

de la acción penal y el responsable de sostener la acusación ante el tribunal de juicio. Para ello, debemos contar con todos los poderes necesarios.

Pero ¿cómo puede acusar si no tiene todos esos medios? Debemos superar todas esas hipocresías, todos entendemos que es así, y que es posible la adecuación de los recursos sin que ello signifique, en principio, mayor erogación. Se puede consolidar la autonomía funcional del Ministerio Público para que cumpla verdaderamente con el rol que se impone a la sociedad. No permitamos que nuestra negligencia como hombres de derecho provoque la vuelta del caos, la inseguridad jurídica, debemos brindarle a la sociedad respuestas a sus angustiantes requerimientos de justicia, si no queremos abrir las puertas al infierno de la justicia por mano propia.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, en un fallo reciente, completó la tarea de elaboración doctrinaria sobre el papel del Ministerio Público en el proceso penal mixto y, sobre todo, en la necesaria acusación para habilitar al tribunal al dictado de una sentencia condenatoria, y cerró el círculo persecutorio del Estado al absolver de la culpa y cargo al imputado cuando, en el debate, el fiscal no formuló acusación. Recordemos que la Corte nacional quedó en la puerta al declarar la nulidad de la sentencia condenatoria por falta de acusación fiscal, pero posibilitando el recurso de la causa para un nuevo juzgamiento, intención esta que significa, a nuestro criterio, un regreso al infinito, vulnerándose la garantía constitucional del derecho al recurso entablado solo para el imputado a partir de la reforma de 1994.

Esta decisión significa, entonces, el cumplimiento irrestricto de las nuevas garantías constitucionales del proceso penal y, por ello, transcribimos íntegramente sus partes en la sección de jurisprudencia.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL
(UN PARADIGMA DE LO QUE NO HAY
QUE HACER).
ALGUNAS OBSERVACIONES A LA LEY 25.087
DE REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

Por JORGE E. BUOMPADRE*

§ 1. IDEAS GENERALES SOBRE LA REFORMA

El 7 de mayo de 1999 fue promulgada, por el Poder Ejecutivo Nacional, la ley 25.087 (BO, 14/5/99) que introdujo novedosas e importantes reformas al Título III del Libro II del Código Penal –“Delitos contra la honestidad”–, modificando delitos de viejo cuño, derogando otros cuyo encaje en el marco directriz del moderno derecho penal sexual venía siendo cuestionado por la doctrina penal contemporánea y, en fin, incorporando nuevas figuras que no aparecen registradas entre los antecedentes de nuestra codificación penal.

La reforma, en general, ha significado un cierto (aunque tímido) avance en materia de delitos sexuales, fundamentalmente porque su contenido responde a las exigencias de un derecho penal propio de un estado de derecho consecuente con los lineamientos programáticos de la reforma constitucional de 1994, que están orientados, ciertamente, hacia un Estado protector de las libertades individuales, entre las que se in-

* Profesor titular de Derecho Penal, Parte especial, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

muerta, precisamente, la libertad sexual. Esto es así, independientemente del mayor o menor rigor técnico con que la tarea legislativa ha sido realizada.

Sin embargo, aun cuando la nueva legislación —como decimos— ha significado un cierto avance en la lucha contra la delincuencia sexual, no creemos que haya satisfecho las exigencias del momento ni manifieste una exacta correspondencia con los principios básicos de un derecho penal democrático y pluralista, como son, ciertamente, los principios de legalidad y de mínima intervención, según veremos cuando analicemos algunas cuestiones particulares de ella. Es más, en algunos aspectos, esta reforma da la impresión de conformar un mecanismo que se inserta en el centro del fenómeno que ha dado en llamarse la “huida hacia el derecho penal”, esto es, en la creencia de que el derecho penal —a manera de solución mágica— es la herramienta que da solución a algunos o a todos los problemas de la sociedad.

Sin duda, el principal objetivo de la reforma ha sido el de crear un instrumento eficaz de lucha contra la conducta desviada y socialmente dañosa en el campo de lo sexual. Sin embargo, solo la aplicación práctica de este instrumento nos permitirá percibir y evaluar si se han logrado o no dichos objetivos.

§ 2. LA INTEGRIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El punto de partida de toda discusión dogmática y político criminal es el bien jurídico en tanto implica un criterio severamente limitativo del poder punitivo del Estado. Es decir que el derecho penal encuentra un verdadero dique de contención en la idea de que solo está llamado a proteger bienes jurídicos (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos). El derecho penal en un estado democrático de derecho —bien viene recordarlo— no puede castigar cualquier conducta, sino solo aquella socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro

las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos, esto es, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos¹.

La regulación de los delitos que acomete la reforma que venimos comentando, sin duda, responde a una necesidad social que venía siendo reclamada, cada vez con mayor vigor, en los últimos tiempos. La reformulación de los tipos vigentes desde 1921 era necesaria, a partir, inclusive, de la propia denominación del Título. Con la reforma se sustituye la vieja rúbrica “Delitos contra la honestidad” por la de “Delitos contra la integridad sexual”.

