual provocando disfunción eréctil. Dicho de otra forma, la disminución de las respuestas fisiológicas disminuyen proporcionalmente al grado de ingesta alcohólica. De ahí la celebre frase de Shakespeare al referirse al consumo del alcohol “provoca el deseo pero frustra la ejecución”. Dato indicador éste tomado por los jueces de sentencia que, no puede soslayarse en función de lo expuesto, fue valorado sobre la base de las reglas que informan la sana crítica racional como elemento de ponderación del estado de conciencia del imputado al momento de la comisión del delito por el cual fue juzgado.

Por todo lo expuesto, no surgiendo del planteo recursivo agravios serios y suficientes que permitan descalificar como acto jurisdiccional válido la sentencia puesta en crisis, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa de Juan Dionisio Medina.

**El Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll, dijo:**

Que debiendo emitir mi voto en orden al recurso de casación promovido por la Defensa, adhiero íntegramente a la opinión del Sr. Ministro Dr. González, sobre los distintos agravios expuestos por la recurrente.

Que sin embargo y a mayor abundamiento, en tanto es la primera vez que éste Tribunal tiene en consideración el alcance del art. 119 párrafos primero y tercero del

Código Penal, respecto a la *fellatio in ore*, paréceme necesario realizar algunas precisiones.

El agravio de la Defensa se sustenta principalmente en la calificación legal que el Tribunal de Juicio asigna al hecho cometido por el acusado. Con apego al art. 422 inciso 1° del C.P.P., señala que ha existido una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto no corresponde encuadrar la conducta de su asistido en el art. 119, párrafos primero y tercero del Código Penal, al considerar que el abuso sexual con acceso carnal, no es comprensivo de la *fellatio in ore*, considerando que debió aplicarse la figura del Abuso Sexual Simple, en los términos del art. 119 primer párrafo del Código Penal.

La discusión por cierto no es novedosa, pero entiendo que, partiendo del análisis de los antecedentes parlamentarios que propone la misma Defensa, cuando refiere a la Ley 25.087, la duda por cierto desaparece para el intérprete, incluyendo a quienes, en ejercicio de la Jurisdicción deben aplicar la disposición que dicta el legislador.

En el tratamiento de la norma por parte de la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto de los Diputados Alfredo Bravo, Víctor Fayad, Elisa Carrió y Elisa Carca, es contundente cuando afirma que los delitos de contenido sexual, “son actos de agresión y violencia que atentan fundamentalmente contra la integridad física, síquica y moral de las mujeres. Es una agresión contra la autodeterminación como mujeres, como personas libres para decidir sobre su sexualidad”, y más adelante, en el punto que nos interesa, expresan que el proyecto propone “una concepción de la acción más amplia en el Código Penal, ya que permite incriminar como *violación*, a todo tipo de penetración, incluyendo casos como la *fellatio in ore*, y

la penetración anal...”. (Ver Antecedentes Parlamentarios, 1999-B, La Ley, 1555/1556)

Es notable como los demás proyectos relacionados a la modificación legislativa del art. 119 del Código Penal y que finalmente se plasmara en la Ley 25.087, coincidieron en el sentido de incluir al sexo oral como una forma de violación, cuando se produce – obviamente - en las demás condiciones que indica la norma. Así, por ejemplo, el proyecto del Diputado González Gaviola, que incluyó expresamente a la relación sexual “anal, oral y/o vaginal, con personas de uno u otro sexo” (ob. cit. p., 1572), el presentado por el Diputado Cafferata Nores (ob. cit. p. 1574), el proyecto del Diputado Oscar Sat (p. 1575/1576), el proyecto de los Legisladores Fernández Mejjide, Storani, Rodil, Alvarez, Raimundi, Parentella y Garré (p. 1581) y el del Diputado Juan Pablo Cafiero, cuando señaló que uno de los objetivos de la reforma fue precisamente que se permita incriminar como violación todo tipo de penetración, incluyendo los casos de la *fellatio in ore*. (ob. cit. p. 1592).

