

La reforma del art. 119 por la Ley 27.352. Cambio de paradigma

Sumario: I.- Introducción, II.-Significado del concepto “acceso carnal”, III.-Del acceso carnal “por cualquier vía” a lo estipulado por la ley 27.352, IV.-Abuso sexual gravemente ultrajante ¿Qué queda incluido?.

Por Rubén E. Figari

I.-Introducción.

En virtud del Decreto 340/2017, publicado el 17/05/17 en el Boletín oficial, el Poder Ejecutivo Nacional promulgó la Ley 27.352 que modifica el artículo 119 del Código Penal de la Nación, con el objetivo de precisar las acciones que comprende el delito de abuso sexual.-

Concretamente la parte más trascendente – pues el resto del articulado permanece intacto – dice: “*Art. 119: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”.-

En primer término lo que se observa en el párrafo inicial es que se ha suprimido la frase “persona de uno u otro sexo” reemplazándosela por la palabra “persona”. Si bien la redacción anterior dejaba perfectamente aclarado que el sujeto pasivo de este tipo de delitos podía ser tanto varón como mujer, estimo que la nueva formulación no altera en su esencia lo dicho, pues al hablar simplemente de “persona” se sobreentiende que genéricamente abarca tanto el género femenino como el masculino.-

La modificación sustancial estriba en el saneamiento de una discusión doctrinaria y jurisprudencial, en cuanto a que la frase “por cualquier vía” se prestaba a dos interpretaciones – una amplia y otra restrictiva – al entenderse que ciertos actos abusivos eran considerados dentro del párrafo segundo del art. 119 – abuso sexual gravemente ultrajante – conformando la interpretación restrictiva; en tanto que otros entendíamos que la “vía bucal” se consideraba que un abuso sexual con acceso carnal – violación –, conformando la interpretación amplia.-

La norma modificada aclara que el abuso sexual con acceso carnal – violación – conserva la misma penalidad, la misma frase varias veces debatida “acceso carnal”, pero aclara enfáticamente que el mismo puede ser “por vía anal, vaginal o bucal” y se agrega otros conceptos tales como: “o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías” que no son novedosos pues ya figuraban en el Código Penal español (art. 179) y también en la disidencia que había realizado la Dra. María Elena Barbagelata en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014.-

II.-Significado del concepto “acceso carnal”

Quizás el legislador ha perdido una oportunidad más para suprimir de la norma el tan controvertido concepto “acceso carnal” que tanto debate ha suscitado en la doctrina, para sustituirlo por el término “penetración”.-

En efecto, el término “acceso carnal” no tiene mayor predicamento en los antecedentes legislativos nacionales. Por ejemplo, el Código Tejedor en el libro II, sección I, Título III, “De los crímenes y delitos cometidos contra la honestidad” Capítulo II, arts. 252/253 “De la violación” habla de “aproximación sexual” ⁽¹⁾. El Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881 en el Título VI “De los delitos contra el orden de la familia y de la moral pública” en el Capítulo II trataba la “violación, estupro, corrupción de menores, rapto, ultrajes públicos a las buenas costumbres” (arts. 269/270) se refería en la violación al igual con el Código Tejedor a la “aproximación sexual” ⁽²⁾. Lo mismo acontece con el Código de 1886 en el Título III “Delitos contra la honestidad”, Capítulo II “De la violación” (art. 127) ⁽³⁾. En tanto que, el Proyecto Piñero - Rivarola - Matienzo de 1891 en el Título II, “Delitos contra la honestidad”, Capítulo I “Violación, estupro y ultraje al pudor” (art. 146) se sustituye la “aproximación sexual”

¹ ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel “*Digesto de codificación penal argentina*”, t. I, Ed. AZ Editora, Madrid, 1996, p. 373.

² Idem (ob. cit. t. II, p. 137).

³ Idem (ob. cit. t. II, p. 215).

por la palabra “concúbito” y el sujeto pasivo pasa a ser de “mujer” a “persona de uno u otro sexo” (4). En el Proyecto de Segovia de 1895 en el Título II, “Delitos contra la honestidad y las buenas costumbres” en el Capítulo II, “Violación, estupro y ultraje al pudor” (art. 162) reproduce el texto del Proyecto de 1891. El Código 1903 – ley 4189 – en el Título III, “Delitos contra la honestidad”, Capítulo II, “De la violación en el art. 19” reemplazaba los arts. 127 al 138 del Código de 1886 y también hablaba del “concúbito”. Recién inopinadamente en el Proyecto de 1906 aparece la fórmula “tener acceso carnal” introducida en el art. 121, luego pasa al Proyecto de 1917 (art. 119) para plasmarse en el “Código de 1921” (5). Posteriormente se reitera en los Proyectos de 1937, Proyecto Peco de 1941, Proyecto de 1951, Proyecto de 1953, Proyecto de 1960, leyes *de facto* 17.567, 21.338 y Proyecto de 1979.-

La ley 25.087 (B.O. 14/5/99) solamente cambia la expresión “tuviera acceso carnal” por la de “hubiere acceso carnal” lo que trae aparejado algunas interpretaciones disímiles en la doctrina y jurisprudencia.-

Recién en el Anteproyecto de reforma del M.J.D.H.N. de 2004 se cambia la frase en cuestión por la palabra “penetrare” y se aumenta la pena cuando la acción se realizare por la boca (6).-

En el Anteproyecto de reforma integral del Código Penal de 2014 (art. 126.1) se utiliza la palabra “practicare coito”. Con respecto a la redacción de este artículo uno de los miembros de la Comisión redactora – la Dra. María Elena Barbagelata – hace una

⁴ Idem (ob. cit. t. III, p. 589).

