

# El delito de abuso sexual agravado por su comisión contra el cónyuge

Francisco Palma<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- Detalles y fundamentos de los agravantes del cuarto párrafo inc. “b” del artículo 119 del C.P; III.- El matrimonio; IV.- El agravante al cónyuge en otros delitos de nuestro ordenamiento legal penal; V.- Nuevo tratamiento legal en el marco de los delitos perpetrados contra la mujer; VI. - Conclusión; VII.- Bibliografía

**RESUMEN:** En este trabajo se argumenta en favor de la agravación del delito de abuso sexual cuando es cometido por el cónyuge. Para ello, se indaga sobre el matrimonio haciendo un repaso por su historia tanto en la del mundo occidental como en la argentina, para luego introducirse en el código penal argentino, donde tratará distintos puntos de vista de autores nacionales respecto al tema que aquí se propone. A su vez, se enumerarán los delitos que son agravados por el cónyuge y se obtendrá una conclusión de por qué justamente en el delito de referencia no se agrava. En otra línea, se indicarán países del mismo continente que agravan el abuso perpetrado por el cónyuge y luego, se dará a conocer fallos de interés y legislación nación e internacional de relevancia relacionados a la mujer. Por último, se llega a una conclusión final basada en todos los puntos referidos, en la que, se intenta demostrar que el agravante del cónyuge en el delito de abuso ha sido olvidado por viejos preceptos éticos y morales que han quedado en desuso y por qué ello es un cambio necesario para el avance de la legislación, y, por ende, de la sociedad.

---

<sup>1</sup> Abogado recibo en la Universidad de Buenos Aires y Magister en la Universidad Austral.

**PALABRAS CLAVE:** Delito de abuso sexual – cónyuge – agravante – matrimonio - debito conyugal - páter familias – mujer - Argentina - matrimonio civil - bien jurídico protegido - vínculos personales - integridad sexual - violación

*DIA: 19 de octubre*

*“Hace dos mil quinientos años, al alba de un día como hoy, Sócrates paseaba con Glaucón, hermano de Platón, en los alrededores de Pireo.*

*Glaucón contó la historia de un pastor del reino de Lidia, que una vez se encontró un anillo, se lo colocó en un dedo y al rato se dio cuenta de que nadie lo veía. Aquel anillo mágico lo volvía invisible ante los ojos de los demás.*

*Sócrates y Glaucón filosofaron largamente sobre las derivaciones éticas de esta historia. Pero ninguno de los dos se preguntó porque las mujeres y los esclavos eran invisibles en Grecia, aunque no usaban anillos mágicos.”*

*Eduardo Galeano, “Invisibles”.*

## **I.- Introducción**

El abuso sexual es una manifestación grave de violencia que afecta a personas en todo el mundo, dejando cicatrices físicas y emocionales duraderas. Dentro de este contexto, uno de los aspectos más complejos y delicados es el abuso sexual perpetrado por el cónyuge contra su pareja. A medida que la sociedad avanza en la comprensión y el reconocimiento de los derechos de las víctimas de abuso, el análisis de este fenómeno se ha convertido en un tema crítico para la investigación y la acción legal.

Esta tesis tiene como objetivo explorar el delito de abuso sexual cometido por el cónyuge y su gravamen partiendo de las premisas que se detallan a continuación.

### **a) Detalles y fundamentos de los agravantes del inc. b del artículo 119 del C.P**

En este breve y primer punto precisaré los agravantes enumerados en el inciso b) del cuarto párrafo del artículo 119 del C.P. con el fin de dar cuenta que dentro de ese marco no se encuentra tipificado “el cónyuge”. A su vez, en este escenario me

adentraré en los fundamentos del inciso en cuestión, respaldando ello en distintos autores de nuestra doctrina nacional.

## **b) El matrimonio**

El matrimonio como institución fundamental en la sociedad, ha experimentado una evolución significativa a lo largo de la historia. Y en ese contexto, en primer lugar, exploraré el significado del matrimonio, el deber conyugal y el concepto de "pater familias", para luego pasar a realizar una breve reseña histórica que abarcará desde los primeros días del matrimonio hasta su transformación en la sociedad moderna. Además, en ese marco, intentaré arrojar luz brindando algunos detalles del trato de la mujer dentro del matrimonio.

Por otro lado, me enfocaré en lo que respecta al matrimonio en Argentina. En este módulo, examinaré la situación legal del matrimonio en el Río de la Plata, considerando su origen y las influencias europeas en nuestra sociedad. Analizaré también la posición de la Iglesia Católica en relación con el matrimonio y proporcionaré una visión general del debate parlamentario que condujo a la sanción de la ley civil de matrimonio.

En este segundo ítem, se podrá comprender la evolución del matrimonio en Argentina y cómo las fuerzas políticas, religiosas y sociales han contribuido a su desarrollo y regulación legal.

## **c) El agravante al cónyuge en otros delitos de nuestro ordenamiento legal penal**

En este punto partiré del análisis del bien jurídico protegido en los delitos sexuales para luego acercar distintas concepciones clásicas de nuestra doctrina acerca de la violación en el matrimonio. Seguido a ello, exploraré los vínculos personales a la luz de los artículos 40 y 41 de nuestro ordenamiento legal donde, únicamente, me centraré en los cónyuges y continuaré con el examen de las disposiciones comunes en los delitos contra la integridad sexual (132 y 133 del CPN), para finalmente pasar a enumerar los delitos tipificados en el código penal en donde se agrava la acción del tipo realizada por el cónyuge.

Aquí, la intención es que el lector se haga una simple pregunta: ¿Por qué no se considera al cónyuge un agravante en el delito de abuso sexual, cuando se lo tiene como tal en todos los otros delitos agravados por el vínculo?

**d) Nuevo tratamiento legal en el marco de los delitos perpetrados contra la mujer**

El tratamiento legal de los delitos perpetrados contra la mujer ha evolucionado en respuesta a un creciente reconocimiento de la importancia de proteger los derechos de las mujeres y prevenir la violencia de género en todo el mundo. En este módulo, exploraré cómo Argentina se ha adaptado a esta evolución global, considerando el derecho comparado, las convenciones y tratados internacionales, estadísticas relevantes y fallos judiciales de interés.

El derecho comparado me permitirá analizar las prácticas legales en otros países y cómo se relacionan con la protección de los derechos de las mujeres en el contexto de los delitos perpetrados contra ellas. Además, examinaré las convenciones y tratados internacionales que han influido en la legislación argentina y las estadísticas que arrojan luz sobre la magnitud de la violencia de género en el país. Y, por último, revisaré fallos judiciales destacados que han contribuido a moldear el tratamiento legal de este tipo de delitos.

Dicho esto, quisiera mencionar que más allá de toda investigación exhaustiva y filosófica, este trabajo es el resultado de largas conversaciones mantenidas con colegas, funcionarios y amigos afines que ni siquiera tienen relación alguna con el derecho penal, siendo que, en todas ellas, se prende la lámpara de la discusión, muchas veces sin llegar a un acuerdo.

En efecto, vengo aquí a proponer una revisión de gran relevancia para el progreso de la legislación sexual, pero por sobre todas las cosas, para el de nuestra sociedad. Y en ese sentido, más allá de que siempre resulta difícil modificar las estructuras establecidas, creo fervientemente en la propuesta que expondré a continuación y en la necesidad de que se haga realidad.

Considero que el cambio que señalo implica dar un paso hacia adelante. Significa pensar en las futuras generaciones y en su modo de organización. Es tratar de aportar un pequeño grano de arena a las múltiples violencias que afectan a las mujeres, con el objetivo de construir una sociedad más justa e igualitaria.

Ahora bien, es menester mencionar que es reciente la aceptación de la violación en el matrimonio por la doctrina y la jurisprudencia nacional, a pesar de que aún existen tanto autores como jueces de nuestro sistema judicial que tienen un pensamiento contrario a esa postura. De esta manera, la posición aquí asumida

presenta en este contexto una dificultad adicional, sobre todo, teniendo en cuenta que es una temática de la que poco se habla en nuestro país.

Por otro lado, vale aclarar que, si bien en este tipo de delitos se torna difícil su cuadro probatorio, lo cierto es que no me detendré en ello, y daré por sentado a lo largo de esta tesis que el hecho ha sido consumado y probado, es decir, habiéndose cumplido todo el análisis de la teoría del delito, tratándose así de un injusto penal (acción, típica y antijurídica) culpable, por ende, susceptible de reproche penal.

Y es en ese reproche penal en el que me enfocaré y en relación al que desarrollaré mi posición relativa a que este delito cometido por el cónyuge debe constituir un agravante.

## **II.- Detalles y fundamentos de los agravantes del cuarto párrafo inciso “b” del artículo 119**

En primer lugar, antes de adentrarme en el fondo del análisis de este trabajo, quisiera destacar que el inciso b) del cuarto párrafo del artículo 119 del Código Penal de la Nación agrava todas las formas de abuso vincular cuando: *“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”*.

Así, tal como refiere el autor Javier A. De la Fuente, *“nos encontramos ante un tipo penal calificado basado en la infracción de un deber especial por parte del autor, que supone un mayor respeto hacia el sujeto pasivo y que excede el deber general que se infringe por llevar a cabo la conducta prevista en el tipo. Esta situación de superioridad y deber de respeto es presumida por la ley, sin que sea necesario acreditarla en el caso concreto. Por tal motivo, probado el vínculo y el abuso mediante alguna de las modalidades previstas por la ley, el delito se configura, sin que sea necesario demostrar que existió un especial aprovechamiento de la posición de superioridad o poder que tenía el sujeto activo”*<sup>2</sup>.

Por su parte, Javier De Luca junto a Julio E. López Casariego expresan que *“con la vigencia de la ley anterior, se había señalado que la sanción obedecía al carácter incestuoso de la relación, basándose en la idea de que la mayor gravedad del acto recaería en que entre sujeto activo y pasivo estaba prohibido el matrimonio*<sup>3</sup>. Sin embargo, esto no podía sostenerse porque la agravante también comprendía supuestos de acceso carnal entre personas que no podían casarse, sin que se

---

<sup>2</sup> DE LA FUENTE, Javier E. *“Abusos sexuales”*. Ed. Hammurabi, Bs. As. 2021, ps. 178.

<sup>3</sup> SOLER, Ricardo, *“Derecho Penal Argentino, Parte Especial”*, 5° Ed., T. III, Editorial Tea, Bs. As. 1963, ps. 314.

*tratase de un incesto (por ejemplo, entre parientes varones)<sup>4</sup>, y menos actualmente<sup>5</sup> con el nuevo contenido del bien jurídico donde lo atacado es la igualdad entre los intervinientes de un acto sexual y nada tiene que ver con la moral del matrimonio”<sup>6</sup>.*

Y agregan que *“la agravante, en todo caso, se basa en los clásicos criterios culturales de respeto entre determinados parientes y la situación de preeminencia y mayor poder del autor sobre la víctima. Desde la experiencia cotidiana y desde la psicología, se ha advertido que no es igual un abuso sexual con un desconocido que con determinados parientes cercanos, por las huellas que dejan, porque la víctima termina sintiéndose “culpable” de la suerte procesal del pariente denunciado y de la “perdida” familiar que se avecina con la expectativa de prisión”<sup>7</sup>.*

Ahora bien, habrá notado el lector que en nuestro ordenamiento legal el abuso sexual agravado por el vínculo no tiene al cónyuge entre sus filas. Entonces intuyo que se hará la misma pregunta que quien suscribe: ¿por qué?

A mi modo de ver, los criterios que describen De Luca y López más arriba los cuales sustentan el agravante entre determinados parientes en nada difieren a los que se deberían tomar como base a la hora de imputar al cónyuge, teniendo en cuenta además, que este vínculo precisa del matrimonio, que es la unión libre entre dos personas que se eligen para toda la vida, que crean un vínculo a partir de la “confianza especial”, y que pueden tener el gran objetivo de formar una familia y convivir si así lo desean.

En efecto, me resulta extraño que los legisladores no hayan notado el “pequeño detalle” que menciono, sobre todo, considerando el avance legal respecto de la mujer en el plano social actual. Y en ese sentido, cabe resaltar que también se olvidaron de ello en los últimos proyectos de reforma del Código Penal de los años 2006, 2012 y 2019.

Por último, y antes de pasar al fondo de la cuestión, quisiera destacar que si bien a lo largo de todo el trabajo me avocaré únicamente en lo que a los cónyuges respecta, el objetivo final como resultado de un análisis lógico, es que el agravante

---

<sup>4</sup> NUÑEZ, Ricardo, *“Tratado de derecho penal, Parte Especial”*, t. III, vol. II, Editorial Lerner, Córdoba, 1987, ps. 271.

<sup>5</sup> REINALDI, Víctor F., *“Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087”*, Ed. Lerner, Córdoba, 2005, ps. 94.

<sup>6</sup> DE LUCA, Javier A. y LOPEZ CASARIEGO, Julio, *“Delitos contra la integridad sexual”*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2009, ps. 105/6.

<sup>7</sup> *Ibidem.*

no solo abarque a las parejas que hubiesen contraído matrimonio sino también a ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia, tomando como referencia el inciso 1º, del artículo 80 del Código Penal de la Nación.

### **III.- Matrimonio**

#### **a) Conceptos básicos y reseñas históricas**

##### **i. Matrimonio**

El origen etimológico de la palabra *matrimonio* como denominación de la [institución](#) se suele derivar de la expresión "*matris munium*" proveniente de dos palabras del latín: la primera "*matris*", que significa "madre" y, la segunda, "*munium*", "gravamen o cuidado", viniendo a significar "cuidado de la madre por el marido/padre", en tanto se consideraba que la madre era la que contribuía más a la formación y crianza de los hijos. Otra posible derivación provendría de "*matrem muniens*", significando la idea de defensa y protección de la madre, implicando la obligación del hombre hacia la madre de sus hijos.

A su vez, el diccionario de la Real Academia Española lo define como:

1. m. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.
2. m. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.
3. m. Pareja unida en matrimonio. En este cuarto vive un matrimonio.
- 4.m.Rel. En el catolicismo, sacramento por el cual el hombre y la mujer se vinculan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia.
5. m. Am. Fiesta o banquete con que se celebra un matrimonio.

Tal como refiere Ferrer *“el matrimonio es la base necesaria de la familia, pues solo el matrimonio asegura la estabilidad, la seguridad y la moralidad que requiere ineludiblemente la vida ordenada de una familia. Y la familia es la institución natural más importante, porque sin ella no es posible concebir la sociedad humana. Así pues, el matrimonio como supuesto necesario de la familia, es uno de los pilares fundamentales de la sociedad organizada (...). Para Lord Robertson, citado por Vélez Sarsfield en su nota al título del matrimonio, es la base de toda la constitución de*

*la sociedad civilizada. Por ello, su regulación legal influye evidentemente sobre la estructura social, y constituye uno de los factores determinantes de su equilibrio y estabilidad*".<sup>8</sup>

Por su parte las Dras. Cataldi y Bacigalupo de Girard señalan: *"El matrimonio además de ser un vínculo jurídico, es fundamentalmente una unión moral y espiritual, basada en el afecto y el amor, como sentimiento y como operación de la voluntad. Los deberes matrimoniales son mutuos y recíprocos en razón de la igualdad de los cónyuges. Implican la inobservancia de una conducta y el derecho correlativo de exigir esa conducta del otro"*.<sup>9</sup>

Ahora bien, en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación el matrimonio fue incorporado por la ley 2.393 en los artículos 198 y siguientes, promulgada el 2 de noviembre de 1888, creando de esta manera, ciertas obligaciones entre ambos contrayentes.

Además, cabe mencionar que el derecho canónico tuvo una gran influencia en lo referente al Derecho de familia, en especial sobre el matrimonio. Tal es así, que Vélez Sarsfield dejó este instituto bajo la jurisdicción de la Iglesia católica, tomando la institución del matrimonio canónico y adjudicándole efectos civiles. Pero la validez del matrimonio quedó sujeta al régimen canónico y a las disposiciones de los tribunales eclesiásticos, lo que se mantuvo hasta la sanción de la Ley de Matrimonio Civil ya señalada. En relación a esto, el codificador argumentó:

*"Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar a las personas católicas a desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable a los pueblos y a las familias. Para los que no profesan la religión católica, la ley que da al matrimonio carácter religioso, no ataca en manera alguna la libertad de cultos, pues que ella a nadie obliga a abjurar sus creencias. Cada uno puede invocar a Dios en los altares de su culto"*.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> FERRER, Francisco A, *"El problema de la potestad legislativa y jurisdicción sobre el matrimonio: Evolución Histórica"*. El derecho, v. 49, Bs. As, 1973, ps. 907-919.