Al tratarse posteriormente la reforma en la Cámara de Senadores de la Nación, se puso énfasis en que “el hallazgo principal (de la misma), es un tema que ha preocupado a Jueces y Juristas, en estos tiempos; es el problema de la *fellatio*, ya que se sigue caracterizando como abuso deshonesto a la penetración del pene en la cavidad bucal de una persona, cuando obviamente constituye el mismo nivel de agresión sexual que el acceso carnal”, (opinión del Senador Yoma, en la p. 1622 de la misma obra), agregando más adelante el mismo legislador que quiere dejar perfectamente en claro que la modificación que se propone para el art. 119 del Código Penal, ( que fue finalmente aprobada y es el actual texto vigente), contempla a la penetración con cualquier objeto, con fines sexuales y en cualquier cavidad. Las

posteriores intervenciones de los Senadores Maya, Genoud y Molinari Romero, son todas coincidentes en ese mismo sentido. (ob. cit. p. 1623 a 1628).

Es cierto, tal como señala la Defensa que se planteó la necesidad de aprobar la reforma sin mayores dilaciones (Senador Maya, en p. 1624), pero no porque existieran dudas sobre la incorporación de la *fellatio* como medio de cometer el delito de Violación, sino porque cualquier modificación tendiente a introducir la figura en el texto que llegaba de Diputados, hubiera derivado en una demora en el trámite legislativo, que los miembros del Congreso Nacional, no querían producir, tal como lo admite el Senador Yoma, cuando deja sentada la opinión que se indicara anteriormente, para evitar que “alguna interpretación jurisprudencial pueda no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al proponer esta reforma”. (ob. cit. p. 1623). No es menor señalar que en todo el trámite legislativo de ambas Cámaras, no existe una sola posición contraria a considerar a la *fellatio in ore*, como incluida en el tipo penal de la Violación.

Me he permitido realizar éste repaso sobre los antecedentes legislativos de la Ley 25.087, porque entiendo que los Jueces deben atender a la aplicación de la Ley, tal como la ha elaborado el legislador, salvo que se advierta manifiesta colisión con el texto constitucional, cuyo por cierto no es el caso de autos. “El Juez en el sistema de separación de poderes, tal como el establecido en la Constitución, debe aplicar la ley, o sea, juzgar según la ley, *más no juzgar a la Ley*, salvo el caso en que se la impugne como anticonstitucional” (Bielsa, Rafael; “Metodología Jurídica”, p. 446, Ed. Castellví).

A su vez, la Corte Suprema ha declarado que en principio, la opinión expuesta en las Cámaras legislativas por los miembros informantes, durante la consideración de los proyectos de Ley, son fuente de interpretación auténtica de éstas en su

significación y alcances (Fallos, 114:28), afirmando también que la primera regla de interpretación de las Leyes, es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o de su espíritu” (Fallos 150:151), máxime cuando esa intención surge de la exposición de motivos (Fallos 111:330) o en el proceso de discusión de la Ley (Fallos, 114:298).

Entiendo entonces que en el estado actual de la legislación vigente, no pueden existir dudas que la *fellatio in ore*, o penetración del órgano sexual masculino en la cavidad bucal de otra persona, cometido contra un 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, constituye acción que resulta típica a los fines del art. 119 tercer párrafo del Código Penal.

En función de tales argumentos y los expuestos por el Sr. Ministro preopinante, a los cuales adhiero, voto por el rechazo del Recurso de Casación planteado por la Sra. Defensora Oficial.

**El Señor Ministro, Dr. Hector Tievas, dijo:**

Que conforme al estado procesal de la causa correspondiente a la resolución del recurso de casación planteada contra la sentencia N° 6535/05 dictada por la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, coincidiendo en todo lo manifestado en la narración de los hechos realizados por los Señores Ministros que me preceden, como también coincido y comparto las consideraciones y conclusiones realizadas por los mismos, todo ello en los términos de lo normado en el segundo párrafo del art. 365 del C.P.P..