De esta manera, ha desaparecido del texto legal el anacrónico concepto de honestidad como punto de referencia para delimitar el contenido y alcance de los distintos tipos delictivos previstos en el Título III del Código Penal. La nueva legislación ha receptado, en esta parte, la crítica que la doctrina había formulado al concepto de honestidad, cuya característica más acusada era la de reconducir toda la discusión planteada en el ámbito de la sexualidad a la confusión entre moral y derecho, es decir, entre lo que la moral prohíbe y lo que la ley penal debe castigar². La idea de honestidad, entendida como un sentimiento de recato o de pudor, o como la expresión de una moral sexual (una cierta moral sexual) dominante en un contexto social determinado³ contrastaba con los principios más elementales de un derecho penal consecuente con un estado de derecho democrático y pluralista. Una sociedad que admite el pluralismo —se tiene dicho— no puede elevar a la condición de bien jurídico, digno de protección penal, sentimientos internos o una determinada concepción de la moral sexual⁴.

¹ GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p. 264.

² SAINZ CANTERO, José A., “La reforma del derecho penal sexual”, *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 864.

³ Confr. nuestra crítica al concepto de honestidad en BUOMPADRE, Jorge E., *Curso de derecho penal*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, ps. 254 y siguientes.

⁴ RUIZ ANTÓN, Luis F., *Código Penal comentado*, coord. por Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, Akal, Torrejón de Ardoz, Madrid

El nuevo concepto "integridad sexual", si bien ha implicado una superación del viejo y equívoco concepto de honestidad, cuya interpretación llevó necesariamente a teñir la norma jurídica de un sentido moralizante, por su propia ambigüedad importará también una invitación a interpretaciones dispares y contradictorias respecto del criterio orientador político criminal que supone la denominación del bien jurídico.

¿Qué significa integridad sexual?, ¿cuál es su alcance y contenido?, ¿la expresión hace referencia al aspecto físico-anatómico- de la persona (interpretación que nos regresaría a la vieja y superada cuestión de la virginidad), o también al aspecto psíquico?

Lo que parece haber abandonado este nuevo concepto son las referencias a sentimientos de pudor, recato, reputación, buenas costumbres, castidad, honor del varón o de la familia, etc., propios del mundo masculino y que se consideraban equivalentes a la hoy abandonada honestidad. La idea de integridad sexual—según se desprende de la propia discusión parlamentaria— hace referencia a la libertad de toda persona para decidir sobre su vida sexual, vale decir, tiene en cuenta el respeto al derecho de cada persona de tener un normal desarrollo sexual, corporal y psíquico, que constituya una verdadera madurez para la sexualidad (diputada Gutiérrez); o bien, como equivalente a integridad física y psíquica, dignidad personal y libre decisión de la víctima (diputado Cafferata Nore); o bien, como la autodeterminación como mujeres, como personas libres para decidir sobre su sexualidad, estos delitos configuran agresiones contra la integridad y dignidad de las personas (diputada Carrió).

Como se puede apreciar, de la opinión del legislador pareciera surgir la idea de que la noción de integridad sexual configura un aspecto de un bien jurídico más general: la libertad personal, en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad. La imprecisión de los legisladores a la hora de dotar de contenido

1990, p. 429; en el mismo sentido BOIX REIG, Javier, "De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual", *Mujer y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, ps. 11 y siguientes.

al bien jurídico creado es patente. Todos los delitos (o, al menos, en su gran mayoría) configuran una lesión a la dignidad de la persona humana, a su integridad física o psíquica, o a su libertad personal, de manera que identificar el concepto de integridad sexual con estos otros valores del individuo—que ya se encuentran, por otra parte, protegidos en el Código Penal—, solo consigue dotar al concepto de un contenido tan amplio, vago y complejo que a la postre resulta indefinible.

No obstante, siempre en el afán de lograr una noción que nos oriente en la exacta comprensión del bien jurídico que se pretende proteger, creemos que la integridad sexual hace referencia a un aspecto de la libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad. Como con acierto se ha apuntado en la doctrina comparada, la orientación teleológica de los tipos penales (en nuestro caso, los delitos contemplados en el Título III), con relación a los adultos, se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual; con respecto a los menores que todavía carecen de capacidad de análisis para decidir responsablemente en el ámbito sexual, los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, preservándolos de lastres y traumas impuestos por terceros. En este último ámbito, el bien jurídico protegido es la libertad sexual potencial, *in fieri*⁶. Poco importa, entonces, que en el marco conceptual de la expresión integridad sexual el discurso abarque ciertos valores individuales como inviolabilidad física o

⁶ MORALES PRATS, Fermín, y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Delitos contra la libertad sexual*, dir. Gonzalo Quintero Olivares, coord. José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 229. En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Bosch, Barcelona, 1981, quien, en p. 239, dice: "un derecho penal sexual arraigado en los principios pluralistas se limita a proteger, también en los menores, su libertad individual. Ello implica configurar unos tipos en los que de lo que se protege primordialmente es del abuso que el sujeto activo realiza de una voluntad individual no desarrollada, incapaz aún de realizar, con ciertas dosis de autonomía, funciones de deliberación, decisión y asunción de responsabilidad por sus propias actuaciones, en el campo sexual".



psíquica de la persona, intangibilidad sexual (CONTIERI, GONZÁLEZ RUS, CARMONA SALGADO, etc.), correcta educación sexual o asistencia psíquica (POLAINO NAVARRETE), indemnidad sexual (COBO DEL ROSAL) o intimidad personal (ORTS BERENGUER).