<sup>9</sup> CATALDI, Miriam Marisa y BACIGALUPO DE GIRARD, Maria, *"¿Constituye injuria que la cónyuge que sufre violencia física y moral ponga objeciones para cumplir con el débito conyugal?"* "Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 24. Lexis-nexis, Bs. As., 2003, ps. 164/8.

<sup>10</sup> Nota del artículo 167, Código Civil Argentino.



Esta resolución tomada por Vélez Sarsfield tiene su explicación en los usos y costumbres de aquel momento, tal como se ve evidenciado en la sanción de una ley de matrimonio civil por parte de la Legislatura de la Provincia de Santa Fe en el año 1867, que produjo una reacción popular que culminó con la renuncia del gobernador y la disolución de la Legislatura, que al volverse a constituir la dejó sin efecto.

## **ii. Débito conyugal**

La real academia española lo definió como el “*deber de los cónyuges de prestarse mutuamente los actos, per se, aptos para la generación de la prole recogido en el derecho canónico de 1917*”<sup>11</sup>.

La existencia del débito conyugal que genera el vínculo del matrimonio en el derecho argentino que deriva del “deber de fidelidad” y se apreciaba en lo previsto en el art. 198 del anterior Cód. Civil (ley 23.515), que textualmente decía: “*Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos*”. Este recíproco deber de fidelidad entre los esposos, según la doctrina civilista de la época, era la consecuencia necesaria del matrimonio monogámico, o como destaca Polaino-Orts, la idea del débito conyugal constituye todavía hoy un pilar esencial del concepto canónico de matrimonio, pues integra un medio imprescindible para el cumplimiento de los fines del matrimonio, hasta tal punto que si dichos fines no pudieran ser fisiológicamente alcanzables (por imposibilidad física de consumar el matrimonio mediante el acto sexual entre los cónyuges), el matrimonio devendría nulo *ex radice* de pleno Derecho<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Hasta 1917, la Iglesia católica estaba regida por un conjunto disperso y sin codificar de normas jurídicas, tanto espirituales como temporales, conocido como Corpus Iuris Canonici. El Concilio Vaticano I hizo referencia a la necesidad de realizar una compilación en la que se agrupasen y ordenasen dichas normas, se eliminaran las que no estaban ya en vigor, y se codificaran, aportándoles orden y claridad. Las ligeras compilaciones efectuadas por Pío IX y León XIII habían resultado insuficientes. Hubo que esperar hasta que Pío X creó en 1904 una Comisión para la redacción del Código de Derecho Canónico. Tras doce años de trabajos, sería Benedicto XV quien promulgase el Código el 27 de mayo de 1917, que entraría en vigor el 19 de mayo de 1918. El Código de Derecho Canónico de 1917 es conocido, por sus dos principales impulsores, como *Código pío-benedictino*.

<sup>12</sup> Cfr. POLAINO-ORTS Miguel, “*Sobre el injusto de la violación en la pareja*”, Cuadernos de Política Criminal, N° 87, separata, Madrid, 2005, ps. 114.

En esa línea, y ya dentro de la esfera nacional, conforme lo explica Fontán Balestra, “*consiste en el derecho y deber a la prestación sexual recíproca que tienen los cónyuges*”<sup>13</sup>.

Por su parte, Belluscio ha sostenido que “*no alude a la ley argentina pero no se puede dudar de su existencia, es el deber que hace al cumplimiento de fines especiales de la unión de la pareja humana -como son la satisfacción del instituto sexual y la perpetuación de la especie- y que justifica la sujeción del deber de fidelidad. Por lo tanto, aun no expresado específicamente en los textos legales, el débito conyugal existe y su incumplimiento injustificado puede fundar sanciones civiles.*”<sup>14</sup>

El débito conyugal era aceptado, en un principio, como una institución por la cual el hombre podía tomar a su mujer y tener relaciones con ella sin su consentimiento, o, dicho de otra manera, que cumpliendo con su supuesto deber otorgado por el instituto matrimonio, el hombre podía abusar de su mujer sin tener algún tipo de reproche penal.

Hoy en día las cosas han cambiado. El débito conyugal ya no es tenido en cuenta por la doctrina ni la jurisprudencia como un deber del hombre sobre su mujer, dado que la institución del matrimonio actualmente es considerada como una unión moral y espiritual basada en el afecto y el amor, en la que ambos cónyuges son iguales y en la que ninguno puede ejercer ninguna obligación sobre el otro, entendiéndose entonces, cualquier ejercicio abusivo de la voluntad del cónyuge como un delito que no está justificado por ningún precepto jurídico ni moral ni religioso.

### **iii. Pater familias**

El *pater familias* era en la antigua Roma, aquella persona o individuo que tenía la potestad y dominio legal del hogar y de cada uno de los miembros que lo componían. Esta persona, inmersa en una sociedad patriarcal típica de la época antigua, era la que trabajaba con el objeto de mantener su hogar y defenderlo de lo que fuera necesario. Era la pieza fundamental de toda la familia y el que poseía la responsabilidad de regirla de la manera más adecuada según sus intereses, pero no solo de la propia unidad familiar sino de la gens<sup>15</sup> a la cual pertenecían y que se relacionaban por vínculos sagrados.

---

<sup>13</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “*Tratado de Derecho Penal*”, t. V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 66.

<sup>14</sup> BELLUSCIO, Augusto C., “*Derecho de Familia*”, Depalma, Bs. As., 1979, T. II, ps. 386.

<sup>15</sup> La gens fue la organización social, que precedió en Roma la constitución del estado-ciudad. La gens podría definirse como un conjunto de familias que descendían o creían descender de un

En ese sentido, podemos decir que el hombre era la figura con máxima autoridad en la familia debido al poder otorgado por lo que se denominó como “*patria potestas*”, que quiere decir patria potestad, poder que manifiesta que este personaje es la ley dentro de la familia y que todos y cada uno de los miembros le deben obediencia en cuanto a sus decisiones. Viene al caso agregar, que la patria potestad, además de ser un hecho jurídico, fue considerada como sagrada por los romanos, ya que, como todo en la Antigua Roma, era parte de la tradición.

A su vez, no solo poseía el poder legal sobre todos los integrantes de su familia, sino también el poder que le otorgaba ser el único mantenedor económico y representante frente a las diferentes entidades políticas en Roma. Tal es así, que la importante ley de las XII<sup>16</sup> tablas le atribuía también al pater el poder de vida o muerte<sup>17</sup> sobre sus hijos, esposa y esclavos que estaban bajo su potestad.

#### **iv. Breve reseña histórica del matrimonio**

Es menester separar en cuatro etapas esta evolución del matrimonio:

**a.- Etapa primitiva:** en efecto, debe admitirse, que el matrimonio, para llegar a su estructura actual, ha debido sufrir un largo proceso de evolución y perfeccionamiento, a partir de la época más primitiva de la humanidad, cuando parece ser que era práctica corriente la unión del hombre con varias mujeres (poligamia), sin descartar la situación contraria, es decir, la unión de una mujer con varios hombres (poliandria), aunque no existen muchos ejemplos de esto último.

Hoy se conserva la poligamia entre los mahometanos, con tendencia a desaparecer. El cese de la vida nómada origina un fenómeno de gran interés en la vida del hombre primitivo. El apareamiento del hombre y la mujer deja de ser un hecho circunstancial y la vida de la pareja se estabiliza en busca de soluciones a sus necesidades vitales y así surgen nuevas formas de comportamiento que derivan en la formación del núcleo familiar, el clan, la tribu y mucho más tarde el estado, como organizaciones que van a responder a las cada vez más crecientes necesidades del hombre.

---

antepasado común vinculadas por un parentesco más o menos lejano, que tenían sus divinidades, sus costumbres y su territorio.

<sup>16</sup> La Ley de las XII Tablas o Ley de igualdad romana fue el primer código de la antigüedad que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano.

<sup>17</sup> En la antigua roma este derecho se conoció con el nombre de “*vitae necisque potestas*”.

**b.- Etapa del Imperio Romano:** con el Derecho Romano el matrimonio empieza a perfilarse hacia su actual estructura. Durante la etapa del Derecho Romano Arcaico, se conserva el matrimonio de hecho, pero el extraordinario criterio jurídico de este pueblo confiere a esta unión una significación especial, desde el punto de vista espiritual. Es así que si bien se tiene en cuenta el traslado de la esposa a la casa del marido para iniciar la cohabitación<sup>18</sup>, se le da mayor relevancia al aspecto espiritual, a la intención de quererse y permanecer unidos para toda la vida<sup>19</sup>, cuya importancia es tal que su extinción provocaba la disolución del vínculo matrimonial. Así pues, el consentimiento matrimonial romano debía renovarse día a día. En consecuencia, aunque no es indisoluble, debe entenderse la definición de Modestino<sup>20</sup>, quien señaló en el Digesto<sup>21</sup>, que el matrimonio es *“unión del hombre y la mujer; consorcio para toda la vida; comunidad de derechos divinos y humanos”*.

Fue entonces que la expansión de Roma, la vida licenciosa a que se entregaron los conquistadores y el contacto con otros pueblos y costumbres, hicieron que en el matrimonio aumenten el divorcio y el adulterio, al punto que las reformas religiosas impuestas bajo el Emperador Augusto, con las Leyes Julia Maritandis<sup>22</sup> y Papia Popea<sup>23</sup>, no fueran suficientes para corregir tales vicios.

Ante esta situación, el cristianismo emprende la tarea de reivindicar la institución del matrimonio, llegando a imprimirle una profunda transformación.

**c.- Etapa del cristianismo:** el período del cristianismo, dentro de la historia de la evolución del matrimonio, puede separarse en dos etapas: la anterior al Concilio de Trento<sup>24</sup> y la que sigue a éste. La primera se inicia hacia el siglo IX, cuando

---

<sup>18</sup> En el derecho romano, se lo conoce como el elemento material configurado por la esposa “in dominis mariti”.

<sup>19</sup> Denominada “affectio maritalis” en el derecho romano.

<sup>20</sup> Fue un jurista romano posclásico del siglo III, quien desempeñó altos cargo en la administración romana.

<sup>21</sup> Es una obra jurídica publicada en el año 533 d. C. por el emperador bizantino Justiniano I.

<sup>22</sup> Es una antigua ley romana que fue introducida por cónsul Lucio Julio Cesar (18 aC). Trataba el matrimonio a través de los límites de la clase social de cada individuo y fue tenida en cuenta como una fundación indirecta de concubinato, después regulada por Justiniano.

<sup>23</sup> Fue una ley romana introducida en el año 9 A.C. para fomentar y fortalecer el matrimonio que complemento las disposiciones introducidas en Ley Julia de Maritandis.

<sup>24</sup> Fue un concilio ecuménico de la Iglesia católica desarrollado en periodos discontinuos durante veinticinco sesiones entre los años 1545 y 1563. Tuvo lugar en Trento, una ciudad del norte de la Italia actual, que entonces era una ciudad imperial libre regida por un príncipe, que a su vez, era obispo.

comienza tímidamente a ser regulado el matrimonio por normas cristianas, siendo de señalar que éstas no se aplican por igual en todas partes ni son rigurosamente ordenadas. El proceso de estructuración de estas normas hubo de ser lento y gradual, acentuándose a medida que la iglesia va ganando adeptos para imponer sus puntos de vistas al poder secular. Para el siglo X ya se reconoce que la Iglesia es la única fuente de autoridad en materia de matrimonio y en el siglo XII llega a establecerse de manera uniforme el pensamiento canónico respecto a la naturaleza del vínculo matrimonial y a la forma de constituirlo, para culminar con el Concilio de Trento, por el cual se establece que toda la materia relativa a la institución del matrimonio queda regida por normas del Derecho canónico y se afirma que es de la sola competencia de la Iglesia cuanto concierne al estado y condición de las personas.

El matrimonio es elevado a la dignidad de sacramento solemne, la unión de los esposos es la imagen de la alianza de Cristo con su Iglesia, estableciéndose así: “Lo que Dios une, el hombre no lo puede separar”<sup>25</sup>. Así pues, si bien el vínculo nace de la libre voluntad de los contrayentes su consagración ante la Iglesia lo eleva a la categoría de sacramento indisoluble.

**d.- Etapa de los estados modernos:** esta hegemonía de la Iglesia en lo concerniente al matrimonio se mantiene durante toda la Edad Media y sólo comienza a decrecer durante el Siglo XVI, sin que pueda señalarse un momento exacto de su desaparición, ésta se acentúa a medida que surgen los Estados Modernos aunados a la influencia del movimiento de la Reforma, iniciada por Martín Lutero<sup>26</sup> en Alemania y que pronto se extiende a todo el cristianismo. Para este monje agustino, el matrimonio no es indisoluble; puesto que no es un sacramento, “*sino una cosa mundana, externa, como el vestido, la comida y la casa*” y, en consecuencia, no debe estar regulado por la Iglesia sino exclusivamente por la autoridad secular.

En Holanda, hacia 1580, ya aparece el matrimonio civil para que puedan legalizar su unión aquellos no afiliados a la Iglesia Católica y de esta manera el Poder Civil va reivindicando para sí lo concerniente al matrimonio, variando desde luego en los diferentes países según la influencia de la Iglesia. En Francia igualmente aparecen en el Siglo XVI las Ordenanzas que atribuyen al Estado jurisdicción sobre

---

<sup>25</sup> “Lo que Dios une, el hombre no lo puede separar”. Evangelio Según San Marcos, Capítulo 10, Versículo 9.

<sup>26</sup> Fue un teólogo y fraile católico agustino (Eisleben, Alemania, 10 de noviembre de 1483- 18 de febrero de 1546), que comenzó e impulsó la reforma religiosa en Alemania y en cuyas enseñanzas se inspiraron la Reforma protestante y la doctrina teológica y cultural denominada luteranismo.

algunas causas matrimoniales, sustrayéndolas de los Tribunales Eclesiásticos, para culminar con la Revolución francesa, cuando la Constitución de 1791<sup>27</sup> proclama el principio de que el matrimonio es un estado civil y no religioso, cuya regulación por tanto corresponde exclusivamente al poder civil, debiendo celebrarse ante dicha autoridad y registrarse en los libros correspondientes.

Cabe añadir, que ya en Inglaterra en el Siglo XVIII se había establecido el matrimonio civil obligatorio, así como en Holanda y Alemania, pero es, sin duda, con la Revolución Francesa, que se extiende a todo el mundo católico el matrimonio civil.

Si bien en la edad media la Iglesia tuvo la jurisdicción sobre el matrimonio con el Concilio de Trento, es el estado quien al día de hoy tiene esa jurisdicción y es aquí en donde se ven los avances de la sociedad. El estado es el pueblo. Así, la Iglesia con el tiempo y luego de intensas peleas, cede su control sobre el matrimonio al Estado para que sea este quien legisle esta institución.

Esta cesión, como mencionamos más arriba, se da en nuestro ordenamiento recién a fines del siglo XIX. Si bien no podemos negar que somos un estado incipiente, lo cierto es que nuestros pasos se van dando como una nación avanzada. Somos un país con una legislación amplia y pluralista en relación a gran parte de los países del mundo, sin embargo, todavía falta dar algunos pasos y uno de ellos, es el que aquí se propone.

Tal como se puede apreciar en los puntos reseñados, la construcción de nuestra sociedad tiene a la familia, la cual se instituye a través del matrimonio, como pilar fundamental. La legislación del matrimonio a través de los siglos se fue modificando hasta que la iglesia intervino, logrando acaparar todo lo concerniente a ello. Y más allá de que hoy los estados tienen su propia legislación al respecto, la influencia de viejos preceptos éticos y morales aún perdura en nuestros legisladores como así también en gran parte de la sociedad.