Voto en consecuencia por el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa oficial de Juan Dionisio Medina.

**La Señora Ministro, Dra. Arminda del Carmen Colman dijo:**

Que en la oportunidad procesal oportuna vengo a emitir mi voto en estos obrados, manifestando mi adhesión a las opiniones de los señores Ministros que me preceden en el orden de votación por compartir lo por ellos señalado; asimismo comparto la solución que propugnan respecto a rechazar el recurso de casación incoado en autos.

Que tal solución se impone luego de analizar detenidamente los agravios que postula la defensa para que la sentencia condenatoria sea modificada.

Que con respecto al agravio que se refiere a la intoxicación alcohólica que presentaba Juan Dionisio Medina al momento del ilícito y que, según palabras de la defensa, debiera haber llevado a su absolución por no estar en condiciones de comprender la criminalidad de sus actos y de poder dirigir sus acciones, cae con la sola lectura de las constancias obrantes en la causa y que metódica y prolijamente fueron reunidos por el Juez Castillo Giraudo en su voto. Mismas situaciones que fueron tomadas en cuenta y sabiamente ampliadas y analizadas por el señor Ministro que votara en primer termino.

Que se encuentra fuera de discusión el hecho de que la acción ilícita desplegada por Medina es factible de ser analizada por el derecho penal, lo que se discute es si éste debe responder o no por esas acciones, lo que hace girar el problema a la esfera de la culpabilidad.

Que es requisito para la aplicación de la eximente prevista en el artículo 34 inciso 1ro. del Código Penal que la ebriedad haya sido involuntaria y completa, no correspondiendo que dicha situación de exclusión de la culpabilidad sea presumida (tal como parece quererlo la defensa), y es que las mismas deben ser objeto de prueba y del correspondiente análisis en el marco del proceso. Ello es justamente lo que ha

ocurrido en autos, donde la actividad del Ministerio Fiscal en todas sus instancias ha sido encardinada a asegurar las constancias pertinentes – informes médicos, psicológicos, testimoniales e indiciarias – que demuestren en forma indubitable que al momento de la acción reprobada penalmente Medina comprendía la criminalidad de sus actos y dirigía plenamente sus acciones, siendo tal postura la recogida por los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, en ejercicio de la sana crítica racional, al momento de dictar el fallo ahora cuestionado.

Que como consecuencia de todo lo dicho no queda mas que desestimar el agravio referenciado.

Que en lo que hace al segundo agravio de la defensa, bien dice el doctor Coll que es la primera vez que este Alto Cuerpo tiene en consideración el alcance del artículo 119 en sus párrafos primero y tercero y en lo que se refiere a la *fellatio in ore* por lo que me parece necesario realizar unos comentarios a los fines de dejar asentado con claridad mi posición en este espinoso tema.

Que particularmente no entiendo que se desprenda de la norma penal examinada un marco de dudas e incertidumbres y que dicho estado no se alcance a clarificar con el análisis de la auténtica intención que tuvo el legislador al sancionarla. Porque si hay una realidad incontestable es el claro intento del legislador por incluir con la Ley N° 25.087 el tipo de conducta bajo análisis en la agravante prevista por el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal. En este sentido, oportunamente resultaron de amplia trascendencia los claros motivos que impulsaron la reforma operada, entre los que precisamente se destaca el intento de incluir la "*fellatio in ore*" como un modo más de acceso carnal.

Que la Corte Suprema de la Nación ya ha delineado con magistrales palabras que es regla de interpretación de las leyes el dar pleno efecto a la intención del

legislador, indagándose su verdadero alcance mediante un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y los fines que las informan, propósito que no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, como servidores del derecho que son para la realización de la justicia, no deben prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (CSJN Fallos 310:149, 572, 799, 1390, 1797; 313:1293), para así evitar que la inteligencia exegética desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción (Fallos 310:500, 937).