En nuestra opinión, integridad sexual, como bien jurídico protegido, debe ser entendido como libertad sexual del individuo, esto es, como su autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que también se ataca cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción (incapaces, enajenados, etc.). La opción más preferible hubiera sido, por tanto, seleccionar la libertad sexual como el bien jurídico protegido en estos delitos.

§ 3. LOS ABUSOS SEXUALES

Por razones de espacio, solo hemos de efectuar algunas reflexiones sobre las figuras descritas en los arts. 119 y 120 del Código Penal.

Con respecto a estos delitos de nuevo cuño, no muy afortunada ha sido la técnica legislativa empleada para la creación de dichas estructuras típicas. En vez de tipificar las distintas figuras en disposiciones independientes y diferenciadas, que faciliten su lectura e interpretación, se las ha reunido en un solo artículo —el 119—, circunstancia que generará, sin dudas, un abanico de especulaciones a la hora en que la norma deba aplicarse al caso concreto. El escaso rigor técnico con que se ha encarado esta reforma nos muestra un capítulo delineado por figuras específicas y progresivas constituidas por un tipo genérico o rector —el abuso sexual— (antiguo abuso deshonesto) a partir del cual se construye un esquema de subtipos agravados, que se caracterizan por tener una escala penal variable que se incrementa a medida que aumenta el disvalor de la conducta o del resultado o por concurrir en el autor una especial cualificación que se encuentra expresamente descrita en la norma.

El primer párrafo del nuevo art. 119 contempla el delito de *“abuso sexual simple”*, castigando a quien abusara sexual-

mente de persona de uno u otro sexo cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediara 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.

En orden a la minoridad, se extiende el límite de edad de la víctima (que en el texto anterior era de 12 años) a 13 años. Este aumento de la edad límite nos parece irrazonable, no solo frente al estado actual de nuestra sociedad, sino al enorme desarrollo que la educación sexual de los jóvenes ha experimentado en los últimos años. Con arreglo al nuevo texto, se puede presentar el absurdo de que cuando la conducta sexual haya sido realizada con el consentimiento de la víctima (aunque inválido a los efectos penales), entre una menor que esté por cumplir los 13 años de edad y un varón de 18, se cometa el delito que estamos analizando. El juego amoroso entre menores sería punible para este Título, pues no debemos olvidar que el abuso sexual no consiste en otra cosa que en tocamientos, manoseos, etc., de las partes sexuales de la otra persona. ¡Y qué decir si hubo acceso carnal! Nos parece que hubiera sido preferible mantener la edad de la fórmula anterior.

Otro aspecto que nos parece preocupante del nuevo texto es la expresión *“o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”*. Con esta fórmula, al parecer, se ha pretendido superar el problema probatorio que presentaban las circunstancias enumeradas en los incs. 2º y 3º del artículo anterior, en el sentido de que, en los procesos judiciales por estos delitos, generalmente se ponía en cabeza de la víctima la prueba de haber ofrecido la suficiente resistencia al ataque criminal o que existieron circunstancias que le impidieron resistir. Con la nueva redacción, los antiguos conceptos de fuerza, intimidación, resistencia, etc., aparecen ampliados por ciertos factores que anulan el libre consentimiento de la víctima. De manera que, hoy por hoy, la prueba de la resistencia al acto criminal ha pasado a convertirse en la prueba de la imposibilidad de consentir libremente la acción, o de que la voluntad de la víctima ha sido quebrada por alguno de los supuestos de abusos coactivos o intimidatorios previstos en el nuevo artículo.

De manera que, como puede verse, esta nueva formulación poco y nada ha avanzado frente al viejo texto. Al contrario, una regulación tan abierta puede llevar la interpretación del tipo penal —y, por ende, su aplicación práctica— a límites insospechados, que autoricen inferir que cualquier situación de desmejoramiento de una relación laboral —privada o pública— o de poder entre las partes involucradas permita encontrarse frente a la ocasión propicia para realizar una denuncia penal por abuso sexual, con lo cual siempre se estaría corriendo el riesgo de que tales situaciones sean utilizadas con meras finalidades extorsivas.

Una tipología tan abierta compromete, sin duda, las garantías emergentes del principio de legalidad, que exige, entre otras, claridad y exhaustividad en la descripción de la materia de prohibición. Muy gráficas han sido en este sentido las manifestaciones del diputado Quinzio en oportunidad de discutirse el proyecto de reformas, al expresar: “¡Vaya uno a saber qué significa ‘no poder consentir libremente la acción!’”, trayendo a colación un ejemplo que demuestra no solo la equivocidad de la frase aludida, sino los peligros que su indeterminación puede acarrear a la seguridad jurídica: “una mujer querrela a su amante porque estaba tan excitada que no pudo consentir libremente, sino dominada ya por el deseo”.

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

El segundo párrafo del art. 119 prescribe una agravante para el abuso sexual simple cuando, por su duración o cir-

cunstancias de su realización (¿?), hubiese configurado un “*sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*”.

