

JORGE EDUARDO BUOMPADRE

EL DELITO DE VIOLACION

ANALISIS DOGMATICO DE LOS ELEMENTOS TIPICOS

(tras la reforma de la Ley N° 27.352/17)

2017

INDICE

I: CARACTERIZACION LEGAL

II. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

III. ¿ABUSO O AGRESIÓN SEXUAL?, ASPECTOS CONTROVERSIALES

IV. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

V. EL TIPO PENAL. LA ACCIÓN TÍPICA

a) El yacimiento en los antiguos ordenamientos

b) Acceso carnal

c) Penetración anal y bucal

d) Introducción de partes del cuerpo y objetos

a) Objeto

b) Partes del cuerpo

VI. LOS SUJETOS DEL DELITO

VII. LOS MEDIOS COMISIVOS

a) Violencia

b) Amenaza

VIII. EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS SEXUALES

IX. LA VIOLACION EN LA PAREJA (matrimonios, uniones formales e informales)

a) Violación de la prostituta

b) Violación de la pareja (formal/informal)

X. CULPABILIDAD (ánimo lúbrico o de delito de especial motivación -¿implícito?-, elemento subjetivo del tipo, tipo de tendencia sexual)

XI. ITER CRIMINIS. Las etapas de realización del delito

- a) Tentativa
- b) Consumación

XII. AUTORIA Y PARTICIPACION (¿El delito de violación como delito de propia mano?)

XIII. PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

XIV. JURISPRUDENCIA

I. Caracterización legal

El texto del nuevo artículo 119 del Código penal, introducido por la reforma de la Ley N° 27.352 ¹, es el siguiente:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

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

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;

¹Sancionada el 27/04/2017. Publicada en el B.O. el 17/05/2017.

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;

d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;

e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

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

II. Consideraciones introductorias.

El delito de violación² ha tenido en la historia del Código penal tres etapas bien definidas: la primera, que tiene su origen en el propio Código penal de 1921, perdurando hasta el año 1999, etapa durante la cual el delito consistió en “*tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo*”, mediante violencia real (inc. 1, art. 119) o violencia presunta (incs. 2 y 3, art. 119). La segunda etapa (desde el año 1999 hasta el año 2017), fue una derivación de la reforma de la ley N° 25.087, en la que impuso al artículo 119 un nuevo texto cuyo tenor significó una transformación significativa del delito, pues de constituir una figura autónoma durante todo el transcurso de la primera etapa, pasó a configurar un tipo agravado de abuso sexual, con sus propias circunstancias de agravación. El nuevo párrafo 3ro. del art. 119 introducido por la ley N° 25.087 prescribió una pena de seis a quince años de reclusión o prisión “cuando mediando las circunstancias del primer párrafo *hubiere acceso carnal por*

² Si bien es cierto que con la reforma de la Ley N° 25.087, entre otras modificaciones, quedaron eliminadas las rúbricas que nominaban los capítulos del Título III del Código penal, sin que sean sustituidas por otras, la histórica denominación de “violación” del delito pasó a llamarse doctrinariamente “abuso sexual agravado por el acceso carnal”, no lo es menos que ello no implicó que necesariamente deba aplicarse una variación en la interpretación del injusto típico. No obstante, hemos preferido en este trabajo seguir utilizando el término “violación” debido a su arraigada permanencia en el ámbito científico como en el imaginario colectivo, por tratarse de una denominación mayormente expresiva del tipo penal (o del Capítulo en cuestión), más clara y unívoca, y por la mayor carga semántica que conlleva, lo cual puede permitir determinar con mayor precisión y justeza el contenido material del injusto típico y, a su vez, delimitar con mayor claridad su relación con el bien jurídico protegido.

cualquier vía". Finalmente, la última etapa, como habremos de ver en las páginas siguientes, tiene inicio con la reforma de la Ley N° 27.352³, cuyo nuevo texto del art. 119 sanciona con la misma pena cuando, "mediando las circunstancias del primer párrafo *hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*".

En lo que sigue, sólo hemos de ocuparnos de los aspectos que consideramos de mayor importancia en el análisis de la figura delictiva, particularmente, de las nuevas conductas incorporadas al código penal por la reforma de la Ley N° 27.352, aun cuando, en algunas ocasiones, debamos volver sobre temas conocidos. En todo lo demás, remitimos al lector a la abundante bibliografía existente sobre el tema

La violación -cualquiera sea el nombre o expresión que se le ocurra al legislador de oportunidades, o a la doctrina, utilizar en el texto de la ley, ha sido -y seguirá siendo- el más grave atentado sexual contra una persona. La mayor o menor fortuna de una expresión terminológica en el lenguaje de la ley penal, no transforma la interpretación dogmática del tipo de injusto.

Que el atentado sexual se configure como un yacimiento con una mujer, mediando fuerza e intimidación -como lo fue durante la vigencia de los Códigos penales españoles ochocentistas-, o como un yacimiento con una persona (sin distinción de sexos), como lo es en la actualidad, no implica una transformación del delito en otra diferente estructura categorial, y que la violación deje de significar lo que fue en todas las épocas de la historia.

