



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

**LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON
ACCESO CARNAL: LA LLAMADA “VIOLACIÓN INVERSA”**

Leticia Mariel Tornari

Legajo VABG67124

Carrera de Abogacía

2019

1. INTRODUCCION

Durante muchos años no existieron mayores controversias en relación al sujeto activo del antiguo delito de “violación”, siendo pacíficas la doctrina y la jurisprudencia en indicar al hombre como el único capaz de cumplir ese rol.

Tanto es así que el centro de discusión no versaba sobre dicho extremo, sino que se encaminaba por otros rumbos, tales como las vías de acceso o la delimitación del bien jurídico protegido.

Ahora bien, en virtud de la estructura dada por la Ley 25.087¹, modificatoria del Código Penal, y más recientemente por la Ley 27.352², surgen en los delitos contra la integridad sexual una nueva serie de aspectos que merecen ser revisados: bien jurídico, tipos penales, tipo abierto en la interpretación de la fórmula “gravemente ultrajante”, vías de acceso, sujeto activo, entre otros.

Precisamente este trabajo de investigación, circunscribirá el análisis al aspecto de los sujetos. En ese marco se dará por sentado que tanto el hombre como la mujer pueden ser considerados como sujetos pasivos de los delitos contenidos en el tipo y sub-tipo penal analizado. De la misma manera ninguna discusión se admitirá respecto al rol del hombre como sujeto activo de este tipo de ilícitos.

Ahora bien, la problemática se centrará en analizar el supuesto de procedencia de imputación de la mujer como sujeto activo en el delito de abuso sexual con acceso carnal. Analizaré el tipo sistemático en sus aspectos objetivo y subjetivo, deteniéndome especialmente en el análisis del sujeto activo, con el objetivo de ir desgranando las diferentes posturas doctrinarias y los argumentos jurídicos esgrimidos, para intentar arribar a una conclusión que brinde respuesta al interrogante planteado en el problema de investigación.

¹ Ley 25.087 (BO 14/05/1999)

² Ley 27.352 (BO 17/05/2017)

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Puede considerarse a la mujer como sujeto activo en el supuesto tipificado en el artículo 119, párrafo tercero del Código Penal; es decir en el delito de abuso sexual con acceso carnal?

Como se verá en la jurisprudencia y doctrina que se analizarán oportunamente, el problema no es sólo teórico ni académico sino que, si bien en la mayoría de los casos es el hombre quien es considerado como sujeto activo, tanto la reformulación del Código de 1999 como la actual, abren la discusión al momento de interpretar el verbo típico, y el alcance de la protección del bien jurídico.

Circunscribiendo el análisis a lo que aquí interesa, surge a las claras que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos pasivos de la figura analizada; al decir de Soler para poder ser sujeto pasivo sólo basta con que se trate de una persona³. La problemática se suscita respecto del sujeto activo, más precisamente cuando analizamos la circunstancia fáctica del “*hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral*”⁴, claro está mediando las circunstancias del primer párrafo.

Si bien en principio la nueva redacción pareció pretender solucionar el conflicto, lo cierto es que la modificación instrumentada en dicho artículo no logró absolver posiciones, sin que haya aparecido aún una solución uniforme que ponga fin al debate, ya que los problemas de interpretación doctrinarios no parecen haber sido resueltos (Amans y Nager 2009).

Así pues los diversos autores fueron encolumnándose en dos grandes posturas, cobrando cada vez mayor trascendencia aquella tendiente a ampliar el tipo penal de la figura en trato.

³ SOLER, 1976, t.III, p. 293

⁴ Art. 119 del Código Penal de la Nación Argentina: “... La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”

El postulado de esta posición amplia -la cual, más allá de estar en boga en el último tiempo, se cierne aún como la minoritaria- es estimar no sólo al hombre como sujeto activo del delito de “violación”, sino incluir las conductas sexuales que involucrando penetración consideran a la mujer como agente activa, cuestión que ha sido distinguida como “violación inversa”, entre otras denominaciones.

Frente a ella, la tradicional postura de afirmar que solamente al hombre en su calidad de penetrante puede atribuírsele la autoría.

Autor material del hecho, en principio, sólo puede ser el hombre, porque es el único que puede penetrar. Consecuentemente con esta idea, sujeto activo sólo puede ser un hombre, ya que es el que posee, como es obvio, el miembro viril, que sirve para la penetración. (Donna, 2001, p. 67)

Así las cosas, el objetivo preliminar del presente trabajo es brindar un análisis exhaustivo de la problemática planteada a los fines de dilucidar cuál es el verdadero sentido - gramatical, axiológico y/o teleológico- de la norma en cuestión.