La disposición plantea algunos interrogantes difíciles de responder. ¿Cuáles son los tiempos mínimos y máximos de duración y cómo debe entenderse la ambigua frase “*circunstancias de su realización*”, para que el abuso sexual simple se convierta en abuso sexual grave? ¿Acaso no implica un trato sexual gravemente ultrajante someter a la víctima a conductas sexuales mediante violencia o cualquier otro medio de coerción, independientemente del tiempo que haya durado el ataque criminal? Nos parece que la amplitud del texto legal importa un verdadero permiso a la discrecionalidad judicial, que podría convertirse en muchos de los casos en auténtica arbitrariedad, reñida con las más básicas reglas de un estado de derecho, más aún si tenemos en cuenta la gravedad de la escala penal existente entre la figura simple y la agravada, situación que impediría, ciertamente, la excarcelación del imputado durante el proceso.

El tercer párrafo del mismo artículo incrementa aún más la pena (reagravante) cuando, mediando las circunstancias previstas para el abuso sexual simple, “*hubiere acceso carnal por cualquier vía*”. Esta disposición hace referencia al antiguo delito de violación, aunque sin recibir ya dicha denominación debido a la derogación de las rúbricas que se hace en el art. 1º, inc. 2º de la ley. El delito, entonces, podría pasar a denominarse “*abuso sexual agravado por el acceso carnal*”.

En esta hipótesis, la nueva legislación ha ampliado enormemente el campo de aplicación de la norma (anteriormente solo reconducible al coito vaginal y anal) a otros supuestos no contemplados en nuestros precedentes, como son ciertamente los supuestos de abusos coactivos o intimidatorios de una relación de dependencia, de autoridad o poder, aun cuando tales supuestos puedan quedar comprendidos en los casos de fuerza e intimidación que ya estaban previstos en el texto anterior. Con la nueva formulación quedan abarcados por la reagravante aquellos supuestos de acceso carnal logrados valiéndose el autor de algunas de estas situaciones, sea en el marco de una relación laboral, en grupos sectarios, cárceles, hospitales, centros de salud, etcétera.

Los problemas habrán de suscitarse, eso sí, a la hora en que deba interpretarse el alcance y contenido de la expresión, tan ambigua como equívoca, "*hubiere acceso carnal por cualquier vía*".

Dos son las diferencias que advertimos frente al texto derogado: la primera reside en la clase de verbo que colorea al tipo; mientras el anterior art. 119 empleaba el verbo "tuviera", la nueva redacción dice "*hubiere*", los cuales, al parecer, tienen significados diferentes. En el primer caso, recordamos, la doctrina dominante había entendido al acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima y casi unánimemente se había sostenido —sin perjuicio de nuestra posición en contrario⁶— que solo el hombre podía ser sujeto activo del delito, porque era el único que podía "tener" acceso carnal. Con la nueva normativa, el cambio de verbo pareciera indicar que ya no se requiere que el autor "tenga" acceso carnal, sino que "*en*" el abuso sexual "*hubiere*" acceso carnal, circunstancia de la cual puede inferirse que tanto el hombre como la mujer pueden ser autores del delito. En el derecho español, frente a un texto que plantea similar cuestión, la doctrina ha sostenido este criterio⁷.

Si bien es cierto que en la legislación española, a diferencia de la nuestra, se hace claramente la distinción entre acceso carnal y penetración, entre nosotros —si seguimos esta línea interpretativa—, bien podría darse al concepto de acceso carnal del art. 119 una interpretación equivalente a coito vaginal heterosexual, vale decir, al acoplamiento de los órganos genitales de un hombre con una mujer, al que deberíamos añadir la posibilidad del acoplamiento por vía anal teniendo en cuenta de que el párrafo 1º del mencionado artículo hace referencia a "*persona de uno u otro sexo*". Si seguimos esta línea de pen-

⁶ BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., ps. 263 y siguientes.

⁷ CARMONA SALGADO, Concepción, *Curso de derecho penal español*, "Parte especial", Marcial Pons, Madrid, 1996, vol. 1, ps. 304 y ss.; ver también ORTIZ BERENGUER, Enrique, "Abusos y agresiones sexuales en el proyecto de Código Penal de 1994", en *Mujer...*, ps. 25 y siguientes. El Código Penal español establece en el art. 179 que: "cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años" (el destacado nos pertenece).

samiento, que nos parece la correcta, queda claro entonces que la mujer también puede ser sujeto activo del delito que estamos comentando, ya que en el acto sexual "*hubo*" acceso carnal.

En cualquier caso, al no hacer ninguna referencia el tipo penal a la voz penetración sino solo a acceso carnal, creemos que se mantiene viva la polémica que en su día se originó, con motivo del texto derogado, con respecto a la *fellatio in ore*, la cual, paradójicamente, tampoco aparece expresamente en la nueva normativa⁸.

La segunda gran diferencia con el texto derogado estriba en la incorporación de la frase "*por cualquier vía*", que instalará, sin duda, nuevamente el debate que se había planteado en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre los actos de felación.