#### **v. Algunos detalles del trato de la mujer dentro del matrimonio**

El matrimonio se entendía tradicionalmente como una institución donde el marido tenía control sobre la vida de su esposa; el control sobre su sexualidad era solo una parte del mayor control que tenía en todas las demás áreas que le

---

<sup>27</sup> Fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de 1791 y aceptada por Luis XVI, quedando Francia constituida como una monarquía constitucional.

concernían. El control de un marido sobre el cuerpo de su esposa también se podía ver en la forma en que se construyó el [adulterio](#) entre una esposa y otro hombre.

Por esta razón, en muchas culturas hubo una combinación entre los crímenes de violación y adulterio, ya que ambos fueron vistos y entendidos como una violación de los derechos del marido. La violación como crimen se construyó como un delito contra la propiedad de un padre o esposo, no como un crimen contra el derecho de la mujer a la autodeterminación.

Así, la propiedad que debía retenerse en una mujer era su virginidad; esta era la mercancía. En ese sentido, una mujer era la primera propiedad de su padre, y luego, al casarse, la propiedad de su marido, circunstancia que lamentablemente aún perdura en muchos lugares del mundo. Por lo tanto, un hombre no podría ser procesado por violar a su propia esposa porque ella era su posesión. Sin embargo, si otro hombre violaba a la esposa de alguien, esto era esencialmente tomado como el delito de robo de una propiedad. Por lo tanto, las leyes de violación fueron creadas para proteger los intereses de propiedad que los hombres tenían sobre sus mujeres, no para proteger a las mujeres mismas.

En ese orden de ideas, viene al caso señalar que la regla de que un marido no puede ser acusado de la violación de su esposa proviene de que, en virtud del matrimonio, una mujer da su consentimiento irrevocable para que su marido tenga relaciones sexuales con ella en cualquier momento donde él lo exija.

Y este punto de vista fue descrito por Sir Matthew Hale<sup>28</sup> en *History of the Pleas of the Crown*<sup>29</sup>, publicado póstumamente en 1736, donde escribió que *"El marido no puede ser culpable de una violación cometida por él mismo contra su esposa legal, porque su mutuo consentimiento y contrato, la esposa se ha entregado de esta manera a su esposo, que no puede retractarse"*.

Además, en ese sentido, es oportuno destacar que las leyes estadounidenses e inglesas se suscribieron hasta el siglo XX al sistema de *coverture*<sup>30</sup>, es decir, una

---

<sup>28</sup> (1609-1676) Abogado y Juez inglés. Ocupó los cargos de Jefe de Justicia del Banco del Rey, Jefe Barón del Tesoro y Jefe de Justicia de los Comunes, entre otros.

<sup>29</sup> Traducido al castellano como "La historia de las súplicas de la corona". Se considera la primera historia del derecho inglés que se haya escrito. Dividido en 13 capítulos, el libro trataba sobre la historia del derecho inglés y algunas sugerencias para la reforma.

<sup>30</sup> La cobertura o "Coverture" se estableció en el derecho consuetudinario de Inglaterra durante varios siglos y durante la mayor parte del siglo XIX, influyendo en otras jurisdicciones de derecho consuetudinario.

doctrina legal según la cual, después del matrimonio, los derechos legales de una mujer eran subsumidos por los de su esposo. La implicación era que una vez unificado por matrimonio, ya no se podía acusar a un cónyuge de violar a su mujer más que a ser acusado de violarse a sí mismo, toda vez que el ambos confluían en una sola persona.

El sistema descrito terminó por completo con el caso *Kirchberg v. Feenstra*, 450 US 455 (1981), un caso de la [Corte Suprema de los Estados Unidos](#) en el cual el máximo tribunal sostuvo que una ley de Luisiana que le daba el control exclusivo de la propiedad conyugal al marido era inconstitucional.

Por lo expuesto hasta aquí, el lector puede asumir que la historia de la mujer en el matrimonio ha sido de un destrato único, de una humillación aberrante y de una indignidad atroz. No obstante ello, el transcurso del tiempo ha dado cada vez más lugar a la mujer libre, pero aún resta por completar esa libertad.

De eso se trata esta tesis, de aportar desde este lugar más ínfimo, a la plenitud de la libertad de la mujer dando a conocer todo lo que ha tenido que padecer para llegar a ser tenidas en cuenta como pares de los hombres, aunque muchas veces no parezca.

## **b) El matrimonio en Argentina**

### **i. Situación legal del matrimonio en el Río de la Plata**

A partir del año 1810, luego de las invasiones inglesas, se suceden en la historia argentina dos posturas en todas las facetas de la vida nacional. Una corriente conservadora, que hunde sus raíces en el paso hispano y católico, y otra de raigambre iluminista, que luego de la batalla de Caseros<sup>31</sup> logró imponerse encarnando las ideas más radicales del enciclopedismo francés, del positivismo y del materialismo filosófico.

El laicismo revolucionario francés, consagra el 1791 el matrimonio civil; en la Argentina, en tanto, el proceso debe esperar casi un siglo hasta la eclosión del positivismo.

---

<sup>31</sup> Fue un enfrentamiento armado ocurrido el 3 de febrero de 1852, en el cual el ejército de la Confederación Argentina, al mando de Juan Manuel de Rosas, fue derrotado por el Ejército Grande, liderado por Justo José de Urquiza -gobernador de Entre Ríos -, y que tuvo como consecuencia la renuncia inmediata de Rosas al gobierno y su exilio en Gran Bretaña.



Ahora bien, la diversidad de razas y grupos sociales que poblaban el río de la plata impidió que lograran plena vigencia las leyes castellanas que regulaban la familia. El matrimonio legítimo fue práctica solo para las clases más elevadas, y en este caso se reglamentaban por las normas del Concilio de Trento<sup>32</sup>, promulgado como ley secular por Felipe II en 1564 y por las normas de las partidas<sup>33</sup>. Las autoridades eclesiásticas intervenían en la celebración del casamiento y resolvían lo relativo a impedimentos, disenso, nulidad, divorcio, tenencia de hijos, alimentos, restitución de dotes, etc.

Pero por Real Cedula<sup>34</sup> del 22 de marzo de 1787 se limitó la jurisdicción eclesiástica a las cuestiones derivadas del sacramento, prohibiéndose su intervención en las de índole patrimonial. Ciertos impedimentos para evitar matrimonios “desiguales” fueron dispuestos por la pragmática<sup>35</sup> del 23 de marzo de 1776, la cual comenzó a regir en América el 7 de abril de 1778. La Real Cedula del 27 de mayo de 1805 facultaba al presidente de Audiencia a dispensar en estos casos de matrimonios “desiguales” por razón de raza, impureza de sangre o casta.

En la época de la organización nacional subsistía este régimen con algunas reformas. La primera es la ley del 26 de marzo de 1833 de la legislatura porteña, la cual, en razón de la prohibición que las leyes de las partidas hacían del matrimonio de cristiano con judía, mora y hereje creando así un impedimento dirimente que según el derecho canónico era dispensable, autoriza el gobierno a dispensar de los impedimentos que establecen las leyes civiles para la celebración del matrimonio

---

<sup>32</sup> Ver nota al pie n° 24.

<sup>33</sup> Son un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1221-1284) con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del reino. Su nombre original era “Libro de las Leyes”, y hacia el siglo XIV d. c. recibió su actual denominación, por las secciones en que se encontraba dividida.

<sup>34</sup> Fue en el derecho español durante el Antiguo Régimen un despacho del rey de España, expedido por algún consejo o tribunal superior a instancias del rey o en su nombre (es decir, por decisión del tribunal), en que se concedía una merced o se tomaba alguna providencia. Más concretamente, el contenido de la orden resolvía algún conflicto de relevancia jurídica, establecía alguna pauta de conducta legal, creaba alguna institución, nombraba algún cargo real, otorgaba un derecho personal o colectivo u ordenaba alguna acción concreta.

<sup>35</sup> Eran determinadas leyes propias de la ordenación jurídica del Antiguo Régimen en España, que el DRAE estipula que debía emanar de autoridad competente y cuya publicación se atenía a diferente fórmula que en otros casos como los de reales decretos, las órdenes generales, las reales cédulas, etc.

entre católicos y protestantes sin perjuicio de que se recabe la pertinente autorización eclesiástica.

En 1862 podían por tanto celebrarse legítimamente los matrimonios entre católicos y protestantes como también los matrimonios mixtos previa dispensa canónica y civil. Sin embargo, aun existía una laguna en la ley respecto de los matrimonios para no cristianos y para los que no practicaban ninguna religión.

En Santa Fe, la ley publicada por el Gobernador Nicasio Oroño el 25 de septiembre de 1867, creó el matrimonio civil disponiendo que este debía celebrarse ante los jueces o ante los presidentes de las municipalidades. Esta norma provincial, sancionada sin debate, provocó una violenta reacción de los conservadores de raíces católicas, quienes luego de exorbitantes quejas, lograron la derogación de la ley el 13 de Julio de 1868, y el cambio de las autoridades locales.

En efecto, lo expuesto fue el puntapié para dar paso al Código Civil Argentino, redactado por el cordobés, Dalmacio Vélez Sarsfield.

Si bien podemos decir que el autor tenía ideas liberales, y que fue inspirado por el Código Napoleónico, difícilmente podríamos enrolar a Vélez en la corriente laicista sobre todo teniendo en cuenta su formación en las tradiciones de la patria y su sentido de la realidad nacional que le hicieron no solo respetar las instituciones naturales a las que se adherían los habitantes de estas tierras, sino adecuar su proyecto de Código Civil a ellas.

En ese sentido, viene al caso señalar que el autor en el artículo 33<sup>36</sup> del código establece la norma más fuerte del rol de la Iglesia Católica, dado que la considera persona jurídica de existencia necesaria a la par que los estados nacionales, provinciales y municipales.

A su vez, dispuso que el casamiento entre católicos debía ser celebrado según los cánones y con las solemnidades establecidas por la iglesia, cuyas leyes y tribunales decidían también todo lo relativo a los impedimentos, divorcio, nulidad del vínculo (arts. 167, 168, 201, 221, 225).

El código no había previsto los matrimonios entre personas que no profesaran ninguna religión y tampoco legisló los matrimonios entre cristianos y no cristianos.

---

<sup>36</sup> Artículo 33.- “Las Personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1º. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios, 2º. Las entidades autárquicas y 3º. La Iglesia Católica”. Modificado por ley 17.711 de 22/04/1968.

Esta omisión era fácilmente subsanable si para estos casos se recurría al oficial público o al juez en el primero, y en el segundo, previa dispensa eclesiástica si se trataba de católico, o sin ella si se trataba de disidente, formalizarla ante el ministro correspondiente.

El congreso a pesar de ello, en su mayoría de ideología laicista en boga, sancionó luego de largas discusiones una reforma total mediante la ley 2.393, a fines de 1888. Así se suprimió el carácter religioso del matrimonio, disponiendo que debía celebrarse ante el registro civil recientemente creado, estando libres los contrayentes que lo desearan hacer bendecir su unión ante el ministro de su culto. Secularizada la institución del matrimonio, dejaron de ser aplicables las normas canónicas hasta entonces vigentes, siendo que la ley 2.393, determinó entonces que los impedimentos, formas y requisitos de la celebración del matrimonio, quedó sujeto a jurisdicción civil.

## **ii. Acerca del debate parlamentario de la Ley del Matrimonio Civil**

El 22 de septiembre de 1887 ingresa en el Senado el proyecto de ley del matrimonio civil, con un mensaje del presidente y el ministro de justicia. Girado a la Comisión de Legislación<sup>37</sup> y luego de varias conferencias, casi un año después se pronuncia a favor, con ligeras modificaciones y la disidencia de Pedro L. Funes.

Se suscita entonces uno de los debates más interesantes, que recrea en algún sentido el ardor y el despliegue de las jornadas de la enseñanza laica. No se trata solo de una ley sino del choque de cuestiones de conciencia, cultura y política jurídica y ambos grupos, conservadores clericales y liberales laicizantes, se cruzan lanzas.

Si bien se discute sobre la competencia del Estado, lo cierto es que el eje fundamental de la discusión gira en torno a los valores que deben regir la sociedad y la propia identidad nacional.

Algunas participaciones son pieza de antología. En el Senado, el segundo discurso de Manuel Pizarro y el de Aristóbulo del Valle, en Diputados, los de José M. Estrada, Pedro Goyena y el último de Zorrilla, sin descuidar el que pronuncio Lucio V. Mansilla. Algunos surgen al calor del lance, como el tercero de Funes, otros están preparados de antemano como el de Wilde, en el que se denuncia el despliegue

---

<sup>37</sup> Integrada por Carlos J. Rodríguez, Miguel S. Ortiz y Pedro L. Funes.

de papeles. Hay espontaneas replicas al que lo precede, demostrativo del dominio de la acción, que mantiene en vilo a la sala, como el entredicho entre Del Valle y Wilde.

En primer término, se cierra el debate en la Cámara de Senadores, resultando 16 votos afirmativos: Pérez (Jujuy), Rodríguez (San Luis), Moyano (Córdoba), Baltoré (Entre Ríos), Gil (San Juan), Derqui (Corrientes), H. Ruiz (San Juan), Zapata (Mendoza), Mendoza (San Luis), Ruiz, M (Santiago del Estero), Ortega (Mendoza), Silva (Santiago del Estero). En contra 9: Paz (Tucumán), Navarro (Catamarca), Nogues (Tucumán), Tello (Jujuy), Febré (Entre Ríos), Barros (La Rioja), Dávila (La Rioja), Pizarro (Santa Fe), Funes (Córdoba)<sup>38</sup>.

Luego de ello, la votación es aprobada en la cámara de Diputados, siendo que por la afirmativa estuvieron de acuerdo Posee, Civit, Espinoza, Moran, Sarmiento, Alba Carrera, López Cabeza, Ramos Mejía, Zeballos, Zorrilla, Bustillo, Castro, Fernández, CACERES, Soler, Olmos, Calderón, Albarracín, Arias, Berdía, Augier, Meyer, Villagra, Riquelme, Escalante, Pellegrini, Domínguez, Basualdo, Molina, Carballido, Torres, Videla, Carbonel, Ruiz, Barraza, Bruchmann, Pino, González, Malbrán, Mallea, Parera, Colombres, Campillo, Olmedo, Varela, Ortiz García y Arias (J.I.), mientras que por la negativa: Goyena, Estrada, Figueroa y Huidobro. 48 votos contra 4.

Este debate de la ley 2.393, de matrimonio civil, muestra la oposición entre dos concepciones de la vida pública y privada, y trata de responder a un interrogante que atraviesa el siglo XIX y conforma parte de la cultura jurídica del denominado mundo de “occidente”. ¿Quién debía ejercer supremacía en el ámbito familiar?, y a su vez, en un englobamiento mayor, ¿cuál es la extensión y dimensión de las categorías de lo público y/o lo privado?

Esta regulación del matrimonio consagra la estatización del derecho y su correlato laicizante. Refleja, entonces, la consolidación de un Estado regulador, que asienta su presencia en la vida jurídica.

La visión prospectiva de la generación liberal del 80 le señala la necesidad de levantar ciertas vallas, de modificar el fortalecimiento de la iglesia católica que se genera en el país, y de quienes defienden su pensamiento y acción.

### **iii. Conclusión preliminar**

---

<sup>38</sup> Discurso de Sesiones de la Cámara del Senado de la Nación, 18 de septiembre de 1888, ps. 491.

Me permito comenzar esta conclusión transcribiendo los fundamentos del proyecto de ley de los diputados Elisa M. Carrió, Elisa B. Carca, Víctor F. Fayad y Alfredo Bravo, al referirse a los bienes jurídicos afectados en el delito de estudio que menciona el Dr. Calvete<sup>39</sup> en un análisis de la ley 25.087:

*“la ubicación y conceptualización de la agresiones y vejámenes que afectan la integridad y el ejercicio autónomo de la sexualidad de las personas como delitos contra la honestidad, se basa en los valores vigentes en épocas de Alfonso X, los cuales hacían referencia al honor mancillado (buena fama) de las mujeres afectadas por esos comportamientos sexuales, al hecho de que dejaban de ser honestas, y por lo tanto, resultaban doblemente victimizadas, por el agresor y por la sociedad. Pero sobre todo, se referían al honor y al nombre de quienes eran sus dueños, tutores o responsables, es decir, padres, esposos, tíos, padrinos, patriarcas, familiares señores, etc”.*

Además, puntualizaron *“que las agresiones de referencia afectan no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Si bien es cierto que estos delitos afectan su libertad, las personas afectadas viven situaciones particularmente como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad, más allá de que afecten a sus familiares, tutores, al estado, etc.”*

Asimismo, mencionaron lo expresado por Silvia Chejter<sup>40</sup> *“La inserción de los ultrajes sexuales... como delitos contra la honestidad es un significante de algo que quiere ser transmitido a través del código penal. Y puede ser visualizado como vestigio o perseverancia de estratificaciones persistentes del derecho a través de las épocas, como voluntad de recordar y sostener esos valores, o como huellas anacrónicas en desuso, que se resisten a desaparecer”* (Silvia Chejter, La Voz Tuteleda, 1990).

