

Taxatividad, reforma y delitos sexuales

Por Pablo Jantus[1] y Martín Petrazzini[2]

Sumario: *En los últimos veinte años, el capítulo del Código Penal que trata los delitos relacionados con la libertad sexual ha sufrido dos modificaciones relevantes, luego de que el que llevaba el título “Delitos contra la honestidad” no hubiese tenido prácticamente modificaciones desde la sanción del Código Penal, en 1921. Nos proponemos, entonces, estudiar someramente cómo era en su estructura originaria, cuáles fueron los cambios del año 1999 y los de 2017 y su relación con el principio de taxatividad. Por razones de espacio, dejaremos para otra ocasión el estudio de las normas contenidos en los últimos proyectos de Código Penal que no han culminado el proceso constitucional para ser sancionados.*

I) Sistema original, Ley n° 11.179 EL VIEJO SISTEMA DEL CODIGO PENAL

El título III de la parte especial del Código Penal, denominado “Delitos contra la honestidad” contenía cinco capítulos: adulterio –derogado por ley 24.453–; violación y estupro; corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor; rapto y disposiciones comunes.

Como puede observarse, en el sistema del código, los delitos contra la honestidad **comenzaban (capítulo II) con la punición de la violación y el estupro.**

El primero, punía el acceso carnal con persona de uno u otro sexo cuando la víctima tenía menos de doce años; cuando la persona ofendida se hallaba privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no podía resistir y cuando se utilizaba fuerza o intimidación (art. 119).

El estupro del **art. 120** prescribía: “cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior”. Es decir, se sancionaba el acceso carnal consentido de una mujer “honestas” de entre doce y quince años.

El **artículo 121** punía el estupro fraudulento –acceso carnal con una mujer fingiéndose su marido y aprovechándose del error–.

El **art. 122** preveía las agravantes de la violación: grave daño en la salud de la víctima o si había sido cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda o con el concurso de dos o más personas.

El **art. 123** extendía estas agravantes al estupro.

El **art. 124** agravaba, en los casos del art. 119 y 120, con prisión o reclusión de quince a veinticinco años, si resultaba la muerte de la persona ofendida.

El **capítulo III**, sancionaba la promoción o facilitación de la corrupción o prostitución de menores de edad, sin distinción de sexo y aunque mediar el

consentimiento de la víctima, mediando ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, estableciéndose distintas penalidades según la edad. Asimismo, se agravaba el delito cuando se actuaba con violencia, engaño, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor era ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda o que hiciera con ella vida marital.

Según el **art. 126** se prohibía similar conducta, llevada a cabo contra mayores de edad, mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coerción.

El **art. 127** punía el abuso deshonesto de una persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del art. 119, sin acceso carnal, agravándose el delito si el sujeto activo era alguna de las personas mencionadas en el art. 122.

El **art. 127 bis**, sancionaba la promoción o facilitación de la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución, elevándose la pena si se daban alguna de las circunstancias del art. 125.

El **art. 128** contemplaba la publicación, fabricación o reproducción de libros, escritos, imágenes u otros objetos obscenos y los que los expusieron, distribuyeren o hicieren circular.

Finalmente, el **art. 129** sancionaba con pena de multa el que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro exhibiciones obscenas. Igual sanción se preveía cuando los actos tuvieran lugar en sitio privado, pero expuesto que sean vistos involuntariamente por terceros.

El **capítulo IV** contenía las figuras de rapto. El rapto propio del **art. 130** preveía la acción del que *“con miras deshonestas substraere o retuviere a una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude”*, agravándose el ilícito *“si la robada fuere una mujer casada”*.

El **art. 131** sancionaba el rapto impropio – o rapto por seducción – cuando el que cometía el rapto era una mujer de entre quince y doce años, con su consentimiento. También se preveía el rapto de una menor de doce años, con o sin su consentimiento.

Finalmente, entre las disposiciones comunes del **capítulo V** se encontraban la equiparación de penas con los autores, para las personas allí mencionadas – similares a las del art. 122– cuando cooperaban en la perpetración de los delitos del título (art. 133).

El art. 132 contenía una excusa absolutoria: *“En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro”*.

Como señalamos más arriba, luego de ochenta años de vigencia –aunque con algunas modificaciones– los problemas de interpretación que se fueron suscitando con los delitos mencionados, fueron solucionándose por la labor jurisprudencial, lográndose, así, un razonable marco de previsión. Habían quedado sin resolver dos o tres cuestiones que, evidentemente, merecían una corrección legislativa; indudablemente.

Por otra parte, merecía la antigüedad de estas normas por la evolución cultural operada a lo largo de esos años, una actualización de sus contenidos. Por ejemplo, no respetaba las pautas culturales de fin de siglo la mención del art. 130 a la *mujer robada*.