⁵ En tono conciliatorio MORENO (h) señala que: “Para calificar la acción que debe ejercitarse se usan términos distintos: Tejedor habla de aproximación sexual; Villegas, Ugarriza y García de aproximación sexual y el Código de 1886 usa la misma expresión, el Proyecto de 1891 se refiere a concúbito, en el 1906 emplea los términos de acceso carnal; y el código vigente reproduce estos últimos. *Pero todos ellos expresan un mismo y único concepto, entendiéndose que el delito se ejecuta por la unión sexual completa en las condiciones determinadas por la ley*” (Cfme. MORENO (h) Rodolfo “*El Código Penal y sus antecedentes*” t. IV, Ed. H.A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, ps. 237/238)

⁶ En la Exposición de Motivos se aclara: “... La violación, el más grave de los delitos de esa índole, fue redefinido con el fin de evitar algunos circunloquios o metáforas en la legislación vigente que conspiran contra la necesaria precisión que se requiere al imponer un castigo de tanta severidad. Se substituyó, por ese motivo, la referencia al “acceso carnal” expresión ésta que no termina de aclarar si comprende o no ciertas formas de comisión del delito como por ejemplo, la penetración efectuada con algún objeto distinto del pene, hipótesis ésta particularmente ultrajante y que en el texto proyectado se encuentra expresamente contemplada. En virtud de fundadas observaciones, la Comisión ha decidido efectuar modificaciones en parte terminológicas, reemplazando la expresión relación sexual por la acción de penetrar. Se suprimieron así mismo algunas menciones imprecisas como la del “sometimiento gravemente ultrajante” cuyo contenido y alcance interpretativo ha planteado varias dificultades. De todos modos los hechos que pudieran tener esa connotación se encuentran castigados en el texto proyectado a través de la referencia a las acciones de contenido sexual violento o intimidatorias...”

disidencia proponiendo el texto siguiente: “1. Se impondrá prisión de seis a quince años a quien **penetrare** a otra persona, u obligare a la víctima a penetrar por vía vaginal, anal o bucal con miembros corporales o con objetos en el caso de las dos primeras vías, en cualquiera de los siguientes supuestos... “ y en sus fundamentos manifiesta: “ Son tres los cambios significativos en relación al texto aprobado por mayoría: 1. La sustitución, en el inciso 1), de la expresión “practicare coito” por “penetrar”, utilizando una expresión adoptada por el Anteproyecto 2006. 2. La inclusión de la conducta de “obligar a la víctima a penetrar”, que de lo contrario quedaría configurada como un abuso sexual con pena sensiblemente menor. 3. La inclusión, en el mismo inciso, de la conducta de introducción de objetos que no merece a nuestro juicio la pena menor de dos a diez años de prisión prevista para el abuso sexual del art. 127 del Anteproyecto, sino la de seis a quince años de prisión. La introducción de objetos constituye una hipótesis de violación de entidad similar a la producida a través del órgano sexual o partes corporales como dedos etc. por las secuelas psicológicas tan o más graves que puede dejar en la víctima. En relación a ello, es importante destacar que la introducción de objetos es tipificada como violación en el art. 179 del Código Penal de España; en el art. 164 inciso b) del Código Penal de Portugal; en el art. 308 del Código Penal de Bolivia, y en el Anteproyecto de Reforma del Código penal de la República Oriental del Uruguay – art. 50 –, entre otros. Por otra parte, la introducción de objetos por vía vaginal o anal configura violación en los términos de los Artículos 7 1) g); 8 2) b) xxii; y 8 2) e) vi del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conforme los Elementos de los Crímenes aprobados en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte (3 al 10 de septiembre de 2002) (7). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por su parte, ha establecido que “las variaciones en el acto de violación pueden incluir actos que incluyen la inserción de objetos y/o el uso de orificios del cuerpo que no se consideran intrínsecamente sexuales” (8). La Corte Interamericana de Derechos

⁷ Así, los Elementos de los Crímenes establecen como violación, tanto para su consideración como delito de lesa humanidad (art. 7 del Estatuto) como de guerra (art. 8 del Estatuto): 1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. 2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

⁸ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso N° ICTR-96-4T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 686.

Humanos, en "Penal Castro Castro vs. Perú" ha determinado que "la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales sin consentimiento de la víctima. Además, en la perpetración de este delito se pueden usar otras partes del cuerpo del agresor u objetos e inclusive la penetración bucal del miembro viril" (9). Por todo ello se propone incluir dentro del tipo penal de violación la introducción de objetos por vía anal o vaginal, y además su supresión del art. 127 inciso 2, b). Se propone, además, la supresión en el inciso 1º, apartado b) del artículo 126, de la referencia a la imposibilidad de "resistir" por parte de la víctima, a fin de despejar cualquier posibilidad de exigencia de resistencia de parte de la misma para que se configure el delito, bastando para ello la falta de consentimiento o la imposibilidad de comprensión de la acción, sin más".-

En mi colaboración aportada al mencionado Anteproyecto también sugerí el término "penetrar" con el aditamento "con el pene", en el entendimiento que ese era significado que la doctrina y jurisprudencia le habían dado al verbo "acceder" (10). Por otra parte se debía tener en cuenta el art. 18 sobre los fundamentos para la determinación de la pena: "...4. En todos los casos serán circunstancias de máxima gravedad: ...b) La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual..." con lo cual podía incurrirse en el "abuso sexual gravemente ultrajante", figura que no estaba contemplada.-

Villada también apoyaba la fórmula propuesta por Barbaragelata en estos términos: "El delito – conforme al *anteproyecto* –, consiste en "*practicar coito*" con persona de uno u otro sexo, por vía vaginal, anal u oral. Desde ya es plausible que sea explícito en cuanto a las cavidades receptantes pero poco claro respecto al sujeto activo. Es que "practicar el coito", es un acto bilateral y sigue dando lugar a que se incluya la violación inversa. Con lo dicho, la fórmula propuesta por Barbagelata nos parece mejor ("penetración por vía anal, vaginal u oral")" (11).-

⁹ Corte IDH, Caso *del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C Nº. 160, párr. 310.

¹⁰ FIGARI Rubén "*Tratamiento de los delitos sexuales en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación*" en ZAFFARONI Eugenio - CARLES Roberto (Directores), BAILONE Matías (Coordinador) "*Anteproyecto del Código Penal de la Nación. Aporte para un debate necesario*" Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 900.

¹¹ VILLADA Jorge "*Reflexiones en torno al Anteproyecto de Reforma al Código Penal en materia de delitos sexuales*" en Idem. ob. cit. p. 822.