Además, explican los diputados que *“estos delitos de agresión y violencia atentan fundamentalmente contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres. Es una agresión sexual contra la autodeterminación como mujeres, como personas libres para decidir sobre su sexualidad, sobre su propio cuerpo. Es la humillación, el sometimiento y el abuso de un ser al que se le considera inferior. El tratamiento de estos delitos ha considerado a las mujeres como si no*

---

<sup>39</sup> CALVETE, Federico, *“Análisis de la ley 25.087. Delitos contra la integridad sexual”*. Libro Doctrina Judicial, Ed. La Ley, Tomo 2005-3. Bs. As. 2006, Publicación: Derecho Practico: Observatorio Legal, ps. 283 a 297.

<sup>40</sup> Profesora titular de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y coordinadora del Centro de Encuentros Cultura y Mujer. Especializada en temas de género como políticas públicas, violencia hacia las mujeres, discursos de violencia y derechos de las mujeres.

*fuera personas, como si se tratase de un caso de incorrección de las relaciones sexuales, o como si las mujeres fueran de propiedad de algunos varones.”*

Continuaron explicando en el proyecto referido tal como sostiene Susan Brownmiller<sup>41</sup> en su libro *Against Our Will*<sup>42</sup>: *“Dado que los antiguos patriarcas concibieron la violación de las mujeres en los términos de su propio poder, como podrían ellos concebir la violación como un crimen de varones contra las mujeres. Las mujeres eran completamente subsidiarias y no seres independientes. De esta manera, la violación no podía ser considerada como una cuestión de consentimiento o rechazo de la mujer, ni podía existir una definición aceptable para los varones basada en la comprensión de violación de las mujeres a su integridad corporal. La violación entró en el derecho por la puerta trasera, como si fuera un crimen contra la propiedad de algunos hombres por otros hombres. Las mujeres, por supuesto fueron consideradas como la propiedad.”*

Todo lo expuesto, fue considerado simplemente para que se tenga en cuenta que existe o que puede ser reprochable penalmente para el cónyuge la violación a su par.

Yo me pregunto entonces, ¿es el cónyuge una persona cualquiera? Digo, ¿es aplicable la misma pena para el cónyuge que viola a su mujer que una persona que la desconocía? A mi entender todo lo que ser cónyuge implica, esto es haberse elegido mutuamente para toda la vida, formar una familia partiendo de una relación de confianza especial y afectiva de convivencia donde todo queda en el ámbito privado, conlleva a la víctima a una situación de mayor vulnerabilidad, que el cónyuge puede aprovecharse de ella logrando así, ubicarse en una posición más ventajosa para abusar de su mujer.

Si yo tuviera que responder esta pregunta, diría que claramente no es lo mismo. Sin embargo, puedo entender al legislador que trae consigo una escuela de viejas costumbres entre las que se encuentran el pensamiento basado en la fe, o ciertos institutos quedados en desuso, tales como el débito conyugal o el páter familias, que tienen cierto predominio en sus inclinaciones.

Pero, así como lo entiendo, vengo a refutarlo y a dar a conocer mis discrepancias. El débito conyugal y el páter familias son institutos que el propio

---

<sup>41</sup> (Brooklyn, New York, 15 de febrero de 1935) es una periodista, escritora y activista feminista estadounidense. Su nombre de nacimiento es Susan Warhaftig, pero en año 1961 adoptó el seudónimo Brownmiller.

<sup>42</sup> Traducido al castellano como "Contra nuestra voluntad. Hombres, mujeres y violación", Publicado en 1975, Ed. Planeta.

tiempo ha ido extinguiendo y la sociedad sola, los ha ido eliminando simplemente por la evolución de su organización y pensamiento. Esa evolución es la misma que ha puesto a la mujer en igualdad de condiciones con el hombre, situación por la que aún siguen luchando con justos fundamentos. Y es en ese marco de igualdad también, que considero que el cambio que aquí pregonó no solo resulta necesario para toda la sociedad, sino que reviste carácter de urgente.

Como todos sabemos, la religión juega un papel fundamental en la sociedad y en la política de los gobiernos. En ese sentido refirió el famoso antropólogo francés Durkheim, *“las religiones representan sistemas coordinados de creencias y prácticas específicas que definen lo sagrado -esto es, prescriben un orden sobre ciertos fenómenos o elementos cuya existencia tiene lugar en un más allá, fuera de la vida ordinaria. Lo que se define como sagrado es a menudo colocado en un plano inaccesible o prohibido- de allí se engendran creencias y prácticas que se enlazan unas con otras formando una comunidad moral única, llamada una Iglesia. Una Iglesia consiste de un conjunto de creencias específicas las cuales son enunciadas por sus líderes y aceptadas por sus adherentes que en su totalidad se reconocen como una religión. El propósito de las religiones es reglamentar la relación de sus adherentes con lo que se define como sagrado y con un contexto espiritual, a menudo representado por uno o varios dioses. Las grandes religiones, con algunas excepciones (budismo, hinduismo), son monoteístas. Al establecer lo sagrado, las religiones, por consiguiente, definen también lo profano, esto es las conductas y prácticas prohibidas dentro de sus códigos morales. Las religiones a través de múltiples prohibiciones ejercen una enorme influencia sobre las conductas de las personas”*<sup>43</sup>.

Y tal es así, que la influencia de la iglesia católica, desde nuestros inicios como estado-nación, opera en el proceso de cada cambio sustancial de nuestras leyes debatidas en nuestro Congreso de la Nación (ej: aborto legal seguro y gratuito, educación laica, los cementerios, matrimonio igualitario, ley de divorcio, etc.), intentando que los nuevos preceptos sociales no ofendan ni ataquen lo que ellos consideran prácticas prohibidas en el marco de su propio código moral.

No obstante ello, si bien la iglesia no obliga a nadie a profesar sus ideas y cada uno elige sus dogmas de fe, lo cierto es que la mayoría de nuestros legisladores están de alguna manera influenciados por esos dogmas, por tanto no pueden votar en libertad plena de conciencia, quedando de esta manera, inmiscuidos en esos viejos

---

<sup>43</sup> DURKHEIM, Emile, “Las formas elementales de la vida religiosa”. Ed. Schapire. Bs. As. 1968, ps. 40/1.

preceptos éticos y morales como el débito conyugal y *pater familias*, que les impiden dar el paso hacia adelante que aquí se pretende.

#### **IV.- El agravante al cónyuge en otros delitos de nuestro ordenamiento penal**

##### **a) Bien jurídico protegido en los delitos de abuso sexual**

Con el dictado de la ley 25.087<sup>44</sup> se han producido modificaciones a las normas contenidas en el Título III del Libro II del Código Penal.

Originalmente, el título señalado se rubricaba como “Delitos contra la Honestidad”, el cual luego fue modificado por la ley referida que lo denominó “Delitos contra la integridad sexual”. El legislador se basó en que el bien jurídico tutelado deja de ser un concepto público contra la honestidad y la honra de los varones allegados a la víctima, sino que pasa a ser la integridad física de la persona.

Cafferata Nores, miembro de la Cámara de Diputados que promulgó el proyecto favorable a la modificación legislativa sostuvo que *“una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica, y la libre decisión de la víctima, y no una injuria a la pureza o castidad de ello, ni al honor de ningún varón”*.<sup>45</sup>

A su vez, indicó que *“La vieja idea de honor, asociada a ciertos tipos penales, refleja no solo la dimensión ideológica, ligada al temor por escándalo, sino que facilitan la imposición de valores culturales dominantes propio del modo masculino”*.<sup>46</sup>

Agregó que *“en definitiva las agresiones de referencia afectan, no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque también afectan a la vez su libertad y a menudo equivalen a una privación de esa libertad, las personas afectadas viven estas situaciones sobre todo como atentado a su propia integridad, privacidad, identidad, más allá que esos delitos afecten también a sus familiares, tutores, al Estado, etc., correspondiendo, por lo tanto, concebir a estos delitos como delitos contra las personas al igual que otros delitos concebidos como tales.”*<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Sancionada el 14/4/99 promulgada el 7/5/99 y publicaba en el Boletín Oficial el 14/5/99.

<sup>45</sup> L.L. Antecedentes Parlamentarios, N° 4, 1999, ps. 1614.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.



Sin embargo, cabe señalar que numerosos autores de nuestra doctrina nacional cuestionaron el nuevo bien jurídico tutelado. Tal es el caso de Edgardo Donna quien señaló que *“dicha aseveración no es cierta y peca de ignorancia, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional habían determinado que los bienes jurídicos se protegían en cada uno de los tipos penales que integran el título. De manera que más parece una demagógica afirmación que un dato objetivo surgido de la realidad”*.<sup>48</sup>

Indicó que, a su criterio, *“integridad sexual no es otra cosa que la libertad sexual de una persona mayor de edad, y el libre desarrollo sexual de los menores de edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer.”*<sup>49</sup> Dicho de otra manera, el bien jurídico es la libertad sexual, en su doble vertiente positivo-dinámica, esto es, la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus deseos. En la vertiente negativa, es la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar”.<sup>50</sup>

Núñez, sostuvo, en coincidencia con Donna, que *“cada tipo penal protege un bien jurídico distinto, que la fidelidad se refería al adulterio, la reserva sexual a la violación, el estupro, el abuso deshonesto y el rapto, la normalidad sexual, a la corrupción, la decencia sexual, a todo lo referente a la conducta sexual obscena”*.<sup>51</sup>

En esa línea se ha proclamado Buompadre al referir *“Todos los delitos (o, al menos, en su gran mayoría) configuran una lesión a la dignidad humana, a su integridad física o psíquica, o a su libertad personal, de manera que identificar el concepto de integridad sexual con estos otros valores del individuo -ya que se encuentran, por otra parte, protegidos en el Código Penal-, solo consigue dotar al concepto de un contenido tan amplio, vago y complejo, que a la postre resulta indefinible”*.<sup>52</sup>

Ahora bien, el autor referenciado, afirma que *“pareciera que la idea de integridad sexual es un aspecto de la libertad personal en su realización específica como el derecho de todo*

---

<sup>48</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *“Delitos contra la Integridad Sexual”*. Segunda Edición Actualizada. Ed. Ribinzal-Culzoni, Bs. As., 2001, ps. 12.

<sup>49</sup> *Ibidem*, ps. 14.

<sup>50</sup> *Ibidem*, ps. 14.

<sup>51</sup> NUÑEZ, Ricardo C., *“Derecho Penal Argentino”*, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1961, t. IV, p. 213/14.

<sup>52</sup> BUOMPADRE, Jorge, *“Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer)”*. Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, en *Revistas de Ciencias Penales*, 1999, ps. 49 y ss.

*individuo a ejercer libremente su sexualidad”. Por lo tanto, cree que “la integridad sexual hace referencia a la libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad”.*<sup>53</sup>

Creus, por su parte, ya había sostenido antes de la reforma antes referida, que *“el único punto que une a todos los delitos es lo sexual”.*<sup>54</sup>

Además, señalaré que el último autor señalado define la integridad sexual como el normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo que, según este autor, depende tanto de circunstancias individuales cuanto del entorno social.<sup>55</sup>

Ahora bien, tal como lo expresan Gustavo Arocena y Fabián Balcarce, *“existen teorías monistas y teorías pluralistas en relación a la interpretación del bien jurídico protegido, las cuales serán caracterizadas sin adentrarme en profundidad a continuación”.*<sup>56</sup>

Entre las primeras, se encuentran la protección de un único bien jurídico protegido, las de dignidad sexual, libertad sexual, libertad sexual en primer plano, libertad sexual diseminada en su sub-bienes y la libertad sexual con apéndice a la libertad.

Por otra parte, señalan la posición pluralista que aducen a más de un bien jurídico protegido entre las que se encuentran: I. la proliferación de bienes jurídicos: a) reserva sexual, b) normalidad y rectitud del trato sexual, c) normalidad del trato sexual, d) desarrollo psíquico y sexual, II. Intangibilidad y libertad sexual, III. Posición Compleja y IV. Normalidad, desarrollo y libertad sexual.

A mi modo de ver el legislador busca un título que abarque todos aquellos delitos de índole sexual, a sabiendas de que si bien cada tipo puede tener su propio bien jurídico protegido, lo cierto es que en su conjunto y con la nueva expresión “integridad sexual” se pretende aludir a la protección de las personas desde el punto de vista de la intangibilidad e integridad física, psíquica y también correlativamente a la libertad de autodeterminación sexual. Así, entiendo que se trata de un bien jurídico

<sup>53</sup> *Ibidem*, ps. 51.

<sup>54</sup> CREUS, Carlos, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, T. I, Astrea, Bs. As. 1996, ps. 179.

<sup>55</sup> CREUS, Carlos, *“Delitos sexuales según la ley 25.087”*, en J.A. del 27-7-99, 6115, ps. 2/9.

<sup>56</sup> AROCENA, Gustavo y BALCARCE, Fabian, *“El bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad sexual. Libro: Teoría y Práctica de la parte especial del derecho penal”*. Ed. Lerner, Bs. As. 2011, ps. 245/65.

heterogéneo que protege la dignidad sexual de las personas desde un punto de vista amplio, pero que no genera dudas que será el punto de partida para el análisis de otros sub-bienes jurídicos generados desde la “integridad sexual”.

Asimismo, considero que el bien jurídico que se protege en el delito de violación, más precisamente, en el abuso sexual llevado a cabo con acceso carnal tipificado en el artículo 119 cuarto párrafo del C.P., más allá de que el bien jurídico general es la integridad sexual, se trata de la capacidad psico-física sexual y la posibilidad de elaborar un plan de vida sexual por parte de la víctima, y de la libertad de autodeterminación.

A su vez, la acción descrita en el párrafo anterior llevada a cabo por el cónyuge, desde mi punto de vista, traerá aparejado aún más inconvenientes que se suscitaban justamente por tal condición, toda vez que ello requiere haberse casado bajo el consentimiento de ambas partes, ya sea por vía judicial o religiosa, y una relación afectiva y de convivencia con el fin de formar una familia y así, perdurar unidos hasta el fin de sus días.

#### **b) Distintas concepciones de autores clásicos de nuestro derecho penal acerca de la violación en el matrimonio**

En nuestra doctrina nacional pueden encontrarse al día de hoy dos grandes concepciones acerca de esta cuestión. Según una concepción clásica no es concebible una violación entre cónyuges, mientras que, según una concepción moderna, es posible la existencia de violaciones dentro del matrimonio. Si bien esta cuestión específica no alcanza las pretensiones de este trabajo, detallaré las opiniones señaladas haciendo referencia a algunos autores, para luego dar mi opinión al respecto.

En primer lugar, para Núñez *“el acceso carnal vaginal logrado por el marido con violencia o abusivamente en perjuicio de su esposa no constituía violación, porque el primero tenía derecho a exigir el intercambio sexual, sin perjuicio de otros delitos que pudiera cometer, como el de lesiones, y de que ello importara un ejercicio arbitrario de su derecho”*<sup>57</sup>. Cabe remarcar que, para el autor citado, el caso que nos ocupa era uno de los supuestos en que el derecho del sujeto activo a exigirle el acceso carnal al sujeto pasivo, incluso arbitrariamente ejercido, *“eliminaba el tipo de la violación, aunque no justifique el hecho”*<sup>58</sup>. En pocas palabras,

---

<sup>57</sup> Cfr. NUÑEZ, Ricardo, *“Derecho Penal Argentino”*. Ts. II y IV, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, Bs As. 1962 y 1964, respectivamente, ps. 252.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

según esta concepción, para la verificación del tipo penal de la violación era menester que el acceso carnal no sea jurídicamente exigible.