Uno de los temas más relevantes que continuaba generando interminables discusiones se centraba en determinar si la *fellatio in ore* resultaba típica en los términos del art. 119 del Código Penal o un simple abuso deshonesto de acuerdo al art. 127. El conflicto era importante porque, según el primer tipo penal, la pena correspondiente era de seis a quince años de prisión o reclusión, mientras que el abuso deshonesto tenía un máximo de cuatro años.

Existían diversas opiniones, por otro lado, en punto al elemento subjetivo del delito de corrupción; tampoco se ponían de acuerdo los autores con relación al concepto de "obscenidad" mencionado por los arts. 128 y 129.

II) Sistema intermedio, Ley n° 25.087 (B.O. 14/5/1999

A) El único artículo que quedó indemne tras la modificación introducida por Ley n° 25.087 fue el 124; los arts. 121, 122 y 123 fueron derogados, el nombre del título – que determina el bien jurídico protegido– se cambió, y los capítulos en que se dividía se eliminaron. El resto de las normas fue sustancialmente modificado.

El título pasó a denominarse "delitos contra la integridad sexual"; y dejó de ser el tipo básico la violación y el abuso deshonesto una figura subsidiaria con idénticos modos comisivos pero sin acceso carnal. En esa nueva estructura, el delito madre del título pasó a ser el "abuso sexual simple" previsto en el **art. 119** primer párrafo: "*Será reprimido (...) 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*".

El segundo párrafo del art. 119, contiene el "abuso sexual gravemente ultrajante" "*cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima*" (cuatro a diez años de prisión).

El tercer párrafo, contiene el "abuso sexual con acceso carnal" (violación) que sanciona con pena de seis a quince años el abuso sexual cuando "*mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*".

En el cuarto párrafo se establecen las agravantes para el abuso sexual gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal – ocho a veinte años de prisión:

1. a) por el resultado: grave daño en la salud física o mental de la víctima (inciso a) y resultado muerte (art. 124).
2. b) por el parentesco: si el hecho fue cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano (inciso b).
3. c) por la calidad del autor: 1) ministro de un culto reconocido o no (inciso b)

- 2) cuando el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave y hubiera existido peligro de contagio (inciso c).
- 3) cuando el autor fuese el encargado de la educación o la guarda, tutor o curador (inciso b).
- 4) si el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente “con el mismo” (inciso f).
- 5) Si el hecho fuese cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones (inciso e).

1. d) por la pluralidad de autores: si el hecho fuese cometido por dos o más personas (inciso d).
2. e) por el uso de armas (inciso d)

El extenso artículo 119, agrava, por otra parte, el abuso sexual simple, excluyendo – inexplicablemente – el supuesto del inciso c), es decir, si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiese existido peligro de contagio.

El art. 120 también sufrió esenciales alteraciones, ampliándose ostensiblemente el marco punitivo. Se sanciona al que *“realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de 16 años, aprovechándose de su “inmadurez sexual”, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado”*.

Como puede observarse, ya no se trata de una “mujer honesta” de entre 12 y 15 años el sujeto pasivo, sino que la víctima puede ser de cualquier sexo y el concepto de “honradez” ha sido suplantado por el de “inmadurez sexual”.

Como bien recuerda Donna (citando a Gavier y Buompadre) no es propio este último término, porque en su acepción jurídico penal, la inmadurez refiere la falta de desarrollo de las facultades intelectuales como para comprender la naturaleza de los actos realizados por el autor; y la propia ley fijó ese límite en los 13 años. A partir de allí, podría hablarse de ingenuidad o inexperiencia sexual, pero nunca de inmadurez. Se discute a qué se ha referido la ley al mencionar “en razón de la mayoría de edad”, ya que no queda claro si se debe juzgar desde la comparación entre los sujetos de la relación delictiva o si, como es más lógico, se exige que el sujeto activo sea mayor de edad: 21 años.

Por último, es incorrecta la remisión de la remisión, segundo y tercer párrafo que a su vez conducen al primero. Es decir, en realidad, esos párrafos no describen conducta alguna, sino que agravan las del abuso sexual simple por el modo de comisión.

El último párrafo del art. 120, agrava el estupro en los supuestos a), b), c), e), o f) del cuarto párrafo del art. 119; es decir, se excluye, con razón, la agravante por la comisión por dos o más personas o con armas.

B) La reforma también ha sido importante en lo relacionado con los delitos de corrupción y prostitución, ya que se han dividido – como lo hacía la reforma introducida por el decreto ley 17.567, respondiendo al proyecto de 1960 – los tipos penales de esas dos materias.