Hecha esta disquisición lo cierto y concreto es que la reforma ha reiterado el término “hubiere acceso carnal” impuesto por la ley 25.087 y sobre este particular se dijo – hasta la reciente reforma – que el núcleo típico de la figura lo constituye la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona por vía normal o anormal, de modo de hacer posible el coito o acto equivalente sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir que se produzca la eyaculación (*inmissio seminis*) ni que la penetración sea completa (*inmissio penis*) (12). De esta forma la ley requería sólo la penetración cualquiera sea su intensidad aunque solamente sea superficial, bastando para ello el llamado “coito vestibular o bulbar” y con ello se deducía que no era menester la desfloración y se descartaban los actos de acercamiento o tocamiento sexuales que no importaban una penetración física del órgano genital masculino, tales como los actos de mollicie, los torpes desahogos o el coito interfémora (13).-

En cuanto a lo referente a la conjunción copulativa existen dos concepciones que se han dado a través de tiempo y que en cierta forma han determinado el alcance del concepto: a) La biológica que atiende a la problemática desde un ángulo eminentemente fisiológico que impone el acoplamiento por vía naturales del cuerpo de la víctima sean normales o anormales. De esta manera a la primera la ubica únicamente en el conducto vaginal, es decir, que accede el hombre y es accedida la mujer, o sea, es el denominado coito normal. Pero ante la posibilidad de reacciones eróticas similares, ya sea por dotación glandular o sensibilidades de zonas erógenas se admite también la vía rectal

¹² FIGARI Rubén “*Casuística Penal. Doctrina y jurisprudencia*” Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 363; FONTAN BALESTRA Carlos “*Tratado de Derecho Penal*” t. V, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 67; NUÑEZ Ricardo “*Tratado de Derecho Penal*” t. III, vol. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 248; URE Ernesto “*Los delitos de violación y estupro*” Ed. Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 15; REINALDI Victor, “*Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087*” 2ª edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, p. 95.

¹³ SOLER Sebastián “*Derecho Penal argentino*”, t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 282; TENCA Adrian “*Delitos sexuales*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 77; MORAS MON Jorge “*Los delitos de violación y corrupción*” Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 20; LAJE ANAYA Justo-GAVIER Enrique, “*Notas al Código Penal argentino*”, t. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1995, p. 136; DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 83; DE LUCA Javier-LOPEZ CASARIEGO Julio-RIQUET Marcelo-FELLINI Zulita en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*”, t. IV, 2ª edición. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 599; ESTRELLA Oscar “*De los delitos sexuales*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 98/99; CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte especial*”, t. I, 7ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 211; FIGARI Rubén “*Delitos de índole sexual. Doctrina Nacional Actual*” 2º edición actualizada y ampliada, Ed. S&S editores, Río Cuarto, Córdoba, 2011, p. 135

femenina o masculina. Este criterio imponía una visión concreta y aproximada del órgano apropiado para el coito propiamente dicho; b) La otra concepción es la jurídica, que es donde los límites del acceso carnal se amplían en forma considerable admitiendo toda actividad directa de la libido, natural o no en que exista una intervención de los genitales del actor que pueda representar el coito, o una forma degenerada o equivalente de éste (14). La adopción de cualquiera de estas dos hipótesis llevaría a determinar la ubicación legal de la *fellatio in ore* – cuestión dirimida por la reforma –.

Buompadre con esta anterior referencia esbozaba sus reparos tanto para el criterio biológico como el jurídico ya que, según su apreciación, el primero resultaba demasiado estricto frente al texto de la ley, pues al hacerse referencia a la “persona de uno u otro sexo” se está admitiendo de manera expresa la posibilidad del acceso carnal por vía anal de lo que se concluye que el sujeto pasivo del delito también puede ser un varón – en efecto lo es, pues tanto ahora como antes se hablaba de que el sujeto pasivo podía ser persona de uno u otro sexo –. En cuanto al segundo criterio lo motejaba de excesivo debido a que su aceptación sin reservas llevaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden encuadrarse en este título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad (art. 18 C.N.) que prohíbe precisamente, la aplicación analógica *in malam partem* de la ley penal. De modo que al descartar el criterio biológico por insuficiente, consideraba que el criterio jurídico tampoco propone un concepto preciso de acceso carnal, de que podía inferirse que también quedan abarcados en la forma el coito oral otras prácticas sexuales equivalentes, cuestión con la que no estaba de acuerdo (15).-

Soler define el acceso carnal como la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal. “Es una enérgica expresión – refiriéndose al acceso carnal – que significa la penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. Esta inteligencia se deduce, además, de la referencia que hace el C.P., 127, a otros abusos deshonestos sin que haya acceso carnal” (16).-

¹⁴ BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte especial*”, t. II, 2ª edición actualizada, Ed. Mave, Corrientes, 2009, ps. 391/393.

¹⁵ Idem (ob. cit. p. 393); DONNA Edgardo “*Delitos contra la integridad sexual*”, 2ª edición actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2005, p. 60 quien también aduce que ninguno de los dos criterios acierta con la precisión que concuerda con el principio de legalidad. “El acceso carnal es sin duda un concepto normativo del tipo, cuyo contenido debe ser buscado en lo que culturalmente se entiende por tal, en relación al bien jurídico protegido”.

¹⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. t. III, p. 281)

Para Ure la acepción “acceso carnal” se entiende como la penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal ⁽¹⁷⁾.-

Núñez consigna que no obstante la carencia de antecedentes explicativos de la fórmula no ha impedido a la doctrina llegar a un absoluto acuerdo, por lo menos acerca de que “tener acceso carnal”, significa introducción, aunque imperfecta, el órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima. Agrega que: “La posibilidad de que el acceso sea con “persona de uno u otro sexo” (art. 119), señala en forma indudable que la ley no sólo se refiere al ayuntamiento carnal, según natura, entre un varón y una mujer, por la vía copulativa de ésta, sino también el concubito contra natura por vía rectal” ⁽¹⁸⁾.-

Donna entiende que no hay duda que el acceso carnal es la penetración del órgano masculino en la vagina de la mujer, considerando de esta manera el concepto básico de acceso carnal, dentro de una concepción cultural más conservadora, ahora, si busca un concepto más amplio que abarque una idea de lo sexual no discriminadora del “otro”, se puede extender la idea de acceso carnal a la penetración del órgano masculino vía anal. “En estos dos conceptos se engloba la idea de acceso carnal como forma análoga de cópula sexual, como el término es normativo, varía según las épocas, de allí que el legislador debe esforzarse en conceptualizarlo más. Pero está claro que se trata de un concepto de claro contenido sexual y además que tiene que ver con el acto sexual básico” ⁽¹⁹⁾.-

Finalmente, Creus-Buompadre en forma contundente sostiene que como el acceso carnal abusivo tiene como sujetos pasivos tanto la mujer como el hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se realiza por vía vaginal como cuando se realiza por vía anal ⁽²⁰⁾. En igual sentido se pronuncian Fontán Balestra ⁽²¹⁾, Peco ⁽²²⁾, Manigot ⁽²³⁾, Pagano (h)-Rodríguez Grondone ⁽²⁴⁾, Estrella-Godoy Lemos ⁽²⁵⁾, etc..-

¹⁷ URE Ernesto “*Los delitos...*” (ob. cit. p. 15)

¹⁸ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III, vol. II, p. 248)

¹⁹ DONNA Edgardo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 61).