Reinaldi se enrola en esa posición, argumentando que, en tales supuestos, “no resulta afectada la integridad sexual entendida como la libertad de autodeterminarse sexualmente, que es el bien jurídico que la norma del art. 119 en sus tres primeros párrafos procura proteger, porque esa libertad se ha visto limitada en virtud del matrimonio celebrado libre y conscientemente”<sup>59</sup>. Sin perjuicio de lo cual, agrega: “Por cierto que el derecho del marido a obtener de su esposa de tipo sexual no importa -lo reiteramos- la facultad de recurrir a la fuerza para ejercitarlo, frente a la negativa de ésta”<sup>60</sup>.

Sin embargo, Núñez, no dejó de reconocer limitaciones al derecho-deber del débito conyugal que tienen los esposos. Dijo en este sentido: “(...) la cópula anormal, no estando dentro del débito conyugal, constituye violación si es consumada por violencia o abuso”<sup>61</sup>. Y, aun, tratándose de acceso normal violento o abusivo entre esposos, también puede configurar violación, considera, “cuando su ejecución, por las circunstancias que la rodean, constituye un atentado al pudor de la esposa”<sup>62</sup>.

Recogiendo la misma línea argumental, Spinka explica que la cuestión relativa a que el acceso carnal logrado por el cónyuge con violencia o abusivamente no constituye violación “(...) es así siempre que no se trasciendan los razonables límites del débito conyugal (la cursiva me pertenece), que no obliga a la mujer a mantener relaciones contra natura, o bien que no medien situaciones especiales, como la existencia de un divorcio que importa el cese de la obligación del débito, o que los cónyuges se encuentren separados de hecho”<sup>63</sup>.

A su vez, cabe mencionar que los autores difieren respecto de la consideración del acceso carnal vaginal violento o abusivo que el cónyuge realiza ante la negativa fundada en razones profilácticas o fisiológicas.

En esa postura se alineó Creus, al indicar que “el acceso vaginal fundado en el peligro para la propia persona (por ej., evitación de contagios o de daños en las relaciones pre o postparto),

---

<sup>59</sup> REINALDI, Víctor F., “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25.087”. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, ps. 80.

<sup>60</sup> *Ibidem*, ps. 81.

<sup>61</sup> NUÑEZ, Ricardo, *op. cit.*, ps. 252.

<sup>62</sup> *Ibidem*, ps. 253, allí el autor propone el ejemplo del marido que realizare el acto en presencia de personas extrañas con la cooperación de terceros.

<sup>63</sup> SPINKA, Roberto E., “Delitos contra la Honestidad, en Estudio de las figuras delictivas”, dirigido por Daniel P. Carrera, t. I, Advocatus, Córdoba, 1994, ps. 262.

torna violación al acto del accedente”<sup>64</sup>, siendo esa opinión coincidente con la de los profesores Fontán Balestra<sup>65</sup> y -Laje-Anaya y Gavier<sup>66</sup>.

Por el contrario, para Núñez, no daría lugar a la violación tal hipótesis, “*porque el acto no ofende la honestidad de la esposa sino otros intereses, como su salud o la de la prole.*”<sup>67</sup>

La posición contraria a la indicada anteriormente adoptada, entre otros, por Donna<sup>68</sup>, Gómez<sup>69</sup>, Clemente<sup>70</sup>, Buompadre<sup>71</sup> y Arocena<sup>72</sup>, considera fundamentalmente que, a partir del argumento semántico, la literalidad de la ley no impone distingo alguno en relación con el sujeto pasivo.

El primero de los autores, dictaminó que “*es preciso referirse a que el sujeto pasivo puede ser ‘persona de uno u otro sexo’, no imponiendo excepciones a las relaciones matrimoniales o concubiniales; por lo que es dable suponer que las relaciones conyugales no constituyan una excepción a la figura. En consecuencia, frente a la negativa de la mujer de cumplir con el débito conyugal, el marido -sin perjuicio de la vida judicial para intentar las sanciones civiles previstas, como ser el divorcio-, será responsable del delito de violación si media ejecución del acto sea por medio de la fuerza -por vía normal o anormal o por razones profilácticas- y en contra de la voluntad de la víctima. Ello fundamentalmente se basa en la prevalencia de la libertad individual de la víctima en el campo sexual, en cuanto a su consentimiento -o libertad- de mantener trato sexual con arreglo a su querer libre y consiente, eliminando todo ataque violento por parte del autor que acalle a la íntima y libre decisión de la cónyuge*”.<sup>73</sup>

---

<sup>64</sup> Cfr. CREUS, Carlos, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 197.

<sup>65</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 66.

<sup>66</sup> LAJE ANAYA, Justo-GAVIER, Enrique, “*Notas al Código Penal Argentino*”, t. II, Marcos Lerner Editora, Córdoba 1995, ps. 137.

<sup>67</sup> NUÑEZ, Ricardo, *op. cit.*, ps. 252 y 253.

<sup>68</sup> DONNA, Edgardo Alberto, “*Delitos contra la integridad sexual*”, segunda edición actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, ps. 71/2.

<sup>69</sup> GOMEZ, Eusebio, “*Tratado de Derecho Penal*”, t. 3, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940, ps. 123.

<sup>70</sup> CLEMENTE, José Luis, “*Violación. Estupro. Abuso deshonesto*”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1995, ps. 31 y ss.

<sup>71</sup> BUOMPADRE Jorge Eduardo, “*Tratado de derecho penal, parte especial*”, T.1, Editorial Astrea, Bs. As, 2009, ps. 367 y sig., y 415 y sig.

<sup>72</sup> AROCENA Gustavo Alberto, “*Ataques a la integridad sexual*”, Editorial Astrea, Bs. As, 2012, ps. 5 y ss.

<sup>73</sup> DONNA, Edgardo Alberto, *op. cit.*, ps. 71/2.

Por su parte, Gómez se expresó respecto de la abrogada violación de la siguiente manera: *“La esposa del agente puede ser sujeto pasivo del delito en estudio. (...) Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan (...) el argumento de la licitud de la cópula, emanada del derecho a la misma que al marido pertenece. Es innegable tal derecho. Tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde [...]. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada. Lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer. Esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia -física o moral-, tiene acceso carnal con su cónyuge comete el delito de violación”*<sup>74</sup>.

Por último, Clemente sostiene: *“El art. 119 del CP nos hace referencia básicamente a que el sujeto pasivo puede ser una persona -de uno u otro sexo-, no especificando o haciendo referencia a excepciones derivadas de relaciones matrimoniales, concubinales, o de otros tipos. Siendo ello así, no es dable presuponer (ni aun por los antecedentes nacionales o extranjeros), que las relaciones conyugales puedan o deban ser tomadas como excepción dentro de la figura”*<sup>75</sup>.

Agrega a su vez que: *“A más el hecho del concubito no autoriza a creer que pueda subsumirse o conciliarse con un pretendido ‘derecho a la violencia’, pues éstos derecho-violencia, no son compatibles. Lo que importa es la voluntad de la víctima con respecto a un acto íntimo y personal, ante otro, como es la violación, donde el sujeto pasivo es tomado o convertido en una cosa, y humillada en su calidad de persona”*<sup>76</sup>.

Concluye finalmente: *“A la luz de tales conceptos, cabe concluir que frente a la negativa de la mujer de cumplir con el débito conyugal, el marido sólo podrá exigir por las vías judiciales correspondientes las sanciones civiles previstas, y en cualquiera de los casos que se efectúe la ejecución forzosa del acto, por sobre la voluntad de la víctima, se producirá el desconocimiento del derecho de su cónyuge, y de los fines propios de la institución, convirtiendo en ilícito tal accionar y tipificante del delito en cuestión, al ser ofensivas de la libertad o reserva sexual”*<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> GOMEZ, Eusebio, *op. cit.*, ps. 120 a 123.

<sup>75</sup> CLEMENTE, José Luis, *op. cit.*, ps. 35.

<sup>76</sup> *Ibidem*, ps. 35 y 36.

<sup>77</sup> *Ibidem*, ps. 36.

Ahora bien, más allá de que grandes autores de nuestra doctrina nacional se debaten si existe violación por el cónyuge o no, aquí intentare salir de la línea de lo conocido y diré, que no solo existe el abuso sexual sino que se deberá agravar.

En primer lugar, considero oportuno aclarar, que tal como señalan algunos autores en cuanto a que no puede existir abuso sexual perpetrado por el cónyuge, me permite inferir a mí, que a su modo de ver, estaríamos ante lo que se analiza en la teoría del delito como una causal de justificación que lo eximiría al ofensor de toda responsabilidad, circunstancia que resulta imposible toda vez que dicho eximente no se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento penal como las descriptas en nuestro artículo 34 del CP.

No obstante ello, entiendo que lo expuesto podría encuadrar en lo que dentro de las causales de justificación se conoce como “el cumplimiento de un deber” o “ejercicio legítimo de un derecho”, ambos conjuntamente previstos en el art. 34, inc. 4 del Código Penal de la Nación.

En relación al primero, refiere Esteban Righi que *“el cumplimiento de un deber remite a conductas expresamente ordenadas por el orden jurídico, con lo que se trata de acciones de ejecución obligatoria”. Y seguido de ello, manifiesta que “la expresión deber debe ser entendida en un sentido estrictamente jurídico, por lo que solo alude al efecto justificante que produce el cumplimiento de una obligación impuesta por una norma jurídica, lo que deja fuera de consideración otros deberes, como los que surgen de preceptos éticos o reglas de convivencia social”*<sup>78</sup>

En cuanto al segundo refiere Daniel Rafecas que *“cuando el ejercicio de un derecho - incluso reconocido constitucionalmente-, conlleva afectaciones o puestas en peligro de bienes jurídicos ajenos, no podremos caracterizarlos como actividades fomentadas por el ordenamiento social, sino más bien, como actividades toleradas y, por ende, como contextos justificantes (y no de riesgo permitido), desde el momento en que, invariablemente, implican la penetración en la esfera de derechos de terceros.”*<sup>79</sup>

Sentado ello, entiendo que por todo lo que el matrimonio implica (unión libre entre dos personas para toda la vida, convivencia, confianza especial, familia, etc), está a las claras que ambos institutos señalados resultan inviables a la hora de justificar el abuso sexual del cónyuge, dado que dicho delito bajo ningún punto de

---

<sup>78</sup> RIGHI, Esteban, *“Derecho Penal. Parte General”*. 2º ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2016, ps. 322.

<sup>79</sup> RAFECAS, Daniel, *“Derecho Penal sobre bases constitucionales”*, Ediciones Didot, Bs. As., 2021, ps. 552.

vista puede ser considerado como una obligación impuesta por una norma jurídica, ni mucho menos, como una *actividad tolerada* que afecta un bien jurídico ajeno.

Dicho esto, debo señalar que todos los argumentos volcados por los autores que se posicionan en la teoría de que no existe la violación entre cónyuges son en su mayoría los que yo voy a tomar para justificar el agravante de dicho accionar típico a *contrario sensu*.

En efecto, desde mi punto de vista, el libre consentimiento por el cual una mujer decide casarse con el fin de formar una familia es una de las causales por las que se tiene que agravar el delito, toda vez que el matrimonio es la unión de dos personas libres e iguales que deciden unirse para toda la vida. Esa unión es la que desde el día de su celebración genera una “confianza especial” en la pareja, la cual configura una relación extraordinaria, que únicamente existirá entre cónyuges. Esa confianza que proviene de la afectividad, además, es la que va a permitir que los cónyuges convivan bajo el mismo techo -si es que así lo deciden- en un ámbito de privacidad, que nadie más que ellos y en su caso, los hijos, podrán conocer lo que realmente allí sucede.

Ese ámbito de confianza y esa relación de convivencia aumentan la vulnerabilidad de la víctima, quien se verá inmiscuida en un círculo vicioso del cual será muy difícil salir.

El ofensor, contará con ciertas ventajas. En primer lugar, tener a su víctima bajo el mismo techo y poder actuar sin que nadie lo observe. En segundo lugar, el miedo que siente la mujer y la humillación al exponerse ante la mirada de la sociedad, esto hace que en muchos casos no denuncien los abusos o tarden en realizar la denuncia. Por último, la importancia del mandato familiar, que será otro obstáculo para que la mujer denuncie, sintiendo la culpa de quebrantar una familia constituida.

En cuanto al débito conyugal, que ya ha sido analizado anteriormente, considero que es parte de viejos usos y costumbres, y que al día de hoy no puede seguir siendo una causa de justificación para tener relaciones íntimas por cualquier medio dentro del ámbito del matrimonio sin consentimiento, dejando de lado la dignidad y la integridad de la mujer y dañándola tanto física como psíquicamente.

Ahora bien, a mi modo de ver, el sujeto pasivo de abuso con acceso carnal sin consentimiento, sea cual fuere el rol que ocupa, resultará víctima de una violación, razón por la que se deberá condenar penalmente al autor de semejante crimen bajo



todo punto de vista, tal como lo señalan los autores Donna, Gómez, Clemente, Buompadre y Arocena.

Tal es así, que en el caso del autor cónyuge, considero que por el rol que ocupa basado en la confianza especial aludida y por todo lo expuesto anteriormente es que se debe agravar dicha circunstancia, tal cual lo enumera el artículo 119, párrafo 4, inciso b) del C.P., en todos sus agravantes por el vínculo, olvidando la posición señalada.

### **c) Análisis de los vínculos personales a la luz de los artículos 40 y 41 del Código Penal de la Nación**

*Artículo 40 del C.P.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijaran la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.*

*Artículo 41 del C.P.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:*

*1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;*

*2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, **así como los vínculos personales**, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.*

En efecto, viene al caso señalar en primer lugar que “*la determinación o individualización de la pena es el acto o procedimiento mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito, adecuando la pena abstractamente determinada por la ley al delito cometido por el autor. Para ello, el juzgador pondera la infracción, el ilícito culpable, y lo transforma en una medida de prueba determinada. En un sentido más amplio, la determinación de la pena abarca, además de la fijación de la pena aplicable, su forma de cumplimiento (p. ej. Condena de ejecución condicional o de cumplimiento efectivo)*”, tal como lo menciona D’Alessio<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> D’ALESSIO, Andrés José, director, “Código Penal Comentado y Anotado”. Parte General, arts. 1 a 78. La Ley, Bs. As., 2005, ps. 421/22.

En esa línea, podemos decir que en los artículos señalados en este acápite se formulan pautas generales con el fin de delimitar el arbitrio del magistrado según la individualización o determinación de la pena, siendo así que el artículo 41 prevé pautas ejemplificadoras, no taxativas de orientación para determinar la pena, consagrando una gran amplitud a la hora de que el juez tenga que tomar una decisión.

En cuanto al análisis de la determinación de la pena que profesa nuestro ordenamiento me enfocaré exclusivamente en el punto que refiere a “los vínculos personales”<sup>81</sup>, los cuales se refieren a la relación entre el autor del delito y la víctima, circunstancia que comprende todos los aspectos que significa la relación interpersonal entre ambos. Y dentro de dichos vínculos, analizaré los conyugales.

En ese orden, vale la pena entonces citar a D’Alessio en cuanto refiere que *“La referencia a los vínculos personales es relativa a la relación entre el autor y la víctima, en virtud de la cual resulta más exigible la conducta del autor conforme a derecho, pues se afirma que el deber de respetar los bienes jurídicos ajenos es mayor cuando existe una “relación particular”. Se trata de la existencia de una relación de confianza que constituye una agravante no solo por la traición del autor, sino por la mayor indefensión de la víctima frente al ataque de una persona que aprovecha esa situación para la comisión del delito”*.<sup>82</sup>

Bajo esta idea, Hilda Marchiori destaca tres grados de conocimiento en la relación autor víctima:<sup>83</sup>

- a) Relación Familiar, mismo grupo familiar
- b) Relación de conocimiento
- c) Desconocimiento Autor Víctima

Ahora bien, al hablar de cónyuges considero que se da la relación autor-victima en el punto a) en un ambiente familiar en el cual el delito afecta a un mismo grupo y en el punto b) donde a raíz de ese vínculo, el autor conoce a su víctima de sobremanera.