Así el nuevo art. 125 pune la promoción y facilitación de la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediase consentimiento de la víctima. Se establecieron agravantes si el sujeto pasivo tiene menos de trece años y, cualquiera fuese la edad de la víctima, en el tercer párrafo se prevén pena de diez a quince años de prisión cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

Existe acuerdo en la doctrina (Donna, Creus) en cuanto a que, cuando en este párrafo se menciona “cualquiera fuese la edad de la víctima) se refiere a los menores de 18 años. Y parece tener razón, a partir de lo dispuesto en el art. 126 en cuanto menciona, específicamente, a los mayores de esa edad.

La diferencia más notable con relación al viejo texto, es que se ha eliminado el elemento subjetivo que contenía: ánimo de lucro o satisfacción de deseos propios o ajenos.

Los siguientes artículos fueron incorporados con posterioridad, por la ley 26.842 del 27 de diciembre de 2012. El art. **125 bis** sanciona la promoción o facilitación de la prostitución, con idénticas modalidades a la establecida en el punto anterior. Sin embargo, para la figura básica, se prevé una pena mínima mayor – cuatro años contra tres en el caso de la corrupción – quedando equiparadas en las agravantes. En el art. **126** se describe la promoción y facilitación de la prostitución de mayores de dieciocho años. En este supuesto, se mantuvo la exigencia de la vieja norma, en cuanto al fin de lucro o satisfacción de deseos ajenos – no los propios – destacándose que, la conducta sólo es punible si media engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción (modificado por Ley n° 26.842).

En el nuevo art. **127** está previsto el **rufianismo o rufianería**, sancionándose al que “explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción. (modificado por Ley n° 26.842).

Por último, los arts. **127 bis y 127 ter** sancionaban la trata de personas para ejercer la prostitución. La primera norma se refiere a los menores dieciocho años y la segunda a los mayores de esa edad. La acción prohibida está descripta del

siguiente modo: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de 18 años para que ejerzan la prostitución será reprimido...”, agravándose la pena en los casos mencionados en el art. 127. Cabe aclarar que, estos medios comisivos, integran el tipo penal del art. 127 ter (derogado por Ley n° 26.364, de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas).

C) El art. 128 reunía conductas similares a las contenidas en el anterior sistema bajo la nomenclatura “ultrajes al pudor” aunque han sido notablemente modificadas las acciones punibles, creándose tres opciones diferentes.

Según el primer párrafo, merecerá prisión de seis meses a cuatro años “el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de 18 años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.”.

En el segundo párrafo se sanciona la distribución de imágenes de esa naturaleza, cuando, según las características externas, fuere manifiesto que en ellas se ha grabado o fotografiado la exhibición de menores de 18 años, al momento de creación de la imagen.

Finalmente, en el párrafo tercero, se sanciona al que facilitase el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material de esa índole a menores de 14 años (modificado por Ley n° 27.436).

El **art. 129** describe el delito de exhibiciones obscenas, aunque con una redacción modificada, sancionándose al que “ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Como en los casos anteriores, fueron previstas mayores penas según las edades de los sujetos pasivos.

D) El art. 130 del Código Penal se ha delineado tres formas de rapto. El propio en el primer párrafo con la siguiente construcción: “Será reprimido...el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.”.

El impropio, figura en el segundo párrafo al prever una pena menor, “si se tratase de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento”, siendo esta última circunstancia, lo que permite calificar el rapto de “impropio”.

Finalmente el rapto de menor impúber, está descrito en el tercer párrafo sancionando con pena de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

E) El art. 132 fue modificado en dos aspectos. En primer término, se establece que, cualquiera sea la edad de la víctima – ya que no discrimina – podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a la víctima.

En segundo lugar, se establece que si la víctima fuere mayor de 16 años “podrá proponer un **avenimiento** con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto, también podrá disponer la aplicación de lo dispuesto por los arts. 76 ter y 76 quater del Código Penal”.

Corresponde recordar, en este aspecto, que la Ley n° 27.455 (B.O. 25/10/18), modificó el art. 72 del Código Penal estableciendo –en lo pertinente– que son de instancia privada los delitos previstos en los arts. 119, 120 y 130 cuando no resultare la muerte de la persona ofendida, aunque se prescribe que esos delitos son de acción pública si la víctima es menor de 18 años o ha sido declarada incapaz.

III) El concepto de acceso carnal.

Una de las principales razones de la reforma, fue la emisión de algunos fallos, muy publicitados, que entendieron que la “fellatio in ore” no constituía el delito de violación, sino de abuso deshonesto.

Desde que se introdujo, en el proyecto de 1906, el concepto de “acceso carnal”, (porque desde el Código Tejedor se describía a la violación como una “aproximación sexual”; igual que el proyecto de Villegas, Ugarriza y García y el Código Penal de 1886), se asimiló a la violación con esta conducta, llevada a cabo con violencia. Mientras que, el abuso deshonesto, se redujo a los actos de aproximación sexual, pero sin acceso carnal.