Si abrevamos en los antecedentes parlamentarios de la norma, la conclusión debería ser que la *fellatio in ore* está comprendida en el art. 119, pues ese ha sido, en esta parte, el objetivo fundamental de la reforma. Pero, si tal ha sido el propósito del legislador, ¿por qué no se introdujo expresamente esta modalidad en la norma, dejando en cambio abierta una puerta para que por ella se deslicen las más dispares interpretaciones? Se trata, a nuestro modo de ver, de una desafortunada redacción del artículo, pues no hay que agudizar mucho el ingenio para percibir que la expresión "*por cualquier vía*" puede ser legítimamente interpretada con una visión tan amplia (recordemos que donde la ley no distingue...) que la penetración del pene por cualquier vía, sean naturales (orificios nasales y auditivos) o artificiales (heridas, cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales de sujetos transexuales, etc.) conduzca a la aplicación de la agravante. Si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, puede interpretarse que tal omisión se ha debido a la intención de que "también" otros supuestos —además de la *fellatio in ore*— queden abarcados por el tipo calificado, conclusión que nos parece no solo un verdadero despropósito, sino una grave afectación al principio de legalidad. Nuevamente los límites a la interpretación del tipo penal deberán provenir de la práctica judicial, cuando lo correcto hubiera sido que se introduzca en

⁸ BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., ps. 261 y siguientes.

el mismo artículo la reforma pretendida, de manera tal que el ciudadano sepa claramente de antemano cuál es la conducta prohibida. Si la intención fue penalizar a título de abuso sexual calificado por el acceso carnal (violación, en la antigua expresión) la *fellatio in ore*, se debió hacerlo expresamente y sin ningún tipo de ambigüedades, pues esto es lo que corresponde a un programa político criminal serio y responsable.

En síntesis, seguimos creyendo —como lo venimos haciendo desde hace bastante tiempo⁹— que la *fellatio in ore* no era violación (en el texto anterior), ni configura actualmente un supuesto de abuso sexual agravado por el acceso carnal.

Tenemos dos razones para sostener esta postura: una, que si como dijimos anteriormente, el legislador tuvo la oportunidad de introducir expresamente en la disposición del art. 119 los supuestos de felación y no lo hizo, es seguramente porque ha preferido dejar esta cuestión al margen de la tipicidad del delito que examinamos (se trata de un caso en el que la voluntad de ley excede la del legislador); la otra, que la *fellatio in ore* no configura un supuesto de acceso carnal por cuanto “la boca no resulta un conducto apto para generar el coito”. Esto es así por cuanto por acceso carnal debe entenderse la “penetración del miembro viril del actor en cavidad receptiva de naturaleza orgánico-funcional, o en el conducto rectal, de la víctima, con el propósito de lograr el coito”¹⁰.

La *fellatio in ore*, entonces, debe quedar subsumida en el delito de sometimiento sexual gravemente ultrajante previsto en el párr. 2º del art. 119, cuya penalidad de 4 a 10 años de prisión o reclusión resulta proporcionada con la gravedad

⁹ Conf. BUOMPADRE, Jorge E., *La “fellatio in ore” no es violación*, LL, t. 1984-A, p. 861; ídem en *Curso de derecho penal*, p. 262. Esta es la opinión también de Enrique A. GAVIER, *Delitos contra la integridad sexual*, Lerner, Córdoba, 1999, p. 34, quien agrega que la *fellatio in ore* no es acceso carnal, porque la nueva ley no obliga a aceptarla. Manifiesta sus dudas Carlos CREUS, en *Delitos sexuales según la ley 25.087*, JA, del 21/7/99, pero da toda la impresión de que participa de la tesis negativa al destacar “lo irremplazable de la precisión terminológica en la confección de las leyes, porque la ley dice lo que dice, no lo que los legisladores quieren que diga, principio de interpretación harto conocido” (ob. cit., ps. 4 y 5, nota 3).

¹⁰ BUOMPADRE, Jorge E., *Curso...*, p. 259.

del hecho. Análoga conclusión cabe para los supuestos de introducción de objetos, el coito *cunnilingus* y el coito perineal.

El cuarto párrafo del art. 119 contempla una serie de hiperagravantes (agravantes de agravantes) del abuso sexual gravemente ultrajante (del párr. 2º) y del abuso sexual calificado por el acceso carnal (del párr. 3º).

En cualquiera de estos dos supuestos, la hiperagravante resulta aplicable solo en la medida en que concurren las circunstancias configurativas del abuso sexual simple del párr. 1º. Es decir que si se tratara, por ejemplo, del tipo previsto en el párr. 2º (abuso sexual gravemente ultrajante), la mayor penalidad solo concurre si se agregan las circunstancias del abuso sexual simple del párr. 1º “más” las circunstancias agravatorias del párr. 4º. Idéntico camino debemos seguir si el caso fuera de abuso sexual calificado por el acceso carnal del párr. 3º. Solo así puede ser explicable la grave pena prevista para estas hipótesis.

Dos son las observaciones que, en principio, merece la nueva formulación: una, referida específicamente a las circunstancias agravantes en sí mismas, y la otra, a la grave escala penal prevista para ellas. Con respecto a la agravante del inc. a, párr. 4º del art. 119, por un lado nos parece acertada la incorporación de la frase “salud física o mental” de la víctima, con lo cual queda claro que el concepto “salud” abarca tanto al sujeto físico como al mental, tal como lo tiene entendido ya desde hace algún tiempo la Organización Mundial de la Salud. Pero, por otro lado, nos parece un error el haber mantenido la expresión “grave daño” que traía la redacción anterior, debido —precisamente— a las distintas opiniones que esta frase había generado en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia sobre la naturaleza del daño, vale decir, si la fórmula solo hacía referencia a las lesiones graves o gravísimas de los arts. 90 y 91 del Código Penal o si, por el contrario, el concepto se hacía extensible también a otros daños graves determinables judicialmente. La permanencia de esta expresión en el nuevo texto impide que pierdan actualidad las mismas discusiones de entonces.