La autora Marchiori señala *“que la familia es un grupo que funciona como un sistema de equilibrio, inestable o dinámico, estructurado en torno a las diferencias de sexo, edades y alrededor*

---

<sup>81</sup> Esta circunstancia fue introducida en el año 1921 por la Segunda Comisión de Códigos del Senado.

<sup>82</sup> D’ALESSIO, Andrés José, *op. cit.*, ps. 431.

<sup>83</sup> MARCHIORI, Hilda, *“La víctima del delito”*, Ed. Lerner, Córdoba, 1990, ps. 158.

*de algunos roles fijos y sometido a una interacción interna y externa...Estas conductas violentas transforman los vínculos de todos los integrantes de la estructura familiar de forma permanente, además de provocar profundas alteraciones psíquicas y sociales en cada uno de sus miembros...es evidente que el delito fractura a la familia de un modo irreversible...”.<sup>84</sup>*

En ese sentido, es dable mencionar que la familia tiene como cabeza tanto al padre como a la madre de igual forma, quienes estarán a cargo de la formación de sus hijos y del cuidado del hogar convivencial. De esta manera, el conflicto en ese extremo de la familia implicaría no solo la victimización de la cónyuge, sino de todo el entorno familiar, provocando una fractura irreparable, que jamás podrá volver a recomponerse.

Asimismo, dado su condición de cónyuge, no caben dudas de que el autor conoce a la víctima, y todo lo que ello trae aparejado en el contacto de la vida diaria y en común. Al hablar de conocimiento, la autora en mención refiere que el autor elige a su víctima dado que conoce la situación en la que se encuentra y sus condiciones personales, por eso parte desde tres preceptos:<sup>85</sup>

- a) circunstancias personales, todos los aspectos que hacen a la personalidad.
- b) circunstancias de lugar, los ámbitos donde se mueve la víctima.
- c) circunstancias de tiempo, conocimiento del momento en que facilite el delito.

En esa línea, el cónyuge conoce todos los aspectos de la personalidad de su mujer, conoce los lugares en los que ella se mueve, frecuenta y reside, tales como su trabajo y su vivienda y donde viven sus conocidos y familiares, y, por último, también conoce en qué momento dar el paso aprovechando las circunstancias de tiempo.

Lo expuesto me permite concluir que el cónyuge conoce considerablemente la situación en la que se encuentra su mujer y las particulares condiciones físicas, psíquicas y sociales que hacen a su víctima más vulnerable, constituyendo ello a su vez un riesgo menor para el autor del hecho.

Siendo así, considero que la situación de mayor vulnerabilidad en la que el autor coloca a la víctima valiéndose de su conocimiento sobre todas las circunstancias recién enumeradas en la que esta se encuentra, constituye el agravante que aquí venimos a proponer y que el artículo 41 de nuestro ordenamiento penal lo destaca,

---

<sup>84</sup> MARCHIORI, Hilda, “*Determinación Judicial de la Pena*”, Ed. Lerner, Córdoba, 1995, ps. 76/7.

<sup>85</sup> *Ibidem*, ps. 78/80.

más allá, de que hasta el día de hoy haya quedado olvidado el cónyuge a la hora de analizar el delito de abuso sexual (art. 119).

Ello encuentra sustento en los dichos de la Dra. Ziffer cuando menciona que: *“Si bien existe un deber general de respetar los bienes jurídicos ajenos, existe acuerdo en considerar que este deber es mayor cuando entre el autor y la víctima existe una relación particular. Esta idea tiene tanta fuerza en la dogmática penal que alcanza, por sí misma, para fundar una forma excepcional de imputación a partir de lo que tradicionalmente se denomina “deber de garante”: respecto de ciertas personas rige no solo el deber general de abstenerse de ciertas conductas sino, adicionalmente, el deber de evitar, en forma activa, que queden expuestas a ciertos riesgos”*<sup>86</sup>.

Y luego refiere que: *“Cuando la relación entre el autor y la víctima no alcanza el nivel necesario para la configuración de un deber especial rigen normas generales de imputación. Pero en la medida en que la relación que los vincule tenga características que se aproximen al fundamento de los deberes de garante, esto se reflejara en un ilícito cada vez más grave. Especialmente, en la relación de confianza entre autor y víctima, constituye una agravante, no tanto por la “traición” en que incurre el autor que se aprovecha de esta relación, sino por la escasa capacidad de reacción de la víctima en estos casos: la víctima no se defiende, o no adopta ninguna precaución porque no puede advertir la necesidad de hacerlo”*<sup>87</sup>.

Por lo demás, y a modo de una mayor ilustración, viene al caso mencionar la circunstancia mixta de parentesco establecida en el artículo 23 del Código Penal Español que establece que: *“es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados de ofensor”*.

Así, Enrique Bacigalupo refiere que *“el parentesco es un factor ambiguo de la gravedad del delito. Tanto puede ser considerado agravante como atenuante. En el caso de las lesiones provocadas a una persona con la que se convive, el parentesco puede ser agravante si ellas han sido producidas en una disputa normal, pues la cercanía afectiva determina que el hecho sea más reprochable que si no existiera en la víctima la especial relación personal que es propia de la relación afectiva de convivencia. Por el contrario, si se trata de unas lesiones que son producto de una reacción*

---

<sup>86</sup> ZIFFER, Patricia, *“Lineamientos de la determinación de la pena”*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 129/30.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

*de dolor provocada por la conducta del cónyuge, la misma relación personal será el fundamento de la atenuación”<sup>88</sup>.*

He de discrepar con la postura del Dr. Bacigalupo, toda vez que desde mi punto de vista, más allá de que el hombre haya sufrido algún tipo de dolor provocado por su mujer que diere lugar a alguna reacción, nunca se podrá atenuar la conducta dada las circunstancias que implican ser el cónyuge, como ser la confianza especial, la relación afectiva y de convivencia, entre otras, pero por sobre todas ellas, teniendo en cuenta la superioridad física que el hombre tiene sobre la mujer. De hecho, la cercanía afectiva de la que habla el código penal español y el autor referido, a mi modo de ver y tal como lo vengo sosteniendo en esta tesis, resulta siempre un agravante respecto de los cónyuges.

#### **d) Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual**

En su primera disposición el derogado artículo 132 del Código Penal contenía el instituto del avenimiento emanado de la ley 25.087 que establecía: *“Si la víctima fuese mayor de dieciséis años podrá proponer el 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 de 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 al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quater del Código Penal”*. (Luego modificado por Ley 26.738)

Esta norma preveía lo que había sido calificado como el primer caso de admisión legislativa de conciliación en materia penal.<sup>89</sup> El avenimiento trataba de que la víctima de ciertos delitos contra la integridad sexual pudiese perdonar al imputado y ante ello cabía la posibilidad de excluir el castigo.

Dicho instituto correspondía a la asistencia que en muchos casos la víctima necesitaba frente al derecho penal, que fomentaba su participación en la redefinición del conflicto, con miras a obtener una mejor reparación del daño sufrido.

---

<sup>88</sup> BACIGALUPO, Enrique, *“Derecho Penal, Parte General”*. 2º edición. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007. ps. 628.

<sup>89</sup> Cfr. REINALDI, Víctor F, en Núñez, Ricardo C., *“Manual de derecho Penal”*, Ed. Lerner, Córdoba 1999, ps. 127.

La conciliación entre el autor y la víctima y la reparación representaban soluciones posibles, e incluso recomendables, para excluir la coacción penal o para atemperarla, en ciertos delitos como el abuso sexual que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales a la víctima -sobre los cuales solo ella puede decidir, atento al carácter predominante privado del interés tutelado<sup>90</sup>-, en caso de que no se procesa de dicha manera.<sup>91</sup>

Asimismo, como bien indica la Dra. Lombardi, cabe destacar que *“algunos autores sostenían que el matrimonio con la ofendida era una excusa absolutoria, de allí se derivaba la consecuencia, de que el casamiento solo beneficiaba al que contraía matrimonio, pues siendo la excusa absolutoria de índole personal, no surtía efectos de los demás partícipes del delito. La opinión mayoritaria, por el contrario, interpretaba que el Código Penal en aquel precepto preveía una causa de extinción de la acción y de la pena. Según esta interpretación, el beneficio se extendía a todos, tanto al que contrae matrimonio, como también a los demás sujetos que intervinieron en la comisión del delito”*<sup>92</sup>.

A mi modo de ver, más allá de no estar para nada de acuerdo con este instituto, considero que el avenimiento es una excusa absolutoria que habla de la extinción de la pena, y no de la acción. La razón de la eximente de la pena, para algunos autores, entre los que se encuentra Soler, se ve fundamentada en que el casamiento es una de las formas claras de reparación dentro de los cánones sociales.

Y en ese orden manifestó Bovino *“...que devuelva el control del conflicto a una persona victimizada, constituye una señal de respeto hacia esa persona, en la medida en que se faculta a optar por la solución legal que personalmente considere más adecuada. Esta facultad no significa que en todos los casos la víctima quedara satisfecha, como sucedería por ejemplo, si se arribara a una solución de composiciones satisfactorias. Sin embargo, estas opciones serán innecesarias, en la medida en que la continuación del proceso penal resultara más perjudicial que beneficiosa para la víctima”*<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> MAIER, Julio, *“La víctima y el sistema penal”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, Bs. As., 1992, ps. 246/7.

<sup>91</sup> AROCENA, Gustavo, *“Disposiciones Generales, Asociación Pensamiento penal, Código Comentado de acceso libre”*, ps. 4.

<sup>92</sup> LOMBARDI, Ana, *“Avenimiento de la víctima con el imputado”*. “Ley, Razón y Justicia”, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén, Año 2, Alveroni Ediciones, Agosto 2000- Enero 2001, ps. 148.

<sup>93</sup> BOVINO, Alberto, *“La composición como reparación en los delitos sexuales”*. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, Volumen: 2001/B, 2001. ps. 409/30.

Ahora bien, este artículo fue derogado por la ley 26.738<sup>94</sup> a partir de las repercusiones que, en la opinión pública y en algunos ámbitos académicos, tuvo el caso de Carla Figueroa y Marcelo Tomaselli, ocurrido en la localidad de General Pico, Provincia de La Pampa, donde se aplicó la figura del avenimiento, sin embargo el imputado luego de una semana de convivencia con su pareja, la asesinó.<sup>95</sup>

Estamos aquí ante un caso en donde un Juez podía sobreseer a un violador si se casaba con su víctima. Se pone de esta manera, al matrimonio como una institución de perdón. Si bien podemos referir que a través del matrimonio la víctima perdona a su ofensor, lo cierto es que muchas veces la persona ofendida por su pareja siente la culpa de que este quede preso, de alguna manera, a instancias suyas. Por esta culpa es que la persona agredida, ultrajada y atacada sexualmente, es que decide perdonar y se casa pensando que va a salvar a la pareja de la mala vida carcelaria.

El derecho penal no puede hacer futurología con un imputado que va a mantener una relación de convivencia con quién ya ha atacado. Sería como se conoce vulgarmente “liberar una zona” en la cual, el estado le da la libertad a un violador de volver a atacar, simplemente por el hecho de contraer matrimonio con la víctima. Así, en mi opinión, considero que no puede ponerse al casamiento como una institución sagrada de perdón que permite eximir de pena a una persona que si fue capaz de violar una vez, podría hacerlo fácilmente de nuevo.

En ese orden de ideas, viene al caso señalar que “El Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de Belem Do Para”<sup>96</sup>, en su punto 1.8 “Prohibición expresa de la conciliación, mediación o cualquier otro que busque la solución extrajudicial” señala que el Comité de Expertas/os encuentra que la aplicación de estas medidas en los casos de violencia contra las mujeres tiene efectos

---

<sup>94</sup> Publica en el B.O. el 7/4/2012.

<sup>95</sup> Aquellos fueron pareja durante cuatro años y tuvieron un hijo. Su relación estuvo signada por la violencia. Tuvieron muchas ideas y vueltas, hasta que en marzo de 2011 se separaron. El 14 de abril de ese año, él la fue a buscar a su trabajo y, amenazada con un cuchillo la llevó a un descampado, donde la violó. Carla lo denunció y Tomaselli quedó preso. Mientras él estaba detenido, Carla empezó a visitarlo. Le pidió a su abogado y al de Tomaselli que la ayudaran a sacarlo de la cárcel. Y así fue que en octubre se casaron. Un Tribunal judicial de la Pampa, aplicando la figura del avenimiento, libero a Tomaselli el 2 de Diciembre de ese año. La pareja volvió a convivir y una semana después, el 10 de diciembre de 2011, él la asesinó a puñaladas delante de su hijo.

<sup>96</sup> La implementación efectiva de la Convención requiere un proceso de evaluación y apoyo continuo e independiente, para lo cual se creó en 2004 el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) que realizó entre otros, el informe citado.

contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas y en el mensaje permisivo enviado a la sociedad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en que, hacer este delito negociable o transable parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. Por ello refiere que El Comité de Expertas/os insiste en su recomendación de prohibir los métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres. En caso de que ya cuenten con dicha prohibición, recomienda a los Estados armonizar su legislación procesal con esta prohibición, a fin de evitar que en casos de violencia contra las mujeres se requiera la audiencia de conciliación.

Por otro lado, el nuevo artículo 133 del Código penal -similar al derogado por la ley 25.087- refiere: *“Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualquier persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores. (Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)”*, lo que, a mi criterio, importa una ficción de autoría, pues se sanciona como autor a quien realmente no lo es.

Dicho de otra manera, el legislador está agravando una figura de participación asignándole la pena de autor a quienes resultan tener una alguna relación con la damnificada ya sea vincular, o de abuso autoridad, poder, confianza o encargo.

En ese sentido, este artículo tiene tres diferencias básicas con el anterior:

- a) la ley 25.087 agregó como sujetos activos a los cónyuges y convenientes.
- b) incluye a los tutores y curadores.
- c) Agrega también abuso de una relación de dependencia, autoridad, de poder.

De los tres incisos señalados, el que nos compete a nosotros es el a), en el cual, de alguna manera, el legislador da el indicio de que al cónyuge también se lo trata como un vínculo que agrava la participación en un abuso sexual en las relaciones de parentesco.

Tal modificación al artículo referido nos permite hacernos la siguiente pregunta: ¿por qué el legislador entiende en el artículo 133 del C.P. que el cónyuge que cooperare en la perpetración de un delito de abuso sexual se le aplicará la pena



de autor, agravando así la pena, y no legisla del mismo modo, en relación al artículo 119 párrafo 4 inciso b) del C.P. en el cual agrava la acción de abuso por todos los vínculos de parentesco, desentendiéndose, del cónyuge?

Digo, desentendiéndose, ya que pareciera ser un tema en que los legisladores no quieren inmiscuirse, dada la importancia del debate que trae aparejado semejante cambio. Queda demostrado entonces, que para lograr el objetivo que aquí venimos a proponer se necesita un cambio generacional en nuestras cámaras del Congreso que auspicie nuevos pensadores libres de viejos preceptos éticos y morales, que, a mi criterio, no son más que una barrera para la evolución de la sociedad.

Por lo expuesto, toda vez que el inciso a) del artículo 133 del C.P. es una manera de entender que el cónyuge cumple un rol tan especial como los restantes vínculos de parentesco en los que se agrava su participación aplicando la pena de autor, considero que debería ser de igual manera con artículo 119 parágrafo 4 inciso b) del C.P., donde no se tiene en cuenta al cónyuge para agravar la conducta de abuso sexual, quedando así el rol señalado excluido de un inciso que se debería modificar para que se lo incluya.