La comprensión de este término, por ende, llevaba a diferenciar a la violación de los simples abusos deshonestos.

Para el diccionario de la Real Academia, “acceso” es “ayuntamiento, cópula carnal” (2ª. Acep.). mientras que “Carnal” es “lascivo o lujurioso”.

En la doctrina, había consenso en entender que para que hubiera acceso carnal, **debía darse la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, en una zona que no esté en contacto con el exterior, sin importar el perfeccionamiento del coito por la eyaculación, ni que se alcance profundidad en la penetración y mucho menos que haya dejado rastros visibles en la víctima. En suma, penetración por el pene en una cavidad natural de la víctima.**

Molinario entendía que acceso carnal se da cuando “se haya introducido el miembro viril en una cavidad orgánica de otra, sea la que la naturaleza ha destinado para la función sexual, sea otra distinta.

Fontán Balestra “acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él...” aclarando que

cualquier relación sexual que no importe penetrar, carece de tipicidad para configurar una violación.

Soler “al referirse la ley a “acceso carnal” clara y castizamente descarta que puedan considerarse como violación los actos de molición, los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción, penetración normal o “abnormae”...no es bastante el “coitus inter femora”.

Donde no había acuerdo en la doctrina es en punto a si, en el caso en que el autor penetra a la víctima en la boca se configuraba el delito de violación.

En este punto, un primer argumento se basaba en el Código Tejedor y otros antecedentes, indicándose que allí se punía el ayuntamiento de hombre a hombre por vía rectal de acuerdo a las Partidas, y por una Bula del Papa Pío IV de 1568, que agregó el acoplamiento bucal o coito oral. Tomados de un fallo del Tribunal Superior de Córdoba, se dice que el art. 119 había receptado la sodomía, castigada por el art. 129 del Código Penal de 1886, consistente también en el coito in ore, según lo demuestra la mención que hace Tejedor en su *Curso* al mencionar la mentada Bula de Pío IV de 1568. Aclara Núñez, que Tejedor no toma de esta cita la sodomía, sino de Las Partidas.

Núñez, Molinario, Laje Anaya, Eusebio Gómez, Maggiore y Alfredo Achával – por citar algunos – encuentran que la práctica que analizamos no es violación. El autor citado en primer término señala que: *“La interpretación restrictiva que reduce la violación al acceso vaginal y rectal y excluye la penetración por boca, tiene, por otra parte, una razón científica. Si bien el ano no es el órgano destinado por la naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural, por poseer, lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, en su contacto con el órgano masculino cumple, aunque antinaturalmente, una función semejante a la que realiza la vagina. Esto no ocurre con la boca, la cual, careciendo de este tipo de glándulas, no resulta apta como elemento constitutivo del concubito, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfogue libidinoso del actor y del paciente. La boca, como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta así incapaz de generar un coito, aunque sea anormal...”*.

En la vereda de enfrente, Soler, Fontán Balestra, Ure, Garona, Manigot y Moras Mon, consideraban que dicha práctica era acceso carnal y, por ende, violación. **Fontán Balestra** sostiene que “no son decisivos los argumentos que apoyan la idea de limitar el alcance de la norma sólo a la vía vaginal y anal...El criterio jurídico de acceso carnal, más amplio que el biológico, ha sido entendido como actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del actor, que puede representar el coito o una forma degenerada o equivalente de éste. Así vistas las cosas, el coito oral no se diferencia esencialmente de otra penetración contra natura”. Moras Mon señala que no interesa que el vaso donde se interna el miembro viril “esté dotado o no de zonas circunvecinas erógenas; no interesa porque lo que aquí cuenta es la anormalidad del conducto y su función, que es usado, porque el que accede, como sustituto de la vagina y para su propia satisfacción erótica, sin que le importe cómo va a reaccionar el sujeto que lo soporta...”.

Donna señalaba que “acceso carnal” es la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar el coito, siendo indispensable, ante todo, la introducción del miembro viril en una cavidad orgánica de otra”.

URE opinaba que por acceso carnal debía entenderse en el sentido de penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o equivalente, por vía normal o anormal. Con relación a la Fellatio, recuerda el voto del Juez Fragueiro del Superior Tribunal de Córdoba, indicando que si observamos “detenida y separadamente a los sujetos que intervienen en la *fellatio in ore*, activo y pasivo, obtenemos los siguientes resultados: “que el primero realiza la *fellatio* por penetración carnal, acto de violencia corporal con relación al sujeto pasivo. Ha identificado así el agente el conducto vaginal o anal con la boca para cometer un acto violento de penetración. De parte del sujeto pasivo, aunque la boca no sea órgano sexual, es para el sujeto activo en este caso su equivalente funcional: la boca ha sido objeto de una verdadera penetración como en el coito vaginal o anal y el hecho constituye una verdadera violación virtual...”