²⁰ CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 209).

²¹ FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit., t. V, p. 63)

²² PECO José “*El delito de violación*” LL-5-42

²³ MANIGOT Marcelo “*El Código Penal anotado y comentado*” t. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 369.

La ley 25.087 sustituyó el término “tenga acceso carnal” por el de “hubiere acceso carnal” que se conserva con la reforma introducida por la ley 27.352, y ello trajo consigo algunas interpretaciones encontradas, sobre todo con referencia al papel que jugaba el sujeto activo en este tipo de delito. En efecto, anteriormente era doctrina mayoritaria que el sujeto activo del delito sólo podía serlo el hombre pues era quien mediante una actividad viril consistente en la penetración o introducción completa o incompleta, llevada a cabo con su órgano sexual el acceso en cavidad del sujeto pasivo, pues se suponía un sujeto accedente y un sujeto accedido. El término especificado en la ley al requerir que el autor “tenga acceso carnal” impide que se pueda considerar sujeto activo a la mujer o al pederasta pasivo que se hace penetrar por el varón. No obstante ello, había un sector de la doctrina que entendía que era posible la violación inversa. Entre ellos se encontraba Carrara, Maggiore y la mayoría de la doctrina italiana, como así también en nuestro país lo entendían Peco, Molinario, Gomez y Fontán Balestra.-

Más luego que se articulara la reforma antes mencionada, la cuestión no se advertía tan clara.-

En una tesis restrictiva se consideraba que el autor material del hecho sólo podía ser el hombre porque es el único que puede penetrar y el que posee el miembro viril que sirve para aquello. En el caso de la mujer la cuestión pasaba por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrarla, no obstante que Núñez afirma que esto sería posible en el caso de una deformación del órgano sexual de la mujer – clítoris hipertrofiado – ⁽²⁶⁾ y en la medida que el legislador insista en usar las palabras “acceso carnal” de modo que cuando un hombre o una mujer es penetrado por objetos, el tipo se desplaza al sometimiento sexual gravemente ultrajante. Donna estima que el problema se suscita en los casos en que la mujer actúe como autor mediato, esto es, valiéndose de un inimputable o de alguien que actúe por error. En estos casos si la violación es un delito de propia mano, no podría tipificarse el art. 119, párrafo tercero del C.P.. Contrariamente, si no se trata de este tipo de delito la cuestión cambiaría y podía ser autor el que ejerce violencia sobre la persona, como quien realiza el acceso carnal, por lo tanto de admitirse esta tesis, quien ejerce la violencia sobre la

²⁴ PAGANO (h) José-RODRIGUEZ GRONDONE Carlos “*Manual del Derecho Penal*” Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 41.

²⁵ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto “*Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*” t. I, 2º edición, Ed, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 419

²⁶ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III, vol. II, p. 250).

víctima, como el autor detrás del actuante, será considerado autor idóneo. Concluye en que estos son delitos de actividad y no de resultado, debido a que predomina el desvalor de acción frente al desvalor de resultado. Así el mismo es prevalentemente neutro frente al derecho y el desvalor se constituye porque al autor de está prohibida la acción y los terceros que no participan de este círculo sólo podrán ser cómplices del autor principal, pero no coautores o autores mediatos (27).-

La tesis amplia entendía que el nuevo diseño legal – ley 25.087 – permitía sostener que el sujeto activo del delito podía ser tanto un hombre como una mujer sustancialmente fundamentándose seis razones: a) La propia normativa no hacia ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos indiferenciados; b) El término acceso carnal, si bien en su sentido literal y semántico equivale a penetración, no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo ya que no es este ni su significado gramatical ni el legal; c) Habiéndose trazado una gradación de los comportamientos punibles en atención a su gravedad, sería una contrasentido admitir la indiferenciación de los sujetos en la figura básica y no hacerlo en la agravada y el fundamento de la reforma ha residido en ampliar el círculo de posibles sujetos activos; d) La expresión “acceso carnal” debe traducirse como equivalente de cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc. en la que interviene dos personas, una de las cuales debe ser necesariamente varón, de manera que se produzca la penetración del órgano genital en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. De manera que si el acceso carnal quiere todas esas cosas, no puede dudarse que esos comportamientos pueda realizarlos tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitualmente entre sí; e) el remplazo del verbo típico “tuviere” del anterior art. 119 por “hubiere” en el nuevo texto deriva de una

²⁷ DONNA Edgardo “Delitos... “(ob. cit. ps. 67/68). En esta posición restrictiva se adhieren GAVIER Enrique “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 31; EDWARDS Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 33 y LAJE ANAYA Justo-GAVIER Enrique (ob. cit. ps. 343/345); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 212) rechazan la idoneidad de la mujer como sujeto activo posible de los delitos comprendidos en el capítulo, debido a que sólo el hombre pueda acceder. FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 173/174). El hecho de haberse sustituido la palabra “tener” por “haber” pasaría a un segundo plano ya que ello no modifica en nada el núcleo central de la figura típica que es lo que realmente importa, además ambas palabra tienen una significación similar. *Haber* del latín *habere* significa poseer una cosa, tenerla, apoderarse o no de alguna persona o cosa, conseguir tenerla en su poder. *Tener* del latín *tenere* que significa asir una cosa o mantenerla asida; poseer y gozar, sostener, mantener, poseer, sujetar o dominar una cosa con otra. Frs. Haber entre ellas alguna relación, semejanza o conexión que permita comparar; tener que ver un hombre con una mujer. Frs. Tener relación sexual. MORENO RODRIGUEZ Rogelio “*Diccionario de ciencias penales*” Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 2001; GOLDSTEIN Raúl “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993; MORAS MON Jorge (ob. cit. p. 73); SOLER Sebastián (ob. cit. p. 285).

interpretación que necesariamente tiene que ser diferente a la que se venía manejando con el tipo penal derogado. El verbo “tener” no posee el mismo significado que el verbo “haber”. Ante la doctrina dominante había considerado el acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima porque era el hombre el único que podía “tener” acceso carnal. En cambio ahora no se requiere que el autor “tenga” acceso carnal, sino que en el abuso sexual “hubiere” acceso carnal, es decir, que la modalidad exige que en el marco del contexto sexual haya habido acceso carnal; f) El bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad sexual de la persona se vea afectada cuando la conducta es llevada a cabo tanto por un hombre como por una mujer, pues de lo que se trata este comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor, sea porque la víctima es menor de trece años, sea porque haya utilizado alguno de los medios expresamente determinado en la norma, o porque se trata de una víctima especialmente vulnerable ⁽²⁸⁾.-

Con respecto al sujeto pasivo no había ningún tipo de controversia pues se aclaraba que la persona podía ser de uno u otro sexo, lo cual continúa con la nueva redacción.-

III.-Del acceso carnal “por cualquier vía” a lo estipulado por la ley 27.352.