#### **e) Enumeración de los delitos que tipifica nuestro Código Penal en donde agrava el delito cometido por el cónyuge**

##### **i) Delitos contra las personas**

*i. a) **Delitos contra la vida:** artículo 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

*1°. A su ascendiente, descendiente, **cónyuge**, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediana o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1° de la [Ley N° 26.791](#) B.O. 14/12/2012)*

*i. b) **Lesiones:** artículo 92. - Si concurriere alguna de las **circunstancias enumeradas en el artículo 80**, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.*

*i. c) **Abandono de personas:** artículo 107.- El **máximum** y el **mínimum** de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el **cónyuge**.*

*(Artículo sustituido por art. 1° de la [Ley N° 24.410](#) B.O. 2/1/1995)*

## ii) Delitos contra la integridad sexual

**ii. a) Corrupción de menores:** artículo 125. - *El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.*

*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.*

*Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, 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.*

**ii. b) Facilitación de la prostitución:** artículo 126 — *En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:*

2. *El autor fuere ascendiente, descendiente, **cónyuge**, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*

**ii. c) Explotación económica de la prostitución:** artículo 127 — *Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:*

2. *El autor fuere ascendiente, descendiente, **cónyuge**, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*

**ii. d) Pena de autoría a cooperadores:** el ya señalado artículo 133. - *Los ascendientes, descendientes, **cónyuges**, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.*

Ahora bien, enumerados los delitos, se puede apreciar que se agrava el homicidio, las lesiones y todos los delitos que afectan el bien jurídico protegido “integridad sexual”, con excepción del art. 119 de nuestro ordenamiento.

Desde una perspectiva lógica, cabe preguntarse, en primer lugar: si el marido lesiona a su mujer el código penal de la nación establece una pena mayor que si lo hubiese hecho una persona común, ¿por qué en el caso de la violación del esposo a su cónyuge, nuestro ordenamiento penal tipifica la misma pena que si la hubiese violado una persona sin ningún vínculo?

Lo señalado me lleva a pensar que los legisladores consideran que el matrimonio y esa relación de convivencia son distintos para cada delito. En ese caso, me veo obligado a manifestar que yo no encuentro ninguna divergencia a la hora de analizar cada tipo, situación que me permite inferir, que si se agrava la lesión por el cónyuge, de igual modo debería ser en la violación.

En esa línea, entiendo que la confianza especial entre los cónyuges generada a partir del casamiento elegido por cada uno como personas libres e iguales, y todo lo que ello trae aparejado en una relación de pareja que ya he mencionado a lo largo del trabajo, como vivir bajo el mismo techo, formar una familia, etc., a mi modo de ver, constituyen un idéntico parámetro de análisis en la afectación de cada delito, sin excepciones.

Digo sin excepciones, dado que el único delito agravado por el vínculo que los legisladores no tienen en cuenta al cónyuge a la hora de aumentar la pena es el de abuso sexual.

De igual manera lo aprecio con el delito de homicidio que también se agrava por el cónyuge, situación en la que el marido cumple el mismo rol que en caso de una violación y aun así, como ya hemos dicho, la violación simplemente se pena como si fuera una persona que cumple un rol común en la vida de su mujer.

Y finalmente, en cuanto a los restantes delitos que afectan “la integridad sexual”, resulta extraño observar que los legisladores hayan tenido en cuenta al cónyuge como agravante, no siendo así para con el delito de estupro. Ello, deja en evidencia que los congresistas, por considerar afectada la institución del matrimonio según los parámetros de los viejos usos y costumbres en donde existía una supremacía del hombre respecto de la mujer (tales como el débito conyugal y la noción del *pater familias*), no puede ver la terrible vejación a la que es sometida la mujer al ser ultrajada por su pareja.

#### **f) Conclusión preliminar**

Ahora bien, lo expuesto hasta acá constituye un análisis que nace de artículos referenciados en nuestro ordenamiento penal y que permite cuestionarme por qué el delito de abuso sexual tipificado en el art. 119 de nuestro Código Penal aún no se encuentra agravado cuando es perpetrado por el cónyuge.

Para ello, luego de señalar brevemente el bien jurídico que se protege en este tipo de delitos y de algunas concepciones de autores de gran talla de nuestra doctrina nacional que se debatían si existe la violación entre cónyuges, lo que intento explicar es que esa conducta no solo existe sino que se debería agravar.

Tal enunciado lo hago desde el estudio de los artículos 40 y 41 del C.P. que refieren acerca de la determinación judicial de la pena en donde los vínculos personales se pueden tener como agravantes a la hora de aplicar una pena, y luego a través de las disposiciones comunes de los delitos contra la “integridad sexual” (arts. 132 y 133 del CP), en donde se puede apreciar que el cónyuge se tiene como agravante en este tipos de delitos pero no se lo tiene en cuenta de tal manera para el delito en estudio.

Además, realicé una enumeración de todos los delitos que se agravan por la condición de cónyuge, poniendo en duda por qué no procede el legislador de esa forma para el delito de abuso sexual. Más precisamente, me pregunto si las lesiones se agravan por el cónyuge, por qué no se agrava en la violación. Y esa duda se me presenta con todos los delitos enumerados.

A raíz de lo expuesto y de las incógnitas que hasta aquí se plantean aunadas a lo expresado en el punto acerca del matrimonio, sostengo fervientemente mi postura y entiendo que los argumentos señalados son fuertes para sostener el agravante del cónyuge en este tipo de delitos.

## **V.- Nuevo tratamiento legal en el marco del delito de abuso sexual llevado a cabo por el cónyuge**

### **a) Derecho comparado**

En este punto detallaré algunos de los códigos penales de países latinoamericanos que tienen agravada la figura de la violación llevada a cabo por el cónyuge. Se eligió en este punto, códigos de pueblos ubicados en la misma región, toda vez que son los que guardan mayor similitud con el nuestro, en cuanto a la cantidad de años como países independientes -liberados de la corona española- y en su posterior formación como estados-nación.

El **Código Penal colombiano** en su título IV “Delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales”, más precisamente en las Disposiciones comunes a los capítulos anteriores –haciendo referencia a los delitos de violación y abuso sexual-, refiere:

**Artículo 211.** *Circunstancias de agravación punitiva.* [Modificado por el art. 7, ley 1236 de 2008.](#) *Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:*

1. *La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.*
2. *El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.*
3. *Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.*
4. *Se realizare sobre persona menor de doce (12) años.*
5. [Modificado por el art. 30, Ley 1257 de 2008.](#) *Se realizare sobre el **cónyuge** o sobre con quién se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.*
6. *Se produjere embarazo.*
7. [Adicionado por el art. 30, Ley 1257 de 2008](#)
8. [Adicionado por el art. 30, Ley 1257 de 2008](#)

En igual sentido, el **Código Penal del Perú** en su capítulo IX “Violación de la Libertad Sexual”, establece:

**Artículo 170°.-** *Violación sexual: El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:*

- 1.- *Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos*
2. *Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, **cónyuge**, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una*

*relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.*

Por su parte, el **Código Penal de Venezuela** plantea un trato distinto a los agravantes tipificados en su ordenamiento. En este caso el código establece todas las pautas de circunstancias agravantes en un artículo de la parte general del Código que se aplicara a todos los hechos punibles enumerados en 20 circunstancias, siendo aquella que habla de los vínculos de parentesco la que aquí interesa:

**Artículo 77.-** *Son circunstancias agravantes de todo hecho punible las siguientes:*

*17.- Ser agraviado cónyuge del ofensor, o su ascendiente o hermano legítimo, natural o adoptivo; o cónyuge de estos; o ascendientes, descendientes o hermano legítimo de su cónyuge; o su pupilo, discípulo, amigo íntimo o bienhechor.*

Del mismo modo aplica los agravantes el **Código Penal de Ecuador**, siendo más preciso aun que el venezolano, toda vez que establece una cláusula de agravantes específica para los delitos contra la integridad sexual y reproductiva y la integridad y libertad personal. Así dice en su artículo 48: Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal. Para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes -entre 9 circunstancias detalladas-: inciso 5. **“Compartir o ser parte del núcleo familiar de la víctima”**. Todo lo que permite inferir, sin dar lugar a dudas, que el cónyuge se encuentra determinado dentro de los agravantes.

## **b) Marco legal: convenciones y tratados internacionales**

El Estado nacional argentino ha ratificado los convenios y tratados internacionales adoptados sobre la violencia contra la mujer durante las últimas décadas. Entre ellos cabe mencionar los siguientes:

### **i) En el ámbito internacional**

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y ratificada por el Estado argentino en 1985. Sus consideraciones fueron incorporadas a la Constitución de la Nación Argentina (ley nacional 24.430/1994).

La recomendación no 19 de la CEDAW, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres durante el periodo de sesiones del año 1992, en la que se reconoce que la violencia contra la mujer es una de las formas que adopta la discriminación, que impide que las mujeres puedan gozar de sus derechos y libertades en una relación de igualdad con el hombre.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, aprobada en 1994 en Belém do Pará, Brasil, por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) e incorporada en el derecho nacional mediante la ley 24.632/1996.

El Estatuto de Roma, adoptado en 1998 por la Corte Penal Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobado en la Argentina de acuerdo con la ley nacional 25.390/2001.

## **ii) En el ámbito internacional**

La ley nacional 24.417/1994 de Protección contra la Violencia Familiar establece medidas cautelares para proteger a las personas en esa situación. Esta ley fue replicada por distintas leyes provinciales durante la década de 1990.

La Ley nacional 26.485/2009 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, publicada en el Boletín Oficial el 14 de abril de 2009, que establece como principios rectores la adopción de medidas para sensibilizar a la sociedad mediante la promoción de valores de igualdad, la no legitimación de la violencia contra las mujeres, la asistencia integral y oportuna para quienes sufren cualquier tipo de violencia, para asegurar un acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz a los servicios creados con este fin, así como la promoción del castigo y la rehabilitación de aquellos que ejercen la violencia. En este sentido, establece la necesidad de diseñar e implementar registros de situaciones de violencia contra las mujeres, de manera interjurisdiccional e interinstitucional, que contemplen la definición y el cálculo de indicadores básicos, la promoción y el desarrollo de un criterio de selección de datos, un modo de registro y la difusión de la información.

Luego de la aprobación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en inglés), la Conferencia de

Viena sobre Derechos Humanos de 1993<sup>97</sup> reconoció que los derechos de las mujeres son derechos humanos, declarándose a la violencia contra las mujeres como un problema de derechos humanos, razón por la que ya no se tratara de enfocar solamente el tema desde un mero discurso jurídico penal.

Cabe destacar que como instrumento internacional de gran importancia estratégica por los derechos humanos de la mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará por el mismo nombre de la ciudad brasileña en donde se suscribió el Tratado, establece en el artículo 1° lo que se debe entender por violencia contra la mujer: *“Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*. Señalando, además, en el artículo 2° que *“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica”*, que es aquella: que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

A su vez, la Ley de Protección Integral a las mujeres, en su artículo 4 establece que *“Se considera violencia contra la mujer toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”*. Luego, en el artículo 5 define los tipos de violencia entre los que se encuentra el sexual que es el que se adapta al termino de nuestra tesis y dice: *“cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, **incluyendo la violación dentro del matrimonio** o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”*.

Asimismo, el artículo 6 se refiere a las modalidades de violencia, entre las que se encuentra la Violencia domestica: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica

---

<sup>97</sup> Se celebró por las Naciones Unidas en Viena, Austria, del 14 al 25 junio de 1993. Fue la primera conferencia de derechos humanos celebrada desde el fin de la Guerra Fría. El principal resultado de la conferencia fue la Declaración y Programa de Acción de Viena.



o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

### **c) Estadísticas y detalle de informes**

La Oficina de Violencia Domestica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>98</sup>, realizó el primer informe que trata de “las mujeres afectadas por el vínculo de pareja” con estadísticas del primer semestre del año anterior. Allí, se destaca que entre las personas afectadas por hechos de violencia domestica durante el Primer Semestre de 2019, 46% son mujeres a partir de 14 años que tienen un vínculo de tipo pareja con el agresor. Que, durante el semestre referido, se relataron ante la OVD hechos de violencia en las relaciones de pareja (cónyuges, convivientes, novios, exparejas) en los que resultaron afectadas 3.601 mujeres a partir de 14 años. Asimismo, que el grupo de edad con más afectadas fue el de 30 a 39 años (35%) seguido por el de 22 a 29 años (27%). En conjunto, agrupan al 62% de las mujeres afectadas en este tipo de vínculo. Entre ellas, 64% tienen un vínculo de tipo ex pareja con los agresores; 19%, convivientes; 14%, cónyuges y; 3%, novios. De esas mujeres afectadas, 99% relató hechos de violencia psicológica; 82%, de tipo simbólica; 63%, de violencia física; 41%, económica patrimonial; 37%, ambiental; 21%, social y; 12% sexual.

“El registro de casos únicos de violencia contra la mujer” (RCUVCM)<sup>99</sup>, dependiente del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), en su informe de resultados estadísticos del 2013-17 reseñó en su punto 8.7 “Vínculo de la víctima con el agresor” que el vínculo con el agresor muestra el tipo de relación de parentesco que hay entre el agresor y la víctima (pareja, novio, expareja, padre, hijo, etc.), otro tipo de relación (laboral, de amistad, etc.) o si se trata de una persona

---

<sup>98</sup> Acordada n° 39/2006. Creación en el ámbito de la CSJN la Oficina de Violencia Domestica. Buenos Aires, 27 de diciembre de 2006.

<sup>99</sup> En cumplimiento de la ley nacional 26.485/2009, el Consejo Nacional de las Mujeres (actualmente, Instituto Nacional de las Mujeres), firmó el 12 de septiembre de 2012 un convenio con el INDEC para que este generara información estadística mediante la implementación de un registro único de casos de violencia contra las mujeres a nivel nacional, que reuniera los datos dispersos en diferentes organismos, tanto de jurisdicción nacional como provincial o municipal, que asistiera y registrara casos de violencia hacia las mujeres basada en su condición de género, creándose de esta forma el RUCVM.

desconocida. En relación con esta variable, el porcentaje de casos con datos es del 48,4%. A su vez, en ocho de cada diez casos registrados (82,7%), el agresor es la pareja o expareja de la víctima. Esto implica una vulnerabilidad específica, porque la víctima mantiene o mantuvo una relación afectiva que puede incluir además la existencia de hijos o de bienes en común. Esto se constituye en un obstáculo difícil de sortear para que la mujer pueda salir de la situación de violencia.

Por otro lado, el segundo informe hemisférico sobre la Implementación de Belem Do Para<sup>100</sup>, en su punto 1.7 “Legislación sobre violencia sexual dentro del matrimonio o unión de hecho”, descató que en el primer Informe Hemisférico el Comité de Expertas/os recomendó la tipificación de la violencia sexual dentro del matrimonio o unión de hecho en general. Ello porque encontró que, a pesar de la extensión de la pregunta referida a violencia sexual, la mayoría de Estados se refirió solamente a la violación sexual dentro del matrimonio y no a otras formas de violencia contra las mujeres que pueden darse dentro de una relación de matrimonio o unión de hecho. También mostró su preocupación por el hecho que aquellos Estados que aseguran juzgar la violación sexual en el matrimonio dentro de otros tipos penales, como los de violación sexual o lesiones, invisibilizan este problema, ignorando la situación histórica que legitima la violación de los derechos humanos de las mujeres en una relación consensuada.

Durante la etapa de seguimiento de recomendaciones en la Primera Ronda, el Comité de Expertas/os de MESECVI<sup>101</sup> encontró que si bien más Estados incluyen disposiciones para prevenir o sancionar este delito, lo regulan todavía con algunas limitaciones. Por ejemplo, algunos Estados penalizan la violación sexual dentro del matrimonio, pero restringiendo la violación sexual al acceso oral, anal o vaginal. En otros casos se trata la violación sexual más no la violencia sexual u otros abusos sexuales dentro del matrimonio. Algunos Estados sancionan dicha violación cuando se da dentro del matrimonio sin incluir las uniones de hecho; o la criminalización de esta violación cuando se produce en procesos de separación o divorcio y no en casos de matrimonios o uniones de hecho vigentes.

---

<sup>100</sup> Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belem Do Para (MESECVI), de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>101</sup> El MESECVI es una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados Parte de la Convención y un Comité de Expertas/os.

El Comité de Expertas/os encuentra un panorama muy similar al de la Primera Ronda. Por un lado, junto con la penalización de este crimen algunos Estados optan por incorporar la violación y violencia sexual dentro del matrimonio o unión de hecho como agravante del tipo genérico de violación sexual. En otro caso el Estado opta por la prohibición expresa de usar la relación marital o de otro tipo con la víctima, previa o existente, como defensa de los crímenes sexuales.