Ahora bien, en la reforma de 1999 se buscó tomar partido en esta discusión, definiendo la violación como el abuso sexual en el que se da “acceso carnal por cualquier vía”.

Creus señaló, con relación a la nueva redacción, 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”. Recordaba este autor que el senador Yoma, al referirse a esta expresión dijo “habría que ver si algún juez puede llegar a considerar a la cavidad bucal como apta para producir el coito”, mientras que el Presidente del cuerpo opinó que quedaba comprendido en el párrafo 2°. Finalmente, Creus indicaba que, de todas formas, quedaría comprendido el acto entre los abusos sexuales gravemente ultrajantes, con mayor penalidad que el simple abuso sexual.

Sin embargo, la disputa continuó.

En efecto, **Donna** siguió opinando que la cópula bucal no había sido incluida en el delito de violación, dado que, más allá de la interpretación histórica del texto, de acuerdo a lo que los legisladores quisieron decir, valía qué fue lo que dijeron realmente. Y, desde esta óptica, señalaba que *“Mientras el código mantenga la expresión acceso carnal que, como se ha visto, tiene una larga tradición en nuestros proyectos, y en el sentido de lo que significa la expresión, no hay otra alternativa que sostener que es la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal, no entrando, en consecuencia, la vía bucal, o la llamada fellatio, por más que el legislador haya inventado esta reforma para solucionar este problema, al agregar “por cualquier vía”, ya que, de tomarse literalmente la expresión, se ampliaría el tipo de manera descomunal. De manera que si hubieran querido arreglar o solucionar la disputa doctrinal que se analiza, debieron agregar al texto, en lugar de “cualquier vía” una enumeración taxativa de sus intenciones. A modo de ejemplo, cabe citar aquí la reforma efectuada en 1995 al Código Penal Español que en los arts. 182 y 183*

claramente distinguió el concepto de acceso carnal y el de penetración anal o bucal...pero como las intenciones no se trasladan mágicamente a la ley, la ley dice lo que dice y los redactores de la ley piensan lo que piensan...", aclarando en la nota que, con igual sentido, se expedía Buompadre.

Si bien más arriba se esbozaron los distintos criterios que se han dado para fundar una u otra posición; y, aun cuando entienda que psicológicamente el sujeto activo realiza una verdadera violación cuando penetra oralmente a su víctima, lo cierto es que la reforma no fue feliz porque, como bien lo señala Donna, **una interpretación literal de la nueva norma llevaría a entender comprendidas dentro del tipo un sinnúmero de situaciones que antes, nadie dudaba que no constituían violación.**

Como quedó expresado más arriba, lo lógico hubiese sido que llamaran a cada cosa por su nombre y que se describieran de manera adecuada cuáles eran las conductas que quedaban comprendidas en el término violación. Hubiese bastado, para ello, mencionar – como lo hace la ley española, a la penetración vaginal, anal y bucal, equiparando las penas para las tres acciones.

Las sustanciales modificaciones que fueron introducidas por la ley 25.087 fueron muy criticadas por la doctrina. En este sentido Eduardo Raúl Carreras, por ejemplo (LL, 2000-C, p. 1059) ha dicho que “el legislador argentino no ha sido feliz al sancionar la ley que comentaremos, pues: 1. Ha confundido conductas que estaban muy bien delimitadas en el Código Penal. 2. Se incurre en una oscura metodología asistemática que provocará serias dificultades de interpretación de los nuevos tipos penales. 3. Se quiebra con toda una jurisprudencia constante (...) que había clarificado los diversos problemas planteados por el Código Penal de 1886. 4 se incluyen tipos abiertos que permitirá la analogía”, criticando, también, el cambio de la rúbrica del título y la supresión de los capítulos.

Alberto Bovino, por su parte, relata el irregular trámite que tuvo en la Cámara de Diputados el proyecto que culminó con la sanción de la Ley n° 25.087 (B.O. 14/5/99) –que estableció el acceso carnal por cualquier vía–, señalando que el detonante de la discusión legislativa de los proyectos que había sobre los delitos sexuales fue una condena por abuso deshonesto dictada a fines de 1997 contra un taxista que había forzado a una pasajera a realizar una *fellatio in ore*; explica Bovino que, según la asesora de la Diputada Carrió, Marcela Rodríguez, se concretó un rápido acuerdo entre las distintas opiniones, ante los rumores de que en la Cámara de Senadores estaba por concretarse un proyecto mucho más “limitado y débil”, acordándose, también, que para lograr su rápida sanción, no se iban a realizar discursos ni debates. De esta forma se llegó a la aprobación sobre tablas, en un trámite que no llevó más de seis minutos.