El inciso b repite, en general, las agravantes del anterior art. 122 con alguna diferencia que merece destacarse: desapa-

rece del texto legal la expresión "sacerdote" que es reemplazada por la frase "*ministro de algún culto reconocido o no*". El cambio de agravantes en esta parte tampoco nos parece elogiabile. Es más, creemos que la amplitud que reviste la nueva formulación puede llevar a una interpretación insostenible; piénsese, por ejemplo, en una relación carnal entre algunos de estos personajes denominados guías espirituales o gurúes con alguno de sus discípulos, invocándose para ello a cierta espiritualidad como justificante de tal relación y que la víctima no puede (ni debe) dejar de obedecer. Seguramente, estaríamos ante un caso de abuso sexual gravemente ultrajante (o "violación" si hubo acceso carnal) porque la víctima no pudo consentir libremente el acto, además agravada porque el hecho fue cometido por un ministro de un culto "no reconocido". Nos parece que esta situación bien pudo haberse reprimido mediante los parámetros existentes para la graduación de la pena.

La desafortunada redacción de este artículo deja entrever esta otra falencia: repárese que luego de la frase "*ministro de algún culto reconocido o no*" aparece una coma antes de la frase final "*encargado de la educación o de la guarda*", lo cual da la idea de que estamos frente a una circunstancia de agravación compleja, es decir, que para que se aplique la mayor penalidad no es suficiente con que el autor sea ministro de algún culto reconocido o no, sino que, "además", debe estar encargado de la educación o de la guarda de la víctima, pues, quiérase o no, de esta forma ha sido redactado el artículo. En el texto derogado, en cambio, ambas frases (recuérdese que la fórmula reemplazada era "sacerdote") se encontraban separadas por la conjunción disyuntiva "o", lo que permitía distinguir claramente una situación de la otra. Distinto es el caso previsto en el inc. d, en el que se contempla la agravante cuando el hecho fuese cometido por dos o más personas, "o" con armas. Piénsese si en este supuesto también se hubiese omitido la "o", ¿cómo se hubiera entendido la agravante?

Otra situación que muestra cierto grado de incoherencia es la de mantener la agravante para el pariente "*afín en línea recta*" y haberse olvidado del parentesco por adopción. ¿Por qué habrán de tener mayor reproche penal los casos de abuso sexual con la suegra o la nuera que aquel en el que interviene

una persona que ha ingresado al grupo familiar por adopción?, salvo que se interprete que concurre igualmente la mayor penalidad por aplicación de otras hipótesis (por ej., tutor, encargado de la educación o guarda, etc.) o bien la del inc. f que exige la concurrencia de dos requisitos: menor de 18 años y el aprovechamiento de una situación de convivencia. Sin embargo, fácil resulta apreciar que estas situaciones bien pueden no concurrir.

El inciso d —decíamos— contempla dos hipótesis diferentes de agravación: por la pluralidad de agentes y por el uso de armas. El texto derogado exigía la concurrencia de un número mínimo de integrantes del consorcio delictivo, el cual, según la mejor doctrina, debía estar compuesto de tres personas; actualmente, en cambio, para la aplicación de la agravante solo es suficiente con la actuación de dos personas como mínimo. Ahora bien, cualquiera haya sido el número de personas que intervinieron en el delito, también se agrava si fue perpetrado con armas, que pueden ser de cualquier clase, propias o impropias, de fuego o de disparo, etcétera. El fundamento de la mayor penalidad en este supuesto estriba en que el uso de un arma incrementa la violencia propia del abuso sexual y genera un mayor peligro adicional que debe correr la víctima del ataque criminal.

El inciso f introduce otra novedad relacionada con personas menores de edad. Según esta modalidad, el abuso sexual gravemente ultrajante y el calificado por el acceso carnal (art. 119, párrs. 2º y 3º) se agravan cuando fueran perpetrados en contra de menores de 18 años de edad aprovechando el autor una situación de convivencia preexistente con el mismo.

El problema puede presentarse en esta hipótesis a la hora en que deba determinarse el alcance de la denominada situación de convivencia, vale decir, si debe tratarse de una situación permanente o también están comprendidas las relaciones de convivencia meramente transitorias o circunstanciales. Teniendo en cuenta que el artículo omite toda referencia temporal en este sentido, pareciera ser que también estas últimas quedarían comprendidas. Sin embargo, nos parece más racional interpretar que si una situación de convivencia da la idea de una relación de tipo familiar en el sentido más tradicional

del vocablo, deberían quedar fuera del tipo agravado aquellas situaciones de cohabitación pasajeras, momentáneas o transitorias, de corta duración y que revelan la inexistencia de una vida familiar común, por ejemplo, la amiga de la hija que, en oportunidad de compartir un fin de semana en el mismo sitio, es abusada sexualmente por el padre de esta. De todas maneras, cualquiera sea el supuesto que se nos presente, la agravante no concurre por el solo hecho de la mera convivencia, sino que es menester que el autor se aproveche de tal circunstancia, pues se trata de una exigencia expresamente contemplada en el tipo penal.