En concreto, la problemática y trascendencia del tema elegido radican en la utilidad de interpretación que ante hechos de esta naturaleza, pueden desencadenar implicancias de distinción de justicia y pena ante víctimas similares.

Es decir, la importancia desde el punto de vista práctico recae sobre la protección a las víctimas, quienes ante hechos similares, no deberían ver mermados sus derechos en virtud de la calidad del victimario.

3. HIPOTESIS

La hipótesis sobre la que trabajaré es aquella que responde afirmativamente a la pregunta de investigación, es decir, *la mujer puede ser considerada como sujeto activo del delito de abuso sexual con acceso carnal.*

4. ARGUMENTOS A FAVOR:

Tal como se ha dicho no hay duda alguna que en el ilícito analizado el hombre puede ser sujeto activo del mismo, por su capacidad de penetrar y llevar adelante el coito con la significancia penal que ello implica.

Ahora bien, el cambio legal operado por las leyes 25.087 y 27.352 modifica la estructura del tipo y surgen cuestiones como la planteada en el presente trabajo.

Desde un primer análisis sistemático del tipo penal en cuestión, el código de fondo requiere –con las modalidades descriptas en el párrafo 1° del artículo 119- que haya “acceso carnal por vía anal, vaginal u oral u actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (párrafo 3°, 119, C.P.).

El supuesto que se analiza es la situación de la mujer que, habiéndose aprovechado de las circunstancias enumeradas en el tipo penal básico, tiene relaciones sexuales con una persona de sexo masculino y, más en concreto, un menor de edad.

Numerosos autores, como Jorge Buompadre, se han expresado en lo que podríamos llamar la “tesis amplia” de incluir a la mujer como sujeto activo en el ilícito estudiado.

En este sentido pueden distinguirse las siguientes argumentaciones:

- la propia normativa no hace ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos (activo y pasivo) indiferenciados.

- respecto al término acceso carnal, si bien en su sentido literal y semántico equivale a penetración, eso no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo, puesto que no es éste ni su significado gramatical ni el legal.
- habiéndose trazado una gradación de los comportamientos punibles en extensión a su gravedad, sería un contrasentido admitir la indiferenciación de los sujetos en la figura básica y no hacerlo en la figura agravada; además la razón de la reforma ha residido, fundamentalmente, en la voluntad de ampliar el círculo de posibles sujetos, con lo cual pareciera ser en un principio irrelevante que, tratándose de un comportamiento abusivo, sea un hombre o una mujer el sujeto activo u hombre o mujer la víctima.
- la expresión acceso carnal debe traducirse como equivalente de cópula, coito, acoplamiento sexual, etc. en la que intervienen dos personas, una de las cuales debe ser necesariamente un varón, de manera que se produzca la penetración de su órgano genital en la cavidad vaginal, anal o bucal de la otra persona. De modo que si acceso carnal quiere decir cópula, ayuntamiento, coito, etc. no puede dudarse que esos comportamientos pueden realizarlo tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitualmente entre sí.
- el reemplazo del verbo típico “tuviere” del anterior art. 119 por “hubiere” en el nuevo texto deriva de una interpretación que necesariamente tiene que ser diferente a la que se venía manejando con el tipo penal derogado; el verbo “tener” no posee el mismo significado que el verbo “haber”. Antes la doctrina dominante había considerado al acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima porque era el hombre el único que podía “tener” acceso carnal. En cambio con la nueva redacción ya no se requiere que el autor “tuviere” acceso carnal, sino que en el abuso sexual “hubiere” acceso carnal, vale decir, que la modalidad exige que en el marco del contexto sexual haya habido acceso carnal. De forma tal que serán típicos tanto la penetración de un hombre contra una mujer u otro hombre como cuando el hombre o la mujer se hace penetrar por otro sujeto.

- el bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad sexual de la persona se ve afectada cuando la conducta es llevada a cabo tanto por un hombre o una mujer, pues de lo que se trata en definitiva es que el comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva que vuelve dominante el autor, sea porque la víctima es menor de trece años, sea porque haya utilizado alguno de los medios expresamente determinados en la norma, o porque se trata de una víctima especialmente vulnerable.