Que sobre lo referente a la voluntad del legislador al sancionar la Ley N° 25.087 el mismo es un tópico ya abordado y agotado por el doctor Coll en su voto. Simplemente quiero hacer notar que dicha postura se ve robustecida por el cambio doctrinal que las palabras del nuevo artículo 119 acarrearán en el pensamiento de dos autores que, antes de la reforma, se inclinaban por entender a la *fellatio in ore* fuera de la categoría de acceso carnal.

Carlos CREUS sostenía antes de la reforma que "*el hecho (violación) se consuma con el acceso, esto es con la penetración del miembro viril en el orificio vaginal o anal...*" (Conf. *Derecho Penal*, Parte Especial, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 194). Luego de la sanción de la Ley N° 25.087 señala que "...no faltarán quienes sigan negándose a calificar como acceso carnal al coito bucal, pese a la expresión - por cualquier vía -, no obstante que la inclusión de esos casos fue uno de los motivos que al legislador le suscitó el deseo de reforma" (*Delitos Sexuales Según la Ley 25.087*, JA 1999-III-807).

Que la misma situación se plantea con Alfredo ACHAVAL quien señalaba críticamente allá por 1.992 que "*Si continuamos cambiando el concepto de acceso carnal de acuerdo a los pareceres, conceptos y preconcepciones, llegaremos a absorber*

*el delito de abuso deshonesto y el de corrupción en la cada vez más amplia figura del delito de violación....*". Puntualmente criticaba la postura de algunos autores que ya incluían la *fellatio in ore* en la figura de la violación (caso de FONTAN BALESTRA por ejemplo) sosteniendo que adoptar dicha opinión importaba cuanto menos un sofisma jurídico basado en interpretaciones personales ajenas a la norma (Conf. Alfredo Achával, *Delito de Violación*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 195/198).

Pero la sanción de la Ley N° 25.087 también obliga a este último autor a mutar su pensamiento, para pasar a señalar ahora que la expresión "acceso carnal" significa llegar, tener paso o entrar en la "carne" de quien es la víctima, y que el agregado "por cualquier vía" hace referencia a la existencia de vías con capacidad inmisiva y receptiva. Por lo que ahora no hay dudas de que se ha agregado "*...la boca, que si bien tiene capacidad inmisiva, también tiene capacidad activa en forma indiferente por ambos sexos*" (Conf. ACHAVAL, Alfredo, *Las modificaciones al artículo 119 del Código Penal efectuadas por la ley 25.087*, JA 1999-III-1021).

Que en consecuencia, luego de la reforma operada por la ley N° 25.087, no me quedan dudas de que la *fellatio in ore* ha quedado comprendida en el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal, al haberse hecho referencia expresa al "acceso carnal por cualquier vía"; constituyendo ahora uno de los accesos carnales típicos del delito de violación, por lo que este motivo de agravio también debe ser rechazado.

Que en definitiva y atento los argumentos desarrollados, así como lo decidido por los señores Ministros que me anteceden en el orden de votación a los que, reitero, me adhiero en su totalidad, voto por el rechazo del recurso de Casación incoado por la defensa de Juan Dionisio Medina, sin regulación de honorarios por haber intervenido la defensa oficial.

**El Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang, dijo:**

Creo que a los efectos de una mejor solución, debe invertirse el orden argumental. Ello es así puesto que de admitirse la defensa de ebriedad completa, sería innecesario entrar al planteo de la calificación legal.-