Finalmente, nos parece que la escala penal prevista para estas superagravantes —de 8 a 20 años de reclusión o prisión— no respeta el principio de proporcionalidad, por cuanto no existe relación alguna entre la pena y la gravedad del injusto. Esta afectación al principio de proporcionalidad se puede apreciar en nuestro Código Penal en las penas conminadas para ciertos delitos, por ejemplo, el mínimo de esta escala es idéntico al del delito de homicidio doloso, lo que es peor aun por cuanto la misma pena podría aplicarse para aquellos supuestos de abuso sexual —aunque ultrajantes para la víctima— que por definición excluyen el acceso carnal. Sería algo así como castigar con 8 años de prisión el viejo delito de abuso deshonesto del texto derogado.

El artículo 120 en su nueva redacción no solo ha derogado el viejo delito de “estupro”, sino que ha incorporado dos nuevas figuras delictivas que tienen una estrecha relación con el artículo anterior. Según la actual formulación, han sido tipificadas dos nuevas formas de estupro (si es que pretendemos seguir llamando así a estos delitos): el estupro por sometimiento gravemente ultrajante para la víctima y el estupro por acceso carnal. Mantener la denominación de estupro de estas incriminaciones responde solo a la idea de distinguirlas de las otras formas de abuso sexual tipificadas en el art. 119.

Sin pretender analizar con mayores detalles todas las características que singularizan a estas nuevas figuras, pues —como decíamos— atendibles razones de espacio nos impiden hacerlo, pasaremos revista de algunas de sus notas diferenciadoras con el estupro del texto anterior.

Con arreglo a la regulación actual, sujetos activo y pasivo pueden ser tanto un varón como una mujer, especialmente en el supuesto del párr. 2º del art. 119 que no exige la concurrencia del acceso carnal; ha sido suprimido el requisito de “mujer honesta” que traía la redacción anterior, exigiéndose, en cambio, en una de sus hipótesis, que la víctima sea una persona “inmadura sexualmente” (algo similar a la inexperiencia sexual de que hablaba la doctrina tradicional durante la vigencia del texto derogado); se ha elevado la edad de la víctima a 16 años, omitiéndose toda referencia a límites temporales mínimos como sucedía con la normativa anterior (mayor de 12 y menor de 15); sin embargo, si armonizamos esta disposición con el art. 119, surge que la edad mínima del menor debe ser 13 años, de manera que si el abuso sexual se comete en una persona menor de esta edad, el hecho quedaría desplazado hacia algunos de los supuestos del art. 119 según cuáles sean las particularidades de su comisión. En cambio, si el abuso sexual se realiza con una persona mayor de 16 años, sin que medie algunas de las circunstancias del art. 119, el hecho es atípico.

Un aspecto que merece destacarse en la nueva regulación es la exigencia de una particular referencia subjetiva relacionada con el obrar del autor del delito en una de sus hipótesis: la minoridad de la víctima. El sujeto activo, para cometer el delito, debe haberse “aprovechado” de la inmadurez sexual del menor. Aquí pueden presentarse varias cuestiones conflictivas. Una, determinar el sentido de la noción “inmadurez sexual”. Este concepto, ¿comprende solo la inexperiencia de la víctima en el trato sexual (cuestión, al parecer, meramente física) o abarca también su integridad psíquica? El gerundio aprovechándose, ¿comprende a todas las situaciones previstas en el tipo¹¹ o solo a la circunstancia de la minoridad? La discusión parlamentaria, al parecer, tiende a una interpretación ampliada de la cuestión, vale decir, que esta situación de aprove-

¹¹ Como piensa REINALDI, Félix, actualizador del *Manual de derecho penal*, “Parte especial”, de Ricardo C. NÚÑEZ, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 1999, p. 119, y GAVIER, Enrique A., ob. cit., ps. 59 y siguientes. En opinión de CREUS, el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima solo será típico cuando el autor fuera mayor de edad, conclusión que lo lleva a sostener que, en estos supuestos, la ley exigirá un autor calificado (ob. cit., p. 5).

chamiento de la inmadurez sexual de la víctima funcione relacionada con todo el conjunto de conductas sexuales previstas en el tipo, de manera de evitar penalizar las simples relaciones sexuales entre menores, "que son más habituales actualmente, dado que es más frecuente que la vida sexual se inicie en edades más tempranas. El sexo entre dos adolescentes libremente decidido en condiciones de igualdad, no es lo mismo que el aprovechamiento, por ejemplo, de un profesor de la inmadurez de su alumna menor de 16 años" (diputado Quinzio); "En este caso se propone penalizar aquellas situaciones en las cuales el autor se aprovecha de la inmadurez sexual de la víctima, independientemente de sus experiencias sexuales previas, en razón a una diferencia de edad significativa, que implica una situación de predominio o ascendencia y no aquellas situaciones en las cuales existe una relación sexual libremente consentida y deseada entre jóvenes" (diputada Carrió). Sin embargo, otras opiniones no parecen seguir esta orientación, por ejemplo, la de la diputada Martínez, quién expresó: "No se busca penar la libertad sexual de los niños entre 13 y 16 años, o de estos con otros menores. Se intenta reprimir a quienes abusan de su inmadurez sexual, o bien de su situación de preeminencia sobre ellos" (el destacado nos pertenece); "La falta de precisión en la descripción de la conducta la torna de complejo entendimiento. Para que se dé debe existir inmadurez sexual de la víctima; mayoría de edad del autor, relación de preeminencia de este respecto de la víctima u otra circunstancia equivalente, lo que no se sabe a ciencia cierta es qué significa, toda vez que la frase 'u otra circunstancia equivalente', figura en la redacción separada de la última frase por una coma por lo que no se sabe si la circunstancia se refiere a la relación de preeminencia o a todo el resto de los requisitos" (diputado Rubeo).