Como crítica general a las nuevas normas, el autor señalado indica que “sin atacar los problemas que verdaderamente generan un marco generalizado de impunidad respecto de los delitos sexuales, el legislador ha regulado tipos penales que no describen acciones, sólo las valoran. En este contexto, las personas no pueden saber qué comportamientos integran el ámbito de la prohibición, pues, en realidad,

la elección de esos comportamientos depende, casi exclusivamente, de juicios de valor no sujetos a contradicción”.

Como prueba que este tipo de reformas parciales quiebra la sistematización del código, Bovino hace notar que, de acuerdo a esa ley, el abuso sexual simple calificado por haber sido cometido por personal policial o de seguridad (art. 119 párrafo 5 en función del párrafo 4 inciso e CP) tiene una pena desproporcionada con relación al previsto en el art. 144 bis inciso 3, de severidades, vejaciones o apremios ilegales contra una persona privada de su libertad: tres a diez años en el primer caso y de uno a cinco años en el segundo.

En suma, podemos concluir que esa reforma no fue afortunada y, una vez más, quedó demostrado que las modificaciones parciales de la ley penal, sin respetar una política criminal homogénea, rompe con la armonía del código y genera más problemas que los que se intenta solucionar.

Hubiese bastado con definir adecuadamente el título respectivo y con agregar que la penetración bucal -así, con todas las letras – quedaba asimilada a la violación y a adecuar algunas de las figuras que, evidentemente, habían quedado desactualizadas. Pero, nos encontramos con que se delineó un complejo sistema de tipos penales, con una reforma desprolija.

Se crearon tipos penales abiertos, como las circunstancias del abuso gravemente ultrajante; se reiteraban las causales en el primer párrafo, se confunden los conceptos de vis física y vis moral, reiterando la segunda como abuso coactivo o intimidación – cuando, en doctrina, tienen el mismo significado -, sin poder determinarse si se utilizaron palabras inútilmente – circunstancia que no se presume en el legislador – o si se quiso dar un significado distinto a cada uno de ellos.

En definitiva, se crearon más problemas que los que se intentaba resolver y, para colmo, no se solucionó el principal inconveniente hermenéutico que había motivado la reforma y se agravó la situación porque se crearon tipos penales (como el abuso sexual gravemente ultrajante) y agravantes de esos tipos penales que no estaban en el viejo sistema y que provocaron nuevos problemas hermenéuticos.

27. IV) La última reforma, Ley n° 27.352 (B.O. 17 de mayo de 2017).

Finalmente, en el año 2017 el Congreso de la Nación realizó una nueva modificación del título que comentamos. El artículo 119 ahora quedó redactado de la siguiente forma: *“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona (se suprimió la expresión “de uno u otro sexo”) cuando ésta fuera menor de trece (13) 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 (4) a diez (10) 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 (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 (en lugar de “por cualquier vía”) o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”.

“En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) 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 (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo”.

“En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)”.

V) La nueva versión y el principio de taxatividad.

Ahora bien, para determinar si la última reforma del tipo penal que estudiamos es correcta, corresponde que, aunque sea someramente, mencionemos algunas de las exigencias del principio de taxatividad, como derivación del de legalidad.

Giovanni Fiandaca y Enzo Musco^[3] indican que *“el principio de taxatividad hace alusión a la técnica de redacción de los tipos penales y tiende, provechosamente, a proteger a los ciudadanos contra eventuales abusos de poder judicial. Si observamos bien, el principio de taxatividad de los tipos penales no representa solo un derivado del principio de legalidad, sino que constituye también el reflejo de otras características y exigencias internas de la tutela penal. En este sentido, el principio en cuestión funciona, ante todo, como **pendant** del criterio de la **fragmentariedad** examinado antes. En otras palabras: si la tutela penal está tendencialmente predispuesta solo contra ciertas formas de agresión a los bienes jurídicos, es necesario que el legislador especifique con suficiente precisión cuáles son los comportamientos que constituyen tales modalidades de agresión”.*

“La importancia fundamental del principio de taxatividad es todavía más evidente allí donde está en juego la eficacia misma del sistema penal, en el sentido de que la determinación precisa de los tipos penales incriminantes representa condición indispensable para que la norma penal pueda servir de guía del comportamiento de los ciudadanos. Tal como bien hemos observado, una norma penal persigue el objetivo de ser obedecida, pero ello es imposible si su destinatario no tiene la posibilidad de conocer con suficiente claridad su contenido” (la negrita me pertenece).