En síntesis: acreditándose el verbo típico y las circunstancias objetivas de operatividad de la norma, la inteligencia de la misma permite que cuando se produzcan ambas, puedan ser sujetos activos de abuso sexual con acceso carnal, tanto el hombre como la mujer.

Esto indica que, además de una mayor protección del bien jurídico, se protege la integralidad total de los sujetos pasivos, ya que de no permitirse la situación planteada, distinta sería la solución del caso cuando, a iguales sujetos pasivos, en virtud de la distinción de los sujetos activos, cierta y diametralmente distinta sería su solución; piénsese que esto podría poner en un pie de desigualdad a las víctimas, por la diferenciación de victimarios.

En comunión con lo antes dicho, Víctor Reinaldi considera que ha desaparecido la razón conceptual de que sólo “tiene” acceso carnal el que penetra y no el que padece la penetración, considerada por Nuñez como insalvable, pues la ley ahora no exige que sea el autor el que “tenga” ese acceso, sino que “tiene que haber acceso carnal”.

A ello se le suma la desaparición de la razón histórica, dado por el hecho de que tradicionalmente, la violación ha tenido como sujeto activo al varón, lo que ya no es así.

Como se ve, la concepción amplia del tema radica en la interpretación gramatical de la nueva redacción del tipo objetivo en virtud de las leyes antes descritas, que no muere en un simple análisis del lenguaje como se podría argumentar, sino que va traducida –como se dijera- en una mayor protección del bien jurídico y la igualdad de víctimas en función de que los hechos sean cometidos por distintos géneros de victimarios.

5. ARGUMENTOS EN CONTRA:

Si nos enroláramos en la vereda de la “tesis restrictiva” respecto de la cuestión planteada, deberíamos remitirnos a la interpretación del vocablo “hubiere” que está inexorablemente referida a la actividad del sujeto activo.

Es el autor quien debe acceder: en un derecho penal de acto la imputación de la acción humana reprochada está en cabeza del autor, salvo cuando con claridad se señalan resultados o escenarios ajenos. Si se piensa en contrario se llegaría a paradojas inconcebibles, tales como imaginar que una pareja (hombre-mujer) que abusa con tocamientos de una persona a la que tienen sometida con ataduras, mientras entre ellos mantienen una relación sexual -coito-, estarían cometiendo un abuso agravado por acceso carnal, tan simplemente porque “hubo” acceso carnal.

Asimismo, a los fines de incorporar a la mujer como sujeto activo, no basta con hacer hincapié en la intención del legislador si ello no va acompañado de una redacción respetuosa de las sanas reglas de la gramática, que fuera de ser formalista, contribuye a precisar, más allá que sólo ideas, las conductas delictivas.

Es que no se puede excusar al legislador con su intención, de una mala, deficiente o imprecisa redacción, ni de una gramática imperfecta o, en otros casos, reprochable.

Ahora bien, podríamos afirmar sin rodeos que el Código Penal es un listado cerrado de conductas punibles que desde ese punto de vista limita el accionar de los ciudadanos encargados de ser los operadores del sistema penal; así, establecido cual es el principio general, y cuáles son las excepciones, no sobra recordar que las mismas deben ser dimensionadas con carácter restrictivo y, siendo ello así al intérprete le está vedado el “estiramiento” de un tipo penal, más aún cuando dicha ampliación parece responder a la vocación de un hermeneuta que propone acomodar la letra de la ley a su propia pretensión.

Autores que siguen esta tesis, sostienen que el autor material del hecho sólo puede ser el hombre, porque es el único que puede penetrar y es el que posee el miembro viril que sirve para aquello. En el caso de la mujer la cuestión pasa por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrar.

Por ende, en una interpretación literal en función de una concepción fisiológica/biologicista del ilícito, se estima que quien está dotado para acceder carnalmente es el hombre y no la mujer.

Es que, el sujeto pasivo si bien “tiene acceso carnal”, lo cierto es que lo ha sufrido, siendo que el equívoco en el que cae la tesis amplia reside en olvidar que lo que se penetra o accede son los cuerpos, los recintos, los conductos o lugares con o sin participación de la voluntad del que los custodia; el hecho del que el penetrado sea un recinto orgánico jerarquizado en lo humano con intelecto y volición, no le cambia la calidad de lugar a penetrar, de modo tal que, en contra de la validez universal, llegue a admitírsele la capacidad de sustituir su actividad a la del penetrante, para ser él el que tuviere acceso.