En punto a ebriedad concuerdo con quienes me preceden en la votación. A la exculpante de ebriedad completa se llega a través del dispositivo del art. 34 inc. 1ª del C. Penal. Tal la jurisprudencia de nuestras Cámaras Penales y del Superior Tribunal. El Ministerio Fiscal ha negado criteriosamente la posibilidad cierta de aplicarla. El hecho de introducir en el pantalón el miembro viril al ser sorprendido revela a todas luces una apreciación crítica de la situación, lo que es incompatible con la carencia de posibilidad valorativa. El imputado sabía de su accionar contrario a derecho y pretendió ocultarlo. Que estaba borracho no cabe duda, pero que esa borrachera lo colocara en situación de inimputable es cosa que no puede aceptarse. Un especialista como Cabello (ver su “Psiquiatría Forense en el Derecho Penal”, T. 2ª, P 84) acepta que hay un grado de ebriedad exculpante (es el segundo en su conceptualización) que se provoca cuando hay incoordinación motora, inestabilidad corporal y pérdida del ejercicio crítico. Bonnet (“Medicina legal”, “Tomo Único”, P. 651) coloca la ebriedad completa en el tercer grado de la escala, como un trastorno mental transitorio completo ebrioso de comienzo con “alteraciones del juicio crítico respecto de la propia persona y del ambiente”. Vemos entonces que no ha existido esa alteración del juicio crítico. Sabía que obraba mal y por eso la maniobra de ocultación. Amen del ocultamiento del miembro viril dijo que “nada había pasado” y ello apunta indudablemente a que hizo un juicio valorativo de su posición comprometida al ser sorprendido abusando sexualmente del menor.-

En cuanto al tema de la necesidad del análisis de alcoholemia, como señala Cabello (op. Cit., P101), el método biológico (búsqueda de la concentración hemática del tóxico) depende de las variantes personales de quién ingiere y solo tiene importancia supletoria. La misma concentración alcohólica en sangre puede tener efecto diferente según la persona. Cada individuo reacciona al alcohol según un coeficiente personal, imposible de establecer de antemano.-

De manera que la ebriedad y su grado pueden mostrarse mejor a través del método clínico. En este sentido el informe de fs. 11, del médico forense (introducido al debate) y del que hace gala el Juez de Cámara preopinante es significativo mas allá del lapso temporal entre el hecho y la examinación.-

Corresponde ahora el tratamiento de la concreta actividad que se imputa a Medina, a efectos de determinar que tipo de abuso sexual constituye (violación o mero abuso).-

La conducta sobre la que no hay discrepancias, consistió en la introducción del miembro viril en la boca del niño, actividad en la que resulta sorprendido y obligado a cesarla.-

Hay dos argumentos que sostienen el recurso y que voy a examinar. El uno refiere, dentro de la interpretación de la norma penal, a su carácter restrictivo. El otro recae en las costumbres o actitudes de la sociedad frente al sexo, lo que adquirirá particular importancia en éste caso para considerar, restringiendo o ampliando la definición de la violación (o acceso carnal por cualquier vía como dice la ley).-

Respecto de la primera cuestión señalo que mucha de la opinión doctrinaria que sustenta el recurso es derivada de la interpretación de la regla antecedente y original del Código Penal. La agregación de la expresión “cualquier vía”, cambia evidentemente el panorama interpretativo. Ello es paradigmático al traerse como

fundante la opinión de Creus que era una antes y otra después de la reforma. Así nos dice (“Delitos Sexuales según la ley 25087”, J.A., T. III, año 1999, P. 807 y sgtes) que precisamente la incorporada expresión tiene por objeto (según la motivación del legislador) incorporar al tipo el coito bucal. Es cierto que en el debate en el Senado, algunos parlamentarios (serían cuatro) indicaron que el coito oral no sería violación sino abuso sin acceso carnal agravado por el carácter ultrajante de la maniobra, pero ello es solo la opinión individual de algún legislador, no sabemos si es compartida por los demás que votaron el proyecto. En la dificultad que plantea desentrañar de la discusión parlamentaria la intención legislativa (en cuanto cuerpo legisferante). En especial si la Comisión funda el proyecto de una manera y se pretende restringir o ampliar esa interpretación.-