Añaden[4] que el principio de taxatividad –que vincula al legislador para que describa lo más precisamente posible el hecho delictivo y al juez, para que realice una interpretación de las normas que refleje el tipo penal tal como fue previsto legalmente– se garantiza mejor con los elementos descriptivos del tipo, porque su significado proviene directamente de la realidad, aunque con posibles dificultades que los autores de mención consignan.

Explican que: “En cuanto a los **elementos normativos**, es decir, los elementos para cuya determinación es necesaria una **heterointegración** mediante la remisión a una norma distinta de la penal hay que distinguir entre los elementos normativos jurídicos, en los que la exigencia de la taxatividad en general se respeta al remitirse a una norma jurídica que permite identificar claramente la conducta indebida; de los elementos normativos extrajurídicos, es decir, referidos a normas sociales o consuetudinarias...(en las que) el patrón de referencia deviene inevitablemente incierto y surgen dudas graves acerca del límite entre el respeto de un nivel de determinación suficiente y el carácter indefinido del elemento del hecho delictivo”[5]

En punto al problema de la interpretación, expresan[6] que: “Pese a que un legislador juicioso debe lograr un equilibrio aceptable entre “precisión” y “elasticidad” al momento de configurar la hipótesis delictiva, es un dato inobjetable que la técnica legislativa se encuentra con los límites objetivos inherentes al uso del lenguaje. En efecto, los signos lingüísticos no siempre alcanzan a reflejar todos los caracteres de los datos reales, por lo que es inevitable cierta distancia entre el lenguaje y la realidad...En consecuencia, el acto interpretativo resulta indispensable para seleccionar el significado más coherente con la voluntad legislativa dentro del **espacio semántico** (o área de significación) de determinada expresión lingüística. Por lo demás, la exigencia de una indagación hermenéutica que no se limite a una reproducción mecánica del texto normativo está impuesta por la naturaleza misma del **procedimiento de subsunción** en la norma general y abstracta en el caso en concreto”.

Indican que el criterio hermenéutico semántico tiende a *identificar el sentido de la norma haciendo hincapié en el significado literal de los términos utilizados en la fórmula legislativa*. Advierten que este sistema, por sí solo, no es suficiente para ofrecer una indicación unívoca y añaden que: *...en muchos casos el lenguaje legislativo adopta términos técnico-jurídicos que no pertenecen al lenguaje común, pero le dan vida a un lenguaje específico. Esto es muy evidente en el caso de las **definiciones estipulativas**, dado que el legislador penal, justamente porque es consciente de la generalidad y ambigüedad del léxico corriente, ha advertido, v.gr. la necesidad de definir expresamente en el art. 266 (se refieren al código italiano) el concepto de “carácter público” de un lugar y el de “obscenidad” en el art. 529. Ahora bien, huelga notar que el significado específico debe prevalecer sobre el uso común en presencia de conceptos técnico-jurídicos o, más genéricamente, técnicos.*

En cuanto al método teleológico, recuerdan que requiere que el intérprete actualice el sentido de la norma, *fundado en el fin tutelar más congruente que se le pueda asignar en el preciso momento en que se procede al acto interpretativo*[7]; no obstante, aunque reconocen los autores italianos que mencionamos, que este criterio presenta la ventaja de permitir todas las potencialidades de la prescripción,

se corre el riesgo de orientar la tarea según las preferencias ideológicas o visiones personales de los intérpretes. Por ello, recomiendan la interpretación orientada a los fines de la tutela, una de cuyas subespecie es la denominada **interpretación orientada según las consecuencias, es decir, aquella que le sugiere al intérprete elegir la solución hermenéutica más favorable al reo o al ambiente al que se dirige la decisión.** (la negrita nos pertenece).

Por último, los citados autores aunque admiten que la tarea de interpretación presenta componentes inevitables de valoración y creatividad por parte del juez, *la exigencia de que el juez esté vinculado a la ley, todavía inderogable en el derecho penal, impone limitar lo más que se pueda la interpretación creativa de las normas incriminantes.* Si por un lado es cierto que el procedimiento hermenéutico está abierto a las decisiones valorativas del juez, por el otro es necesario delimitar su espacio **dentro de los límites correspondientes al significado literal del texto de la ley, aunque sean límites extendidos al máximo.** Consideran, en este sentido, que si estuviese prohibido ingresar con un vehículo a una plaza para no ocasionar molestias, sería una interpretación analógica y violaría manifiestamente la prohibición de analogía en materia penal, decidir que un automóvil de juguete estuviese comprendido en esa definición.