Como podemos ver, las dudas son muchas. La poco feliz redacción del artículo presenta estas situaciones de conflicto, las que, si bien no son insalvables, tienen el problema de la ambigüedad y falta de precisión, circunstancias que desembocarán en una incorrecta aplicación de la norma al caso concreto. Piénsese en estos ejemplos: si la circunstancia del aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima debe funcionar

relacionada con todas las hipótesis previstas en el tipo, la relación sexual entre una persona mayor de 13 años y menor de 16 y un hombre mayor que no se ha aprovechado de tal situación, quedaría fuera del tipo penal (concorre el requisito de la mayoría de edad pero no ha existido aprovechamiento. Por otra parte, por el solo hecho de ser mayor de edad no quiere decir que se haya aprovechado de la víctima; este elemento del tipo debe ser probado, no presumido), de igual manera tampoco podría ser reprochado penalmente quien, aprovechándose de dicha inmadurez aún no ha cumplido los 21 años de edad (concorre el aprovechamiento pero no la mayoría de edad).

Otra interpretación podría ser la siguiente: la circunstancia del aprovechamiento de la inmadurez sexual del menor, así como de todas las otras que están previstas en el tipo, tienen autonomía y no necesitan complementarse entre sí. Concurriendo el elemento cronológico "y" cualquiera de las hipótesis de criminalidad contempladas en el tipo (en conjunto) es suficiente para que la conducta encuadre en alguna de las figuras del abuso sexual de los párrs. 2º y 3º del art. 119. Esta interpretación, sin embargo, conduce al castigo de quien, con 21 años cumplidos, ha mantenido una relación sexual con un menor de 16 años (sin aprovecharse de él), por el solo hecho de su "mayoría de edad", no así de quien —en las mismas circunstancias— aún no ha cumplido esa mayoría de edad.

Cualquiera sea la interpretación que finalmente se imponga, lo cierto es que el art. 120 consagra un irritante privilegio para aquellos menores que poseen experiencia sexual frente a aquellos que no la tienen, pues aun cuando se encuentren dentro de los límites de edad establecidos en la norma, el autor no cometería el delito, ya que no podría aprovecharse de una condición que no existe o que se ha perdido: la inmadurez sexual. El trato punitivo discriminatorio es patente. El nuevo texto privilegia —insistimos— la situación de aquellos menores con experiencia sexual frente a quienes, aun cuando lo deseen, no han tenido trato sexual de ninguna naturaleza.

Finalmente, solo cabe destacar que esta reforma sobre los delitos sexuales, si se hubiera acometido con mayor seriedad

y rigor científico, hubiera tenido resultados, sin dudas, distintos. Lamentablemente, se ha perdido una valiosa oportunidad para mejorar las cosas. Esta es otra de las tantas iniciativas con que los legisladores nos tienen acostumbrados en el marco de la política criminal de los últimos años. La reforma es, en suma, el paradigma de lo que no debe hacerse en materia de política criminal.

¿DELITO PUTATIVO? (UNA CUESTIÓN FILOLÓGICA)

Por JULIO CHIAPPINI*

Cuando incursionamos en la parte general del derecho penal (para muchos, la más ardua de las materias jurídicas), solemos referirnos al delito "putativo". Y también a ciertas eximentes "putativas".

La fórmula es de vieja data y anida en varios idiomas. En italiano, por ejemplo, *reato putativo*; en alemán, *Putativ-Delict*, y hasta en latín, *delictis putativis*.

En el delito putativo, el autor de un hecho cree que delinque. Pero, en rigor, no es así, perpetra un "delito" en su imaginación, ilusión que, desde luego, es no susceptible de fundar la antijuridicidad y la consiguiente responsabilidad penal.

El asunto se las trae. Ya VON HIPPEL reprochó: concepto "ininteligible si no se explica". Y MEZGER, más pesimista aún: "lleva por rutas extraviadas". Mientras BINDING, con ingenio, aludió aquí al "error al revés", o "error de prohibición al revés" si queremos un giro algo más analítico. Los ejemplos son conabidos: quien se apropia de una cosa (o la daña) que cree ajena pero que es suya; o desobedece a quien supone un funcionario público que en verdad no lo es; quien yace con una mujer de catorce años presuponiéndola honesta pero que no lo es (no incurriendo entonces en estupro), y un nutrido "etcétera".

De suerte tal que en el llamado "delito putativo", el sujeto está persuadido de que comete un delito, pero en el que, en

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.