La adopción de leyes integrales de violencia en los últimos cinco años ha contribuido a dar visibilidad a la violencia sexual dentro del matrimonio o unión de hecho. Queda pendiente la armonización entre lo dispuesto en algunas leyes integrales de violencia contra las mujeres y los códigos penales. Persiste la tendencia a no sancionar penalmente dicha forma de violencia sexual, o incorporarla con las limitaciones señaladas en el párrafo anterior, siendo especialmente llamativa la exclusión de las uniones de hecho dentro del ámbito de protección de la norma en un número importante de Estados.

El Comité encontró que un Estado penaliza la violación sexual dentro del matrimonio estableciendo expresamente que la esposa también puede ser perpetradora de dicho delito. Ello es consecuencia de la visión de violencia contra las mujeres limitada al ámbito familiar o doméstico, donde cualquiera de sus integrantes puede ser perpetrador o víctima, sin tomar en cuenta las desiguales relaciones de poder existentes entre hombres y mujeres.

Asimismo, del análisis de las disposiciones pertinentes ofrecidas por cada Estado Parte, el Comité observó con preocupación que, aun existiendo normas que sancionen la violencia sexual dentro del matrimonio o de la unión de hecho, su cumplimiento puede verse obstaculizado por cuestiones procesales contempladas en las normas que regulan el procedimiento penal y la evidencia. Por ejemplo, en un Estado las normas procesales establecen que una mujer no puede ser testigo competente contra su esposo, salvo que se trate de un delito sexual en contra del padre de su hijo. En otras regulaciones los códigos de procedimientos penales todavía ordenan audiencias de conciliación para estos delitos.

Por ello, el Comité de Expertas/os insiste a los Estados en su recomendación de tipificar, sea como delito independiente o como agravante, la violencia sexual dentro del matrimonio o unión de hecho en general y la violación sexual dentro del matrimonio o unión de hecho en particular. También recomienda a los Estados revisar sus normas de procedimiento penal a fin de remover los obstáculos que podrían impedir a las mujeres obtener justicia en estos casos.

**d) Fallos de interés**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), siendo consecuente con lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante “la Convención de Belém do Pará”), y en línea con la jurisprudencia internacional, ha ofrecido una interpretación amplia del concepto de la violencia sexual. Al respecto, ha interpretado que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano y pueden incluir actos que no involucren penetración o contacto físico alguno.<sup>102</sup>

Asimismo, la CIDH ha verificado que las niñas son las principales víctimas de violencia sexual y que los agresores son generalmente del sexo masculino, con algún grado de parentesco o relación con las víctimas; ya sean padres, padrastros, hermanos, primos, novios o cónyuges. Esto lleva a la CIDH a afirmar que la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres. La situación y los niveles de violencia sexual y de impunidad tampoco son alentadores en el caso de las mujeres indígenas, las migrantes, y las mujeres afrodescendientes, y la gran mayoría de los casos frente al sistema de justicia permanecen en la impunidad.<sup>103</sup>

La violencia sexual contra las mujeres no es un problema aislado: es el resultado de una violencia estructural de género y de patrones socioculturales que discriminan a las mujeres. La violencia estructural de género responde a un sistema que justifica la dominación masculina sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres, que tiene su origen en la familia y se proyecta en todo el orden social, económico, cultural, religioso y político. De esta manera, todo el aparato estatal y la sociedad en su conjunto son incapaces de asegurar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Los patrones socioculturales, a su vez, reproducen e incentivan la violencia sexual, enviando un mensaje de control y poder sobre las mujeres.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> CIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 306. CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, Resumen Ejecutivo, párr. 5.

<sup>103</sup> *Ibidem*, párr. 21.

<sup>104</sup> *Ibidem*, párr. 45.

Para la CIDH es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.<sup>105</sup>

*“El Tribunal observa con especial preocupación que las autoridades a cargo de la investigación centraron sus esfuerzos en citar a declarar reiteradamente a la señora Fernández Ortega y no en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. La Corte destaca que en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido”.*<sup>106</sup>

Asimismo, la Corte Interamericana reconoció que sus dichos (por la víctima) constituyen elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos<sup>107</sup> y el valor de esta clase de testimonios frente a violaciones de derechos humanos, a su vez, tuvo un amplio desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo: *“...la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien, se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios.”*<sup>108</sup>

La Corte Interamericana reafirmó la importancia de evitar la impunidad en crímenes de género, pues de este modo se *“...envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas, en el sistema de administraron de justicia...”*<sup>109</sup> La característica distintiva de la modalidad de este tipo de actos radica en la comisión de un acto de privacidad y, por regla, ante la mera presencia de la propia víctima; por ello, no debe prescindirse de sus manifestaciones sino que las mismas deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración

---

<sup>105</sup> CIDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89.

<sup>106</sup> CIDH, Caso Fernández Ortega. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 196.

<sup>107</sup> *Ibidem*, cfr. parr. 100 y 89 respectivamente.

<sup>108</sup> CSJN, Fallos: 309:319.

<sup>109</sup> CIDH, Campo Algodonero vs. México, sentencia 16 de noviembre de 2009, serie C, nro. 205, párr. 400.

mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa que acrediten o disminuyan su fuerza. La presunta aquiescencia derivada del “debito conyugal” que alega el recurrente ha sido enfáticamente condenada por el tribunal interamericano, por considerar que este tipo de caracterizaciones y prejuicios evoca la falsa dicotomía entre la esfera pública y privada según la cual a la justicia penal no le correspondería inmiscuirse en los “asuntos de pareja”.<sup>110</sup>

En ese orden de ideas, se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “F.A.L s/ medida autosatisfactiva” (Fallo: 335:197), donde puso de resalto el lugar de inferioridad jurídica que deparaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX situación que *“influyó para que el espíritu orientador entre los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección e integridad sexual”*.

Finalmente, cabe destacar que la Corte en el fallo reseñado indicó que *“todo el dispositivo penal que reguló los ataques sexuales en el Título II del Código Penal lo hizo no para proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres...sino para resguardar el honor y nombre de quienes eran sus “dueños”, responsables o tutores: sus maridos, padres, hermanos, etc.”*

## VI.- Conclusión

Por apenas citar dos cuestiones, en la Argentina del siglo XXI se debaten asuntos como la ya sancionada legalización del aborto o el libre consumo de marihuana, algo que hubiera sido inimaginable hace un siglo y medio atrás, dado que eran pensamientos que aún no cabían en aquellas mentes y porque estaban ocupados en otros menesteres. Podrán imaginar que, si todavía costaba erradicar la esclavitud, ¿acaso podrían discutir acerca de cuestiones de género o en beneficios para las minorías? No existía posibilidad alguna.

Recordemos que la mujer a lo largo de la historia de la humanidad ha sido tenida en cuenta como ser inferior por parte de los hombres, quienes ocupaban una posición de preponderancia. El hombre era el jefe de familia y quien ejercía la autoridad exclusiva del hogar, administraba los bienes matrimoniales, y hasta podía disponer de ella. El hombre era quien ocupaba cargos administrativos del gobierno, para él se habían hecho los colegios, las universidades y las carreras libres. O sea, que ocupaba todos los cargos de la actividad social teniendo a su disposición los caminos del progreso.

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, CIDH Caso “Campo Algodonero”.

De esta manera quedaba la mujer supeditada a la tutela del hombre, y lo que era peor, en casos de adulterio la mujer era la única considerada culpable, siendo el hombre absuelto, toda vez, que como he hecho mención, la mujer era considerada propiedad del hombre.

Fue entonces que, desde principios del siglo pasado, a través de una ardua lucha, la mujer ha comenzado a ocupar el lugar que merece, restando aun conquistar algunos derechos, tales como el que aquí se propone.

La evolución de la mujer en la sociedad se puede ver reflejado en el nuevo tratamiento legal universal, en el cual, de alguna manera, se intenta equiparar su condición con la del hombre. Para ello, existen las nuevas convenciones y tratados internacionales, a los cuales la mayoría de los países del mundo han adherido, no siendo la Argentina la excepción a ello. En ese sentido, además de adherir a las convenciones internacionales, la Argentina tiene su propia legislación respecto de la mujer desde el año 2009 (ley 26.485).

Sin embargo, a mi modo de ver, todavía la mujer no ha conseguido la plenitud de sus derechos por cuanto aún restan despojar a un sector de la sociedad representado a través de legisladores en el Congreso de la Nación, viejos preceptos culturales y religiosos que han quedado en desuso, como el débito conyugal y el *pater familias*.

La influencia de la religión católica en nuestra sociedad deviene desde los comienzos de la edificación de la Argentina como estado. El poder de fuego y el tráfico de influencias de los líderes espirituales convivieron desde siempre en todos los debates de cada cambio sustancial de nuestras leyes comenzando con la piedra fundamental en la secularización del estado que fue la ley de educación laica, y luego, seguido por distintas leyes tales como la ley de matrimonio civil, la ley de divorcio, el matrimonio igualitario, etc. Todas ellas, fueron pasos firmes hacia un estado cada vez más libre de estos preceptos antiguos y quedados en el tiempo, que no aprueban las transformaciones necesarias para el progreso de la sociedad.

Por otro lado, viene al caso refrescar que el matrimonio es la unión de dos personas libres e iguales que por amor deciden unirse para toda la vida, con el fin de formar una familia. Esa unión es la que desde el día de su celebración genera una “confianza especial” en la pareja, que configura una relación extraordinaria, que únicamente existirá entre cónyuges. Esa confianza que proviene de la afectividad, además, es la que va a permitir que los cónyuges convivan bajo el mismo techo en

un ámbito de privacidad, que nadie más que ellos y en su caso, los hijos, podrán conocer lo que realmente allí sucede.

Ese ámbito de confianza y esa relación de convivencia aumentan el poder vulnerante del cónyuge violador respecto de la ofendida/o, quien se verá inmiscuida/o en un círculo vicioso del cual será muy difícil salir.

El ofensor, contará con ciertas ventajas. En primer lugar, tener a su víctima bajo el mismo techo y poder actuar sin que nadie lo observe. En segundo lugar, el miedo que siente la mujer y la humillación al exponerse ante la mirada de la sociedad, logrando así, que en muchos casos no denuncien los abusos o tarden en realizar la denuncia. Por el último, la importancia del mandato familiar, que será otro obstáculo para que la mujer denuncie, sintiendo la culpa de quebrantar una familia constituida.

Todos los pormenores recién enumerados resultan razones suficientes, desde mi punto de vista, para agravar el rol del cónyuge que abusa de su pareja, siendo éstas, además, circunstancias que se ven configuradas en los vínculos personales señalados en los artículos 40 y 41 de nuestro ordenamiento penal.

Ahora bien, más allá de todos los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo, considero que la violación llevada a cabo por el cónyuge debe ser agravada, simplemente por preguntarse: ¿merece la misma pena la violación por parte del cónyuge, que de un sujeto extraño?

El art. 119 párrafo 4, inc. b) del C.P., establece en el delito de abuso sexual el agravante para todos los vínculos de parentesco sin mencionar al cónyuge. Entonces me cuestiono, es lógico y justo que el cónyuge, entendido además de marido como padre de familia y raíz de quien surgen todos aquellos vínculos, ¿no se agrave?

Y así continuo, ¿es lógico que se agrave la lesión cometida por el cónyuge y no así la violación, como sucede también en otros delitos?, ¿es lógico que se agrave la cooperación del cónyuge como autor en los delitos de abuso, pero no se agrave la autoría en la violación?

Por todo lo expuesto, y como lo mencione al principio de este trabajo, no tengo ninguna duda de que esta modificación del inc. b del párrafo 4 del artículo 119 del Código Penal, resulta tan necesaria para la sociedad que debería ser tratada más temprano que tarde.

## VII.- Bibliografía



- AROCENA, Gustavo y BALCARCE, Fabián. “El bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad sexual”. Libro: Teoría y Práctica de la parte especial del derecho penal. Ed. Lerner, 2011.
- AROCENA, Gustavo A., “Disposiciones Penales”, Asociación Pensamiento penal, Código Comentado de acceso libre.
- AROCENA, Gustavo Alberto, “Ataques a la integridad sexual”, Editorial Astrea, 2012.
- BACIGALUPO, Enrique “Derecho Penal, Parte General”. 2º edición. Ed. Hammurabi, 2007.
- BELLUSCIO, Augusto C., “Derecho de Familia”, Depalma, 1979, Tomo II.
- BOVINO, Alberto, “La composición como reparación en los delitos sexuales”, publicado en Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, disponible en: [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=99&Itemid=34](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=99&Itemid=34) (accedido el 4 de febrero de 2011).
- BUOMPADRE, Jorge, “Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer)”. Algunas observaciones a la ley 25.087 de reformas al Código Penal, en Revistas de Ciencias Penales, 1999.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Tratado de derecho penal, parte especial,” T. I, Editorial Astrea, 2009.
- CALVETE, Federico, Análisis de la ley 25.087. “Delitos contra la integridad sexual”. Libro Doctrina Judicial, Ed. La Ley, Tomo 2005-3. Bs. As. 2006, Publicación: Derecho Practico: Observatorio Legal.
- CATALDI, Miriam Marisa y BACIGALUPO DE GIRARD, Maria, “Constituye injuria que la cónyuge que sufre violencia física y moral ponga objeciones para cumplir con el débito conyugal?”. Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 24. Lexis-nexis. 2003.
- CLEMENTE, José Luis, “Violación. Estupro. Abuso deshonesto”. Marcos Lerner Editora, Córdoba 1995.
- CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo I.
- CREUS, Carlos, “Delitos sexuales según la ley 25.087”, en J.A. del 27-7-99, 6115.
- D’ALESSIO, Andrés José, director, “Código Penal Comentado y Anotado”. Parte General, arts. 1 a 78. La Ley, 2005.
- DE LA FUENTE, Javier E. “Abusos sexuales”. Ed. Hammurabi.
- DE LUCA, Javier A. y LOPEZ CASARIEGO, Julio, Delitos contra la integridad sexual, Ed. Hammurabi.

- DONNA, Edgardo Alberto. “Delitos contra la Integridad Sexual”. Segunda Edición Actualizada. Ed. Ribinzal-Culzoni. 2001.
- DURKHEIM, Emile, “Las formas elementales de la vida religiosa”. Ed. Schapire. Bs. As. 1968.
- FERRER, Francisco A, “El problema de la potestad legislativa y jurisdicción sobre el matrimonio: Evolución Histórica”. El derecho, v. 49, 1973, Bs. As.
- FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- GOMEZ, Eusebio, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, Compañía Argentina de Editores Buenos Aires, 1940.
- LAJE ANAYA, Justo- GAVIER, Enrique, “Notas al Código Penal Argentino”, Tomo. II, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba 1995.
- MAIER, Julio B.J., “La víctima y el sistema penal”. Buenos Aires, Ad-Hoc. 1992.
- MARCHIORI, Hilda, “La víctima del delito”, Ed. Lerner 1990.
- MARCHIORI, Hilda, “Determinación Judicial de la Pena”, Ed. Lerner. 1995.
- NUÑEZ, Ricardo C. “Derecho Penal Argentino”, Tomo IV, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1961.
- NUÑEZ, Ricardo C, “Derecho Penal Argentino”. Tomos. II y IV, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, Bs As. 1962 y 1964.
- NUÑEZ, Ricardo C., “Tratado de derecho penal, Parte Especial”, t. III, vol. II.
- POLAINO-ORTS, Miguel, “Sobre el injusto de la violación en la pareja”, Cuadernos de Política Criminal, N° 87, Ed. Separata, Madrid, 2005.
- Rafecas, Daniel, “Derecho Penal sobre bases constitucionales”, Ediciones Didot, 2021.
- REINALDI, Víctor F., “Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino”. Ley 25.087, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.
- RIGHI, Esteban, “Derecho Penal. Parte General”. 2° ed. Actualizada, Abeledo-Perrot 2016.
- SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, Parte Especial, 5° Ed., T. III.
- SPINKA, Roberto E., “Delitos contra la Honestidad”, en “Estudio de las figuras delictivas”, dirigido por Daniel P. Carrera, Tomo I, Advocatus, Córdoba, 1994.
- ZIFFER, Patricia Z., “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad-Hoc.

## **JURISPRUDENCIA**

- Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH, Caso Fernández Ortega. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010.
- Corte IDH, Campo Algodonero vs. México, sentencia 16 de Noviembre de 2009, serie C, nro. 205.
- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 306. CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “F.A.L s/ medida autosatisfactiva” (Fallo: 335:197).