Pablo E. Navarro y Laura Manrique[8], al analizar el problema de la taxatividad desde diferentes estrategias o enfoques, señalan: *"la Corte Suprema de Estados Unidos ha reiterado que una ley penal no supera la exigencia de determinación cuando ella no proporciona advertencia suficiente para que los individuos puedan conducirse de tal manera de que puedan evitar lo que está prohibido".*

"Es importante subrayar la diferencia entre la afirmación de que un concepto es impreciso y la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso. El primer enunciado es descriptivo y su verdad se basa tanto en los desacuerdos clasificatorios que generan su aplicación a casos concretos como así también a la imposibilidad de encontrar en las prácticas lingüísticas límites específicos para su aplicación. Por el contrario, la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso involucra un juicio de valor y, por ello, abre dudas acerca del carácter objetivo del reproche al legislador..." Más adelante, se refieren a la estrategia de la revisabilidad de las decisiones que *"pone el acento en el modo en que las formulaciones del legislador limitan la discreción judicial. Por ello, una formulación sería constitucionalmente admisible desde el punto de vista de la taxatividad si y sólo si impone una selección al conjunto de decisiones que pueden adoptar los jueces...Este énfasis en la limitación de la arbitrariedad marca un desplazamiento de los ideales que justifican a la taxatividad: desde la certeza a la revisabilidad. La certeza se identifica con la posibilidad que los individuos tienen de conocer las consecuencias normativas de sus acciones y ello es una condición necesaria de la autonomía individual ya que el diseño y desarrollo de planes racionales de vida depende de esta capacidad para determinar en qué circunstancias el Estado intervendrá sobre sus bienes básicos..."*

Cabe dejar asentado, paralelamente, que Daniel O'Donnell señala que, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se ha considerado que: *"El principio de legalidad es vulnerado no sólo cuando la legislación contiene tipos*

penales que no permiten distinguir entre conducta legal e ilegal, sino también cuando establece tipos penales que no permiten diferenciar entre un delito y otro, al menos cuando las consecuencias relativas a la naturaleza del foro competente a los procedimientos aplicables y a las penas son importantes”[9]

Y, en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Kimel vs. Argentina”, del 2 de mayo de 2008, señaló que: “Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: **La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana**” (párrafo 63).

Agrega: “La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (supra párr. 18). 67. **En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma**”.

Concluye así, más adelante – siempre con relación a los delitos de calumnias e injurias previstos en nuestro Código Penal, que: “Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. **La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana.**”

VI) Conclusión:

De acuerdo a lo que expusimos más arriba, entendemos que la nueva redacción del artículo 119 ha solucionado el problema que había originado la reforma de 1999, del modo en que debió hacerse en aquel momento, puesto que precisó las conductas punibles adecuadamente, brindando claridad en la interpretación y aplicación de los tipos penales en estudio. Inclusive, creó nuevas opciones que deben ser sancionadas como de acceso carnal, como la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal, que antes podían ser incluidas como gravemente ultrajantes.

De este modo, ahora sí, se ha respectado cabalmente el principio de taxatividad, puesto que los ciudadanos y los operadores del sistema de justicia pueden comprender con toda claridad cuáles son las conductas que ha pretendido prohibir el legislador.

Sin embargo, paralelamente, subsisten los problemas que creó la modificación de 1999, aunque la jurisprudencia con el paso del tiempo ha ido brindando pautas hermenéuticas sobre la base de los casos concretos, que permiten aplicar las nuevas normas sobre la base de un campo más certero.

Bibliografía:

- Bovino, *Delitos sexuales y justicia penal*, en AA.VV., “Las trampas del poder punitivo”, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000);
- Creus, *Derecho penal, parte especial*, 6ª edición actualizada, 1ª reimpresión, T. I, Astrea, Bs. As., 1998;
- Donna, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000;
- Fontán Balestra, *Derecho penal, parte especial*, actualizado por G. A. C. Ledesma, 14ª edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995; y *Manual de derecho penal, parte especial*, Depalma, Bs. As., 1951;
- Soler, *Derecho penal Argentino*, T. III, 3ª edición, 8ª reimpresión, Tea, Bs. As., 1978;
- Ure, *Los delitos de violación y estupro*, Ideas, Bs. As., 1952.

[1] Juez de la Cámara Nacional de Casación Penal

[2] Prosecretario de Cámara de la Cámara Nacional de Casación Penal.

[3] FIANDACA Giovanni y MUSCO Enzo, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, con notas, prólogo y coordinación de la traducción de Luis Fernando Niño, pp. 95 y ss.

[4] FIANDACA Giovanni y MUSCO Enzo, *ob. Cit.*, p. 100.

[5] ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 220 y ss.

[6] ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Ob. Cit.*, p. 130.

[7]ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Ob. Cit*, p. 138.

[8]NAVARRO, Pablo E. y MANRIQUE, Laura, *El desafío de la taxatividad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LVIII, 2005, pp. 805 y ss.

[9]O'DONNELL Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Primera Edición, Bogotá, 2004, p. 450.