Un párrafo aparte merecía la antigua redacción “por cualquier vía” lo que concitaba algunas interpretaciones contrarias con respecto a la *fellatio in ore*, pues de esta forma se planteaba una tesis restringida – cuestión que se mencionó *ut-supra* – en el sentido que la *fellatio* no constituía una violación y entraba en el marco del abuso sexual ultrajante y una tesis amplia que lo consideraba una violación. Entre los primeros se enrolaban Núñez ⁽²⁹⁾; Creus ⁽³⁰⁾; Laje Anaya - Gavier ⁽³¹⁾; Buompadre ⁽³²⁾; Edwards

²⁸ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 397/399). En igual sentido aunque apelando a distintos argumentos REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 105/106); CLEMENTE José “*Abusos sexuales*” Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, ps. 100/101; TENCA Adrián (ob. cit. p. 94); PARMA Carlos “*Delitos contra la integridad sexual*” Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 76; BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar “*Código Penal y Leyes complementarias. Comentado y concordado*” t. I, 6° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 1050/1051; FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V, p. 87); AROCENA Gustavo “*Delitos contra la integridad sexual*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 59; ACHAVAL Alfredo “*Las modificaciones al art. 119 del Código Penal efectuadas por la ley 25.087: Delitos contra la integridad sexual*” JA, 1999 -III -1025; D’ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) “*Código Penal comentado y anotado*” t. II, 2° edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009/2010, p. 172; DE LUCA Javier - LOPEZ CASAGRIEGO Julio (ob. cit. ps. 91/92) e igualmente en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores) TERRAGNI Marco (Coordinador) (ob. cit. t. IV, ps. 605/606).

²⁹ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t III, V. 2, p. 248);

³⁰ CREUS Carlos (ob. cit. ed, 1992, p. 188)

³¹ LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 349, edición 2000)

(³³); Donna (³⁴); Pandolfi (³⁵); Tenca (³⁶); Clemente (³⁷); Breglia Arias - Gauna (³⁸); De Luca - Lopez Casariego (³⁹); Aboso (⁴⁰) y González (⁴¹). Entre los segundos – tesis amplia – se contaban a Peco (⁴²); Manigot (⁴³); Pagano (h) - Rodriguez Grondone (⁴⁴); Fontán Balestra (⁴⁵); Soler (⁴⁶); Moras Mon (⁴⁷) Vázquez Iruzubieta (⁴⁸); Ure (⁴⁹); Garona (⁵⁰); Goldsztern (⁵¹); Estrella - Godoy Lemos (⁵²); Chiappini (⁵³); Reinaldi (⁵⁴); Villada (⁵⁵); Parma (⁵⁶); Estrella (⁵⁷); Achaval (⁵⁸); Arocena (⁵⁹); D' Alessio (⁶⁰); Riquert (⁶¹); Figari (⁶²). Cabe agregar que en favor de una u otra tesis se ha pronunciado ingente jurisprudencia que no es factible transcribir en razón de las características de este trabajo. -

³² BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 395/396); “La *fellatio in ore*” no es una violación” LL. 1984- 861

³³ EDWARDS Carlos (ob. cit. ps. 29/30)

³⁴ DONNA Edgardo “*Delitos*” (ob. cit. p. 66)

³⁵ PANDOLFI Oscar “*Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 45 y sgtes.

³⁶ TENCA Adrián (ob. cit. p. 85 y sgtes.) y “*La tipificación de la fellatio in ore. Lineamientos para una reforma legislativa que se impone*” LL Sup. Act. 17-04-0-2008, p. 2

³⁷ CLEMENTE José (ob. cit. p. 96)

³⁸ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. ps. 1147/1149)

³⁹ DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 86/88) y en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores) TERRAGNI Marco (Coordinador) (ob. cit. t IV, ps. 599/603)

⁴⁰ ABOSO Gustavo “*Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*” 3ª edición, Ed. B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2016, p. 617

⁴¹ GONZALEZ Ramón “*Fellatio in ore e interpretación restrictiva de la ley penal*” LL, Litoral, 2005-580; “*Otra vez sobre la fellatio in ore y la interpretación judicial*” LL, Cuyo, 2009 -22

⁴² PECO José (ob. cit. p. 42)

⁴³ MANIGOT Marcelo (ob. cit. t. I, p. 369)

⁴⁴ PAGANO (h) José - RODRIGUEZ GRONDONE Carlos (ob. cit. p. 41)

⁴⁵ FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 64) y “*Delitos sexuales*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 63.

⁴⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 305)

⁴⁷ MORAS MON Jorge (ob. cit. p. 23)

⁴⁸ VAZQUEZ IRUZUBIETA Carlos “*Código Penal comentado*” t. II, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 277

⁴⁹ URE Ernesto (ob. cit. p. 17)

⁵⁰ GARONA José “*Violación, estupro y abuso deshonesto*” Ed. Lerner, Córdoba, 1971, p. 32

⁵¹ GOLDSZTERN Noemi “*Manual de Derecho Penal*” LEVENE (h) Ricardo (Dirección) Ed. Zabalía, Buenos Aires, 1978, p. 185.

⁵² ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 420)

⁵³ CHIAPPINI Julio “*Cuestiones de Derecho Penal*”, Ed. Librería Editora Platense S.R.L., Buenos Aires, 1982, p. 68.

⁵⁴ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 101/102)

⁵⁵ VILLADA Jorge “*Delitos sexuales*” Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 64.

⁵⁶ PARMA Carlos (ob. cit. p. 74/76)

⁵⁷ ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 102/107)

⁵⁸ ACHAVAL Alfredo (ob. cit. JA 1999 -III -1025)

⁵⁹ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 72) y AROCENA Gustavo - BOUVIER Hernán “*Sobre la fellatio in ore*” Ed. Advucatus, Córdoba, 2000, ps. 77 y sgtes.

⁶⁰ D' ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 177)

⁶¹ RIQUERT Fabián “*El bien jurídico protegido de los delitos sexuales. La fellatio in ore ¿Constituye el abuso sexual con acceso carnal?*” en “*Temas de Derecho Penal argentino*” FERRARA Juan (Director) SIMAZ Alexis (Coordinador) Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 427/428.