De modo que el hecho de haberse sustituido por las reformas la palabra “tener” por “haber” pasaría a un segundo plano ya que ello no modifica en nada el núcleo central de la figura típica que es lo que realmente importa, además ambas palabras tienen una significación similar.

6. CONCLUSIÓN:

Entiendo que debe primar la tesis amplia.

La fundamentación principal reside básicamente en la protección integral del bien jurídico y de la fórmula penal establecida en el artículo 119 del Código Penal.

Es que, el bien jurídico protegido por el Título III, Capítulo II del Código Penal es sin lugar a dudas la protección a la libertad sexual -entendida ésta como el derecho de la persona de elegir voluntaria y libremente el trato erótico y de determinar su conducta sexual-.

Incluso tal postura es acorde a las nuevas y modernas concepciones sobre el bien jurídico y las relaciones sexuales, ampliando no solo el marco de aplicación sino también de protección y va de la mano con la esencia que inspiró la reforma, ya que justamente, conforme los nuevos paradigmas y concepciones sexuales, se intenta proteger con más amplitud la “integridad” y la libertad sexual de quien es víctima de un hecho aberrante contra dicho bien jurídico.

A su vez, el tipo penal actual que reemplazó a la vieja concepción de “violación”, lo hizo justamente en respuesta grave y firme ante el desenfreno y desprecio de la ola delictiva que tenía y tiene como destinatario al mal llamado “sexo débil” y a la integridad y libertad sexual de los más desprotegidos.

Ergo, la reforma no es caprichosa, y una de las principales consecuencias positivas es poner en pie de igualdad a las víctimas de estos aberrantes tratos.

Aún más: la nueva normativa penal brinda una mayor protección y respuesta -tanto a esas víctimas como a toda la sociedad ante el hecho ilícito cometido, ampliando justamente el marco de imputación, sin violar de modo alguno el principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución Nacional, siendo esta ampliación una respuesta de “aggiornamiento” frente la vetusta normativa, en coherencia y respeto a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y acorde a los más elementales principios del Estado de Derecho.

Repasando los debates legislativos donde se planteó la discusión, se evidencia el espíritu de una parte de los legisladores, quienes al proponer y aprobar la ampliación de los llamados delitos contra la honestidad, establecen el nuevo marco de protección del bien jurídico: delitos contra la libertad sexual.

Sostuvo la diputada Carrió “...el nuevo encuadramiento que se propone, pretende conceptualizar estos delitos teniendo como base que el bien jurídico protegido es la integridad y la dignidad de las personas, independientemente de cualquier otra consideración. Así, se propone modificar la definición del artículo 119 (violación), partiendo de un concepto más amplio y teniendo en consideración la defensa del bien jurídico mencionado”.

Esta cobertura más extensa para la protección de las víctimas es congruente con los Tratados de Derechos Humanos de jerarquía constitucional suscriptos por nuestro país: que no sólo ponen en pie de igualdad a las víctimas de este tipo de delitos sino que también -y en el caso concreto igual de trato- de responsabilidad de los victimarios, sean estos de uno u otro sexo.

Es por ello que la inspiración del legislador al reformar el Código Penal va en concordancia con las nuevas y sistemáticas protecciones positivas, y justifica de ese modo una ampliación del ámbito de protección que tiene su inescindible correlato en la ampliación del sujeto activo o victimario del ilícito en cuestión.

En pos de esa igualdad de trato entre las víctimas de estos perversos hechos, una diferenciación en virtud de la protección del sujeto pasivo y desde un punto de vista típico penal haría caer en la incongruencia de penar más levemente un delito de abuso sexual con acceso carnal donde la víctima es un sujeto del sexo masculino y el victimario una mujer, y más gravemente cuando la situación es inversa; desigualdad injustificada que atenta contra la normativa constitucional e internacional antes citada, desde que la protección en el caso debe ser igualitaria, toda vez que los efectos psicológicos y físicos, emocionales y sexuales sobre la víctima son los mismos en uno y otro caso.

A mayor abundamiento, y en comparación con la estructura de los distintos verbos típicos del Código Penal que establecen el presupuesto “el que matare” (artículo 79 del C.P.), “el que se apoderare ilegítimamente” (art. 162 del C.P.), “el que defraudare” (art. 172 del C.P.), “el que tomare parte de una asociación...” (art. 210 del C.P.), incluso aquellas descripciones penales que requieren “el funcionario público...” (art 248 del C.P.), etc., evidentemente no hacen referencia exclusiva a ningún género o sexo.