Creo que intentar la interpretación gramatical no deja de ser adecuado. Parfraseando a un Juez anglosajón podemos decir que hay veces que las palabras de la ley significan lo que dicen. En las palabras de la ley no hay discusión sobre “acceso”, es entrada, ingreso, introducción, penetración. Es “vía” lo que provoca la discusión. “Vía” según el Diccionario de la Lengua, en su quinta acepción, es cualquier conducto por donde pasan en el cuerpo del animal, los humores, aire, alimento y residuos digestivos. Desde esta perspectiva, va de suyo, que la boca es una “vía” y resulta difícil encontrar un argumento que la aparte de la definición. Pero también la propia palabra “acceso” en una de sus acepciones equivale a “copula” o “ayuntamiento carnal”. Se puede decir que la interpretación podría llevar a situaciones así ridículas, como el acceso por vía respiratoria, pero ello no modifica la razonabilidad en lo otro. Sin embargo debo aclarar que a mi juicio algunas de las argumentaciones que se efectúan aludiendo a que la boca, no es vía no dejan de ser

perspectivas individuales, sospechosas de intuicionismo, que no parecen cercanas a la ciencia social o sus mejores desarrollos.-

No se puede negar la diversidad de las culturas, la interpretación de los diversos campos de la experiencia que puede referir a todos los aspectos de la existencia, incluidas las relaciones sexuales (Benedict, Ruth; "El hombre y la cultura", P.41, Centro editor América Latina, Bs. As., año 1971). Una cultura es el sistema de vida de un grupo de personas, a la configuración de todas las normas mas o menos estereotipadas de comportamiento aprendido que se transmite generacionalmente por medio de la lengua o la imitación (Barnouw, Víctor; "Cultura y Personalidad", P.18, Edit. Troquel, Bs. As., 1967). La variación en la conducta social de las diferentes sociedades es evidente y se demuestra de inmediato. Los estudios etnológicos revelan la variedad de conductas con respecto a cualquier forma concebible del comportamiento social (Newcomb, Theodore M. "Manual de Psicología Social", T I, P 65, Eudeba, Bs. As, 1981). En la humanidad lo que parece genético es la volatilidad, la plasticidad. Plasticidad que no se da de la misma manera dentro de las comunidades. Esas comunidades usan la cultura de forma semejante (Gelner, Ernest; "Antropología y Política", P 67, Gedisa, Barcelona, 1979). Puntualizó a través de diferentes autores, tanto de la Antropología cultural como de la psicología Social, la diversidad de las culturas y con ello de las actividades humanas entre las que por supuesto están las relaciones sexuales. Porque en general la interpretación restrictiva o ampliada recurre a aspectos biológicos (en realidad no puros sino socializados), sociológicos o de psicología social, buscando algo así como las motivaciones y actividades del hombre medio o de una mayoría (si se quiere "normal") dentro de la comunidad. Pero como encontrar esos motivos y actividades en nuestra sociedad que permitan ampliar o restringir el criterio, en especial en este campo de la sexualidad

ligada al Derecho Penal. En esto, como antes apunté, no parece haber fundamentos serios y la cuestión parece más cercana a preferencias ideológicas que a una definición científica. Hay confusiones como la que señalara Freud y pese a ello perduran, confundir lo genital con lo sexual, siendo esto de más amplitud. Lo genético es más instinto, lo sexual se guía por el principio del placer. Se acota entonces en lo genital a la violación como el acceso por vagina y mediante un argumento, el de que el coito anal es parecido al vaginal, se incluye al mismo, porque una interpretación estricta dejaría fuera del tipo al varón, que nunca podría ser violado por no tener vagina.-

Se debe convenir entonces que lo sexual tiene una concepción más amplia que se sustenta en el principio del placer y excede al marco de lo meramente genital.-