⁶² FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 156/159)

Con la nueva redacción propuesta por la ley 27.352 es evidente que varios de Garona ⁽⁶³⁾; Goldsztern ⁽⁶⁴⁾; Estrella - Godoy Lemos ⁽⁶⁵⁾; Chiappini ⁽⁶⁶⁾; Reinaldi ⁽⁶⁷⁾; Villada ⁽⁶⁸⁾; Parma ⁽⁶⁹⁾; Estrella ⁽⁷⁰⁾; Achaval ⁽⁷¹⁾; Arocena ⁽⁷²⁾; D'Alessio ⁽⁷³⁾; Riquert ⁽⁷⁴⁾; Figari ⁽⁷⁵⁾. Cabe agregar que en favor de una u otra tesis se ha pronunciado ingente jurisprudencia que no es factible transcribir en razón de las características de este trabajo. los que hemos incursionado en estos temas debemos revisar nuestras posiciones expuestas oportunamente con la vieja legislación de la ley 25.087.-

En efecto, en primer término y como ya se explicó *ut supra* nada cambia en el tercer párrafo del art. 119 con respecto a la frase “hubiere acceso carnal” y se continuará quizás con las mismas críticas sobre el particular.-

Sí hay un cambio al eliminar en el primer párrafo la frase “persona de uno u otro sexo”, que como también se dijo, no trae mayores problemas en la interpretación pues se sobreentiende que la palabra “persona” abarca a ambos sexos.-

Los partidarios de que el acceso carnal por vía oral era una actividad que iba a encasillarse en el abuso sexual gravemente ultrajante han quedado huérfanos de fundamentación, pues claramente la norma dispone que el acceso carnal por vía oral constituye una violación, descartando la ambigüedad que proponía la anterior frase “por cualquier vía”.-

Los que entendíamos que el sujeto activo debía ser necesariamente un hombre por ser el que penetraba con su miembro viril también cosechamos nuestro revés ya que el sujeto activo – según la norma – puede ser tanto varón como mujer al consignar la frase “realizare otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo por alguna

⁶³ GARONA José “Violación, estupro y abuso deshonesto” Ed. Lerner, Córdoba, 1971, p. 32

⁶⁴ GOLDSZTERN Noemi “Manual de Derecho Penal” LEVENE (h) Ricardo (Dirección) Ed. Zabalía, Buenos Aires, 1978, p. 185.

⁶⁵ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 420)

⁶⁶ CHIAPPINI Julio “Cuestiones de Derecho Penal”, Ed. Librería Editora Platense S.R.L., Buenos Aires, 1982, p. 68.

⁶⁷ REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 101/102)

⁶⁸ VILLADA Jorge “Delitos sexuales” Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 64.

⁶⁹ PARMA Carlos (ob. cit. p. 74/76)

⁷⁰ ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 102/107)

⁷¹ ACHAVAL Alfredo (ob. cit. JA 1999 -III -1025)

⁷² AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 72) y AROCENA Gustavo - BOUVIER Hernán “Sobre la fellatio in ore” Ed. Advucatus, Córdoba, 2000, ps. 77 y sgtes.

⁷³ D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 177)

⁷⁴ RIQUERT Fabián “El bien jurídico protegido de los delitos sexuales. La fellatio in ore ¿Constituye el abuso sexual con acceso carnal?” en “Temas de Derecho Penal argentino” FERRARA Juan (Director) SIMAZ Alexis (Coordinador) Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 427/428.

⁷⁵ FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 156/159)

de las dos primeras vías” – anal o vaginal –. El sujeto pasivo no cambia pues también puede ser un varón como una mujer.-

Con respecto a esta frase mencionada anteriormente los actos análogos son actos de penetración con objetos – sean estos palos, botellas, consoladores y la variedad que la imaginación perversa pueda poner en práctica –.-

“O partes del cuerpo” dice la ley, en esta situación se abarca tanto el miembro viril masculino como los dedos, la lengua – *cunnin lingus* – pues constituyen parte del cuerpo humano, lo que puede acontecer tanto por vía anal como vaginal. Circunstancias que mayoritariamente se había entendido que se encuadraba en el abuso sexual gravemente ultrajante.-

De hecho que la nueva redacción del tercer párrafo del art. 119 es una réplica del art. 179 del Código Penal español, salvo la pena que en nuestro caso va de seis a quince años de reclusión a prisión y en el español la mínima es la misma y el máximo llega a los doce años de prisión.-

Muñoz Conde al comentar dicho artículo manifiesta que el círculo de sujetos activos que puede llegar a cometer los hechos del art. 179 depende de la conducta que se realice. Por ejemplo, no hay duda de que tanto el hombre como la mujer puedan ser sujetos activos de esta modalidad cualificadora consistente en la introducción de objetos, pero la introducción como tal debe referirse a objetos – palo, dedo [acoto que el dedo no es un objeto sino una parte del cuerpo humano], etc. – y a cavidades – vaginal o anal – que tengan una evidente connotación sexual – meter una cucharita de café o un dedo en la boca o el oído no puede constituir una modalidad agravada e incluso difícilmente constituirá una verdadera agresión sexual –. Agrega que, cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal o bucal es evidente que el sujeto activo puede serlo el hombre, siendo indiferente que el sujeto pasivo de la penetración anal o bucal sea hombre o mujer. Más compleja es la respuesta cuando el sujeto activo del acceso carnal es la mujer pues un acceso carnal con sujetos activo y pasivo femeninos, conseguido mediante violencia o intimidación, puede incluirse en el tipo del art- 179 sin violentar el sentido del literal posible de “acceso carnal”, entendido como relación sexual la que intervienen los órganos genitales sin necesidad que se dé la penetración, bastando pues la práctica fricativa o “*coniuetio membrorum*”. “Pero el problema es más de carácter valorativo que gramatical: ¿Debe ser valorada penalmente una relación de este tipo así conseguida como las otras conductas de penetración?. La cuestión se complica aún más cuando el sujeto activo es femenino pero el sujeto pasivo es