Así, no hay un agravamiento del tipo penal, sino sólo una “ampliación” de los sujetos activos, que no debe restringirse al género masculino sino dirigirse a todas las personas sujetas a justicia.

Interpretando la redacción vigente, debe subrayarse que la misma camina por sobre la diferencia de sexos usando la forma verbal “hubiere”, o lo que es igual, “cuando exista”, “cuando se produzca” un acceso carnal; de esta manera claramente se elimina la posibilidad de aplicar la norma solo al varón, que podría haberse entendido en base a la redacción anterior -“cuando tuviere acceso carnal”-, donde la forma verbal personal parecía referirse únicamente al rol funcionalmente "activo" del macho penetrador.

Consecuentemente a lo expuesto, de ningún modo puede sostenerse que únicamente el varón sea sujeto activo del delito de abuso sexual con acceso carnal, cuando es la propia normativa la que no hace distinción alguna del sexo del autor.

Son justamente sujetos (activo y pasivo) indiferenciados.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1 Doctrina

- AMANS C. V. y NAGER H.S. (2009). *“Manual de Derecho Penal Parte Especial”*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.
- BAIGÚN D. y ZAFFARONI E. R. (2010). *“Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”*, t. 4. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- BREGLIA ARIAS O. y GAUNA O. (2001). *“Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- BUOMPADRE J. (2003). *“Derecho Penal. Parte especial”* t. I, segunda edición actualizada. Buenos Aires: Ed. Mave.
- CLEMENTE J. L. (2000). *“Abusos Sexuales”*. Córdoba: Ed. Marcos Lerner.
- D’ALESSIO A. J. y Divito M. A. (2009). *“Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”*, t. II. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.
- DONNA E. A. (2001). *“Delitos contra la integridad sexual”*, segunda edición actualizada. Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- FONTÁN BALESTRA C. (1990) *“Tratado de Derecho Penal”*, t. V. Buenos Aires: Ed. Abeledo – Perrot.
- GAVIER E. A. (2000). *“Delitos contra la integridad sexual”*. Córdoba: Ed. Marcos Lerner.
- HERNANDEZ SAMPIERI R., FERNANEZ COLLADO C. Y BAPTISTA LUCIO M. (2010). *“Metodología de la investigación”*, quinta edición. México: Ed. Mc Graw-Hill.
- La Ley, 1999-B, *“Antecedentes Parlamentarios”*.
- PANDOLFI O.A. (1999). *“Delitos contra la integridad sexual (Ley 25.087)”*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- PARMA C. (1999). *“Delitos contra la integridad sexual”*. Mendoza: Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo.

- REINALDI V. F. (2005) “*Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087*”, segunda edición actualizada con Doctrina y Jurisprudencia Nacional y Extranjera. Córdoba: Ed. Marcos Lerner.
- ROXIN C. (1999) “*Derecho Penal Parte General*”, tomo I. Madrid: Ed. Civitas.
- SOLER S. (1970). “*Derecho Penal Argentino*”. Buenos Aires: Ed. Tea.
- TENCA A. (2001). “*Delitos sexuales*”. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- YUNI J.A Y URBANO C.A. (2014). “*Técnicas para investigar*”. Córdoba: Ed. Brujas

7.2 Legislación

a.- Nacional:

- Código Penal de la Nación Argentina
- Constitución Nacional Argentina: artículos 16, 18 y 75 inciso 22
- Convención de los Derechos del Niño: artículo 19
- Preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos
- Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 5.1
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 24.1

b.- Comparada

- Código Penal de Costa Rica
- Código Penal de España
- Ley Orgánica nº 11/1999, del 30/4/99, capítulo I, “De las Agresiones Sexuales”. España.

7.3 Jurisprudencia

- Tribunal Oral Criminal n° 4 de Morón. “Rodríguez, Marisa Noemí s/ abuso sexual”. Registro N° 72. 2014.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Sala IV. “Rodríguez, Marisa Noemí s/ recurso de casación”. Registro N° 492. 2015.

INDICE

Introducción.....	2
Problema de investigación.....	3
Hipótesis.....	5
Argumentos a favor.....	5
Argumentos en contra.....	8
Conclusión.....	10
Bibliografía.....	13