Para nuestra sociedad occidental de cuño europeo nada mejor que bucear precisamente en Freud, cuya psicología (mas social que individual) puede ayudar a determinar a través de un estudio de corte científico que es lo sexual o como se amplía en nuestra sociedad lo sexual a partir de lo genital. Así tanto la boca como el orificio anal pueden tener un significado sexual, el papel de la zona erógena se descubre sin dificultad porque la zona en cuestión se comporta como el aparato genital. Estas zonas erógenas son así aparatos subrogados de lo genital (Freud, Sigmund, “Los Textos Fundamentales del Psicoanálisis”; P.385, Altaza, Barcelona; 1997). De manera que no hay zonas erógenas por haber glándulas de este tenor como piensan o pensaban algunos, sino que las zonas se transforman en erógenas a través de la sexualidad socializada. Siguiendo con el autor (op. Cit, P. 366) el empleo de la boca como órgano sexual se prohíbe como perverso cuando los labios o la lengua entran en contacto con los genitales de otro y no cuando el encuentro es de mucosas labiales. Esas prácticas sin embargo han sido usadas quizás desde los albores de la humanidad. Así

determinadas partes del cuerpo como las mucosas bucales y anales, que aparecen en la práctica sexual, reclaman el derecho a ser tratadas como genitales (op. Cit, P 368).

Con lo que pueden equipararse a la vagina de la mujer

A partir entonces de estas consideraciones no me queda duda que la introducción del miembro viril en la cavidad bucal pueda constituir violación si se dan las demás condiciones del tipo legal.-

Concuerdo así que el recurso no debe prosperar y no se deben regular honorarios por haber actuado la Defensa Oficial.-

Que con las opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Carlos Gerardo González, Ariel Gustavo Coll, Hector Tievas, Arminda del Carmen Colman y Eduardo Manuel Hang, se forma la mayoría que prescribe el artículo 25 de la ley 521 y sus modificatorias y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, por lo que el,

### **EXCMO. TRIBUNAL DE CASACION**

#### **RESUELVE:**

1º) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa de Juan Dionisio Medina. Sin costas, por haber actuado la Defensa Oficial.

2º) Regístrese. Notifíquese y oportunamente bajen los autos al Tribunal de origen.

## Bibliografía

- Achával A, (1.992) Conf. *Delito de Violación*, Abeledo - Perrot, Bs As
- Achával A. (1.999). *Las modificaciones al artículo 119 del código penal efectuadas por la ley 25087: delitos contra la integridad sexual*. Revista jurisprudencia argentina – III.
- Arocena, G A.: -(2001) *Delitos contra la integridad sexual* Advocatus - Cba.
- Balcarce, F I., (1.997) *Derecho Penal Parte Especial, T. 1* Dogmática (Interpretación), Lerner Bogotá.
- Braglia Arias O – Gauna O, (2.007) *Código Penal Comentado y leyes complementaria*, Astrea
- Buompadre, J (2.000). *Derecho Penal Parte Especial* Mave
- Carrara, F., *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, Vol. II 4, Editorial Temis
- Clemente J. L (2.000). *Abusos sexuales*, Lerner
- Creus C - Buompadre J, (2.007). *Derecho Penal. Parte especial*, T. I, Astrea (7ma. ed.), Bs As.
- Creus, C. (1.998). *Derecho Penal Parte Especial*, 6° ed actualizada y ampliada. Astrea
- Cuello Calón, E (1949) *Derecho Penal Parte Especial* Bosh Barcelona

- De Luca, J. - López Casariego, J., (2.008) Título III. *Delitos contra la integridad sexual, Código penal y normas complementarias*, T. IV (al cuidado de Baigún- Zaffaroni), Hammurabi,
- Diccionario Real Academia Española. recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=fellatio+in+ore>
- Discusión en el senado, de la ley 25087, versión provisoria de la sesión del 14/4/1999
- Donna, E A, (2.000), *Delitos contra la integridad Sexual*, edit. R. Culzoni
- Estrella O Godoy Lemos R. (1.995). *Código Penal Parte Especial* . Hammurabi SRL
- Figari, R. E.,( 2003). *Delitos de índole sexual, Doctrina Nacional Actual*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.
- Fontán Balestra C (1.990). *Tratado de Derecho Penal*, t. V, Ed. Abeledo – Perrot, Bs As
- Fontán Balestra C., (2.000) *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Bs. As. Abeledo Perrot.
- Freud, S, (1.997) *Los Textos Fundamentales del Psicoanálisis*; Altaza, Barcelona;
- Freud, S.(2.003). *Obras completas, volumen VII, Amorrortu*, Buenos Aires.
- Gavier E A, (1.999)., *Delitos contra la integridad sexual*, Marcos Lerner Córdoba.
- Grassi, R., (2004) *Alcance del término cualquier vía para configurar el delito de violación*, Doctrina Judicial, La ley, tomo 3.

- Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado C y Baptista L.,P. (2.006). *Metodología de la investigación* (4° ed.) México: McGraw Hill interamericana.
- Laplanche, Jean – Pontalis, Jean-Bertrand, (2000), *Diccionario de Psicoanálisis*, Paidós, Buenos Aires.
- Núñez R C. (1.976), *Manual Parte Especial*. Lerner SRL.
- Núñez, R, (2.008) *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 3ra. edición actualizada por V F Reinaldi. Córdoba, Lerner Editor
- Pandolfi,(1.999) *Delitos contra la Integridad Sexual* (ley 25.087)". La Rocca.
- Parma, C, (2.005) *Abuso sexual. Enfoque interdisciplinario de los lineamientos normativos actuales. Estudios sobre la víctima y el victimario*, ASC, Mza.
- Reinaldi V.F (2.005) *Los Delitos Sexuales En El Código Penal Argentino*.Ley 25087 .2° Ed.actualizada. Marcos Lerner, Córdoba.
- Reinaldi, V, (2005), *Los delitos sexuales en el código penal arg. Ley 25.087*, Lerner (2da. ed), Córdoba.
- Reinaldi, V. (1.999) “Los Delitos Sexual” .Marcos Lerner Córdoba.
- Rombolá, N. y Reboiras, L., (2.005). *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Ruy Díaz, Segunda Edición, Buenos Aires.
- Russo C.(2.004).*El Bien Jurídico En Los Delitos Sexuales* (análisis a la luz de la ley 25087) revista el derecho penal el derecho
- Salvat, Freud. (1.973) *el psicoanálisis*, Salvat, Barcelona.

- Scavone (2.003) *Cómo se escribe una tesis* editorial La Ley.
- Sopena Color (1.994), *Diccionario Ilustrado*, Editorial Sopena Argentina S.A, Buenos Aires.
- Tenca A M. (2.001) *Delitos Sexuales* Astrea. Buenos Aires
- Terrio M C. (2.007). *Debate en torno al derecho penal*. Ed. cathedra Jurídica.
- Villada J L (2.000). *Delitos Contra La Integridad Sexual* Abeledo-perrot. Bs As
- Villada J L. (1.999) *Delitos contra la integridad sexual* . Abeledo Perrot, Buenos Aires
- Villada J L. (2.001) *Reformas al Código Penal Argentino*. Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Yuni J A y Urbano C A. (2.006) *Técnicas para Investigar Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación* Vol. 1; Brujas.

Proyecto de ley:

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4972->

[D-2006](#)

[http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1345/97&nro\\_comision=&tConsulta=3](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1345/97&nro_comision=&tConsulta=3)

Legislación:

Código Penal Argentino.

Ley 25087, del 14 de mayo de 1999 (Reforma del Código Penal)

## Autorización para publicar y difundir

### Tesis de posgrado o grado

### A la universidad siglo 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	TALET, CYNTHIA
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	30.984.162
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	LA <i>FELLATIO IN ORE</i> : Su encuadramiento legal, disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales.
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	c.talet@yahoo.com.ar
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)</i> <sup>[1]</sup>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:**

\_\_\_\_\_   
 Firma

Aclaración:

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: \_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_   
 Firma

\_\_\_\_\_   
 Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