masculino. Ciertamente, es difícilmente imaginable un acceso carnal en el que la mujer, mediante violencia o intimidación, se hace penetrar por un hombre, pero teóricamente cabe incluir este caso dentro del concepto de acceso carnal, aunque de nuevo se plantean las mismas dudas de carácter valorativo, presentadas por la rareza de este tipo de prácticas. Este podría ser el caso cuando una mujer (o un hombre) se introduce el pene de la víctima (en estos casos, en los que se emplea violencia o intimidación, generalmente flácido) en la boca. También se plantea esta posibilidad si se le da al hombre una droga o medicamento (por ej. viagra) que le produzca un estado de gran excitación sexual, pero ello no constituye de por sí la violencia o intimidación que requiere el delito de agresión sexual. La ambigüedad de la expresión “acceso carnal” admitiría, pues, prácticamente todas las posibles combinaciones: hombre - mujer, mujer - hombre, hombre - hombre, mujer - mujer. Pero la cualificación del art. 179 debe reservarse para los casos verdaderamente graves y no parece serlo tanto, desde luego, aquellos en lo que una mujer realiza una práctica fricativa con otra mujer o en lo que la mujer (o el hombre) se hacen penetrar, mediante violencia o intimidación por un hombre. Parece, pues, que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración (vaginal, anal o bucal), por lo que, en relación con el art. 179 ésta sólo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos y responder como coautora si ejerce la violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal. Fuera de estos supuestos, la agresiones sexuales de la mujer abran de ser reconducida al tipo básico de la agresión sexual” (76).-

IV.-Abuso sexual gravemente ultrajante ¿Qué queda incluido?.

Finalmente, cabe analizar y preguntarse ahora para aquéllos que incluían ciertas conductas, entre ellas la *fellatio in ore*, en el segundo párrafo del art. 119 – abuso sexual gravemente ultrajante – cuya redacción queda indemne tras la reforma actual.-

En realidad esta figura se trata de un injerto de un tipo intermedio entre la figura base del abuso sexual y éste con acceso carnal que trata de atrapar situaciones que en cierta forma no estaban comprendidas en la normativa derogada y que respondían a una evaluación cualitativa del daño provocado tanto desde el punto de vista físico como psíquico del sujeto pasivo, porque al decir de Tenca no es lo mismo el tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima, que llevar a cabo un acto que tenga otro

⁷⁶ MUÑOZ CONDE Francisco “*Derecho Penal. Parte especial*” 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ps. 193/195.

tipo de connotación más relevante y que, por ende, importe un ultraje a la persona y su dignidad, como por ejemplo la introducción de un dedo en la vagina o el ano ⁽⁷⁷⁾. Sí bien anteriormente ambas circunstancias expuestas se contemplaban bajo la forma de un abuso deshonesto – hoy día violación – esta nueva categoría pretende ser más abarcativa de las situaciones que contempla y en eso se ha afincado la intención legislativa.-

Es así según los Antecedentes Parlamentarios el diputado Cafferata Nores expresaba: “existen situaciones que no son contempladas por la legislación vigente. Situaciones de ultraje grave que llegan a la penetración y a la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, deben ser regulados de modo tal que puedan satisfacer las demandas sociales en este tema, sin dejar excesivamente abierto el tipo penal. Pero no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de “sometimiento” de la víctima, de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical. La formula incorporada pretende retribuir suficientemente vejámenes que no lo están en el marco del Código Penal vigente, mediante una expresión que agrava de modo progresivo, conductas que son altamente dañosas para la víctima” ⁽⁷⁸⁾.-

Interpretando la figura del abuso sexual gravemente ultrajante, en consideración con los fundamentos del proyecto, según Laje Anaya-Gavier el tipo estaba destinado a acompañar el abuso sexual con acceso carnal como surge de varios pasajes del texto. En efecto, la concepción de la acción es más amplia que en el Código actual, decían, ya que *permite incriminar como violación*, a todo tipo de penetración incluyendo casos como la *fellatio in ore* y la penetración anal, situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración como *cunnin lingus*, la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino, el sometimiento *violento* y *prologando* que no culmine en la penetración. La tradición y la oportunidad biológica han otorgado a la violación vaginal un lugar principal como crimen, pero la invasión puede ocurrir a través de la boca y del ano o por otros actos igualmente gravosos para la integridad sexual de la víctima, y si bien *el pene sigue siendo el arma favorita de los violadores*, no es de hecho su única herramienta, palos, botellas y aún dedos son muchas veces sus sustitutos. Entonces, se preguntan ¿Quién puede decir que la humillación sufrida por la penetración anal u oral forzada es una violación menor de los espacios íntimos, privados, una menor injuria a la mente, al espíritu, al sentido de sí misma de la víctima?. Todos estos actos forzados

⁷⁷ TENCA Adrián (ob. cit. p. 57)

⁷⁸ Antecedentes Parlamentarios ps. 1614/1615

deben ser tratados como ofensas igualmente graves desde la perspectiva del Derecho, dado que la vía de penetración es menos significativa que la degradación, a los efectos de la injuria al bien jurídico a tutelar ⁽⁷⁹⁾.-

Por su parte, Gavier aprecia que la diferenciación ha sido introducida acertadamente por el legislador porque hay hechos de suma gravedad que no podrían estar reprimido con la misma pena que un tocamiento furtivo de nalga o senos en un colectivo repleto de pasajeros. De todas formas “en este nuevo tipo de abuso sexual que, en lo que hace a la estructura del tipo, sujetos, conducta material, aspectos subjetivos y consumación y caracteres, son los mismos que en el abuso sexual del primer párrafo... pudiendo ser sujetos activos y pasivos cualquier persona – varón o mujer – ... la razón determinante de la mayor criminalidad del hecho reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización son gravemente ultrajantes” ⁽⁸⁰⁾. Es así que tal sometimiento equivale a un dominio o humillación y lo hay cuando el autor y no la víctima es quien toma decisiones sobre su comportamiento sexual ⁽⁸¹⁾.-

Esta figura está caracterizada básicamente por dos conductas: duración y circunstancias de su realización. En cuanto a la primera se hace alusión a una suerte de reiteración o repetición de actos impúdicos, es decir, que no son ocasionales o circunstanciales y presentan características similares, realizados bajo algunas de las circunstancias previstas en el primer párrafo del art. 119. Donna refiere que este tipo de abuso debe prolongarse temporalmente, es decir, que dure más tiempo de lo normal o que se trate de una modalidad reiterada o continuada, a través del tiempo y esa excesiva prolongación implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima ⁽⁸²⁾.-

Si el acto se alarga por un tiempo más prolongado que el necesario, no requiere necesariamente de reiteración sino que se refiere a un acto único e indebido, que se prolonga en el tiempo de modo tal que provoca un ultraje grave. “Así, no es lo mismo un beso en la boca dado contra la voluntad de la víctima, que se lleva a cabo valiéndose el actor de la cercanía circunstancial de los labios de uno y otro (producto de una

⁷⁹ LAJE ANAYA Justo-GAVIER Enrique (ob. cit. ps. 340/341)

⁸⁰ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 29).

⁸¹ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 86).

⁸² DONNA Edgardo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 48). CLEMENTE pone como ejemplo al victimario que sustrae o retiene a una persona de uno u otro sexo, menor de trece años dentro del domicilio, efectuando actos de abuso sexual reiterados que no llegan al acceso carnal o a su tentativa, durante un tiempo prolongado (Cfme. CLEMENTE José ob. cit. p. 83)

aglomeración, por ejemplo) a que la víctima sea tomada por sus brazos debiendo soportar ser besada lascivamente durante dos horas” (83). Asimismo, en la misma línea argumentativa se dice que se trata de una excesiva prolongación temporal de la afección sobre el cuerpo de la víctima que a su vez afecta la integridad física y la libertad de la víctima, sin llegar a constituir otro delito (84) o también se hace alusión a una innecesaria o excesiva prolongación en el tiempo, más de lo que normalmente se requiere para consumación del hecho y se agrega al vejamen que por sí conlleva el abuso sexual, esto es, un plus vejatorio degradante para la dignidad de la víctima (85).-

A fuer de decir verdad la cuestión temporal o circunstancia fáctica temporal no reviste el carácter de una relación o ecuación de naturaleza cuantitativa, pues ello queda a criterio de la apreciación del juzgador en cada caso concreto, lo que pone de manifiesto que se está en presencia de un tipo penal abierto, quizás excesivamente abierto. De allí que se ha afirmado que “el problema estriba en cuál es el tiempo, de modo que el tipo penal queda abierto a la apreciación subjetiva del juez, de manera que se ha creado un tipo penal que está en el límite de la inconstitucionalidad” (86).-

El otro aspecto del tipo está circunscripto a las “circunstancias de su realización” lo que hace referencia a un acto sumamente dañoso – un “plus” – para la víctima, en virtud de ser el mismo degradante o por la puesta en el peligro de aquélla.-

Se trataría de hechos que por su inherencia en lo realizativo, en lo que hace a modalidades de circunstancias de modo o de lugar y se agregaba, por la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino – circunstancia que ahora pasa al tercer párrafo del art. 119 con la reforma – violentan en forma grosera la dignidad de la víctima. De esta manera quedan incluidos en el caso los actos de abuso sexual en forma pública o escandalosa o privada pero humillante, ni más ni menos que la cosificación de la víctima.-

Estas modalidades a las que se ha hecho referencia constituyen el sometimiento (87) gravemente ultrajante (88). Se da esta perspectiva en el caso, que mediando en

⁸³ TENCA Adrián (ob. cit. p. 58)

⁸⁴ PARMA Carlos (ob. cit. p. 66)

⁸⁵ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 56); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 85) citados por FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 107/109)

⁸⁶ DONNA Edgardo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 48); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 84); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 389). “No es la víctima quien debe evaluar la gravedad de sometimiento sexual del que fue objeto, sino el juez a través de parámetros objetivos” (Cfme. CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 208)

⁸⁷ Sometimiento es la “acción y efecto de someter”, o sea, “subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otra persona” (Cfme. CAFFERATA NORES José “*El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual*” L.L. 2000-C-251)

términos generales algún tipo de fuerza o violencia, se expone a la víctima bajo el dominio de otra, reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosa sobre la que se ejerce un dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal. De allí que se entienda que el significado de “sometimiento” se nutre de dos componentes, uno subjetivo y otro objetivo, que perfilan su significado: el uso de violencia y el ánimo particular de someter a la víctima como objeto sexual. “Así, pues la duración del abuso sexual o la circunstancia de su ejecución son condiciones necesarias, pero no suficiente para dar realidad al sometimiento: es condición esencial que el autor procure mediante esta modalidad de comisión subyugar a la víctima como simple objeto de sus apetencias sexuales. La degradación de la dignidad de la persona se consume cuando ella es tratada como objeto, como medio para un fin – según prohíbe la máxima kantiana – razón de la agravante del abuso sexual del segundo párrafo del art. 119 del C.P...”⁽⁸⁹⁾.-

En la legislación española no se advierte una figura independiente como la nuestra sino que el ejercicio de violencia o intimidación que revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio constituyen agravantes de los delitos de violación y abusos sexuales (art. 180. Inc. 1, art. 181.5) y se aclara que: “No cabe, sin embargo, el concurso entre la cualificación 1ª (carácter particularmente degradante o vejatorio) y el delito contra la integridad moral del art. 173. 1 pues, el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual”⁽⁹⁰⁾.-

En conclusión, en el abuso sexual gravemente ultrajante, quedan incluidos aquellos actos violentos o intimidatorios o a menores de trece años que impliquen, por su duración o por las circunstancias de su realización, un sometimiento o cosificación de la víctima que afecte física y psíquicamente a ésta – como podría ser, por ej. la eyaculación sobre el rostro u otra parte del cuerpo de la víctima – y se descartan – como se venía haciendo antes – los actos en los que se utilizaban “consoladores”, palos, botellas, dedos, *cunnin lingus* o cualquier otro elemento. Todo ello ya no constituye un abuso sexual gravemente ultrajante y pasa a ser abuso sexual con acceso carnal o violación con el consiguiente aumento de la pena.-

⁸⁸ Ultrajar es “tratar con desvío a una persona” (Cfme. Idem. ob. cit. L.L. 2000-C-251)

⁸⁹ ABOSO Gustavo “*Indemnidad sexual y sometimiento sexual gravemente ultrajante de menor de edad. La cosificación de la víctima*” L.L.2003-B-828; FIGARI Rubén “*Una acertada interpretación judicial sobre el abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del C.P.)*” LLC 2004 (noviembre), 1017.

⁹⁰ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 199)

Quizás, tal como se hizo con respecto al párrafo tercero del art. 119 al implementar una copia del art. 179 del Código Penal español, hubiera sido adecuado que el legislador hubiese suprimido la figura del abuso sexual gravemente ultrajante – que genera aún en la doctrina y jurisprudencia algunos entredichos – y parigual que el Código Penal español introducir las circunstancias vejatorias y degradantes ⁽⁹¹⁾ como agravantes del abuso sexual del primer párrafo del art. 119 del C.P..-

⁹¹ Al comentar el art. 173.1 párr. 1º Muñoz Conde refiere que el trato degradante alude aquellas acciones que, vayan o no dirigidas a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sean realizadas de tal forma que den lugar a un sentimiento de vejación o de humillación (Cfme. Idem ob. cit. ps. 160/161)