La inclusión de nuevas modalidades comisivas nada quita ni nada añade a la caracterización nuclear del delito, ni tampoco lo hace el incorporar nuevas conductas que se equiparan al acto sexual tradicional (como por ejemplo, la penetración bucal o la introducción de partes del cuerpo humano u objetos), aun cuando tal equiparación -como lo demuestra la discusión doctrinaria sobre la cuestión-, no haya sido un acierto legislativo.

La violación sexual no se caracteriza porque el sujeto pasivo (o el activo) del delito sea un hombre o una mujer. Hasta se podría decir que esto carece de importancia. Lo que da razón de ser a este delito es el "yacimiento" -o, si se quiere, el "acceso carnal"-, forzado con otra persona, que no desea llevar adelante el acto sexual. Tanto para el hombre de ciencia, como para el ciudadano de a pie, la violación no es otra cosa que un atentado sexual "violento" (la coacción o el abuso también son formas de violencia, pues importan,

en el fondo, la imposición de una conducta no querida), rechazado por la otra parte, y a quien se le impone una relación sexual no deseada, ya se trate de un hombre o una mujer la persona que ha sido víctima de esta clase de violencia.

La violación es lo que es –y lo que ha sido siempre-, una agresión sexual violenta, un ataque a la sexualidad de otro, pero –si algo debemos tener en claro- es que no toda agresión sexual es violación, aun cuando la acción implicara una instrumentalización de la persona humana en sí misma (el abuso sexual del segundo párrafo del art. 119 es un ejemplo de ello), pero toda violación, siempre es una modalidad de agresión sexual.

III. **¿Abuso o agresión sexual?. Aspectos controversiales.**

Con arreglo al esquema legal trazado por el legislador de 1999 –mantenido, con ciertas matizaciones, en la reciente reforma de la Ley 27.352 y cuyos alcances serán analizados más adelante-, el delito de violación continúa siendo una “conducta sexual abusiva” atentatoria de la libertad sexual de otra persona, la más grave de las previstas en el Código penal, pudiendo diferenciarse de otros atentados sexuales menos graves, por la concreta actividad sexual llevada a cabo por el sujeto activo.

La “concreta actividad sexual realizada por el sujeto activo” configura un factor determinante a la hora de delimitar las conductas constitutivas de violación sexual de otras conductas abusivas menos graves, ya que –como se podrá suponer- no tiene la misma significación sexual una conducta, por ejemplo, de tocamiento de las partes sexuales del cuerpo de una persona que una penetración vaginal o anal mediante el órgano sexual masculino.

La diferencia entre las conductas abusivas más graves de las menos graves, no reside en el ejercicio de violencia (real o presunta) o de otros medios comisivos de especial intensidad; todos los abusos sexuales no sólo presuponen el uso de violencia sino que

comprometen el mismo bien jurídico: la libertad sexual de otra persona. La diferencia radica en el grado de doblegamiento de la libertad de la víctima mediante el ejercicio de una determinada conducta sexual y en la intensidad del ejercicio de violencia exigible para cada tipo penal (un ultraje sexual es más grave que un simple tocamiento de las partes sexuales de la víctima, de allí, la diferente escala penal aplicable).

Así como toda conducta abusiva implica el ejercicio de violencia, también presupone la concurrencia de un contacto físico entre dos personas. No resulta posible imaginar un abuso sexual sin que concurra una forma de violencia, o, por el contrario, que pueda llevarse a cabo con el consentimiento de la persona ofendida. ¿Es posible la existencia de un abuso sexual perpetrado con el consentimiento de la víctima?, ¿es posible la comisión de un abuso sexual mediante una acción sexual a distancia, sin que se perfeccione un contacto corporal directo entre dos personas?.

Si todo abuso sexual exige –como nosotros creemos- un contacto corporal directo entre autor y víctima, entonces habrá de desplegarse, imprescindiblemente, una conducta violenta, pues, para que sea reprochable como delito, deberá concurrir la falta de consentimiento de la persona ofendida, a excepción de los atentados sexuales contra niños.

Sin embargo, una acción sexual ilícita (o inmoral) –aun cuando comprometiére un bien jurídico determinado- no siempre es suficiente para configurar un delito sexual; debemos ocurrir a la propia dicción del tipo penal para indagar la antijuricidad de la acción, pues podría darse la eventualidad de una conducta sexual neutra a los fines de los delitos que estamos analizando (por ejemplo mostrar los genitales o gesticular algún movimiento corporal indicativo de una acción sexual) y no configurar un abuso sexual, aun cuando frente a ello, no pudiéramos negar que acciones de tales características no poseen una significación sexual, o que no constituyen un atentado contra la libertad sexual de la otra persona.

Carece de importancia, desde un punto de vista teórico, reparar en la lesión del bien jurídico protegido para delimitar un abuso sexual grave de otro menos grave, porque en ambos casos se afecta la libertad sexual de la víctima, en ambas situaciones se produce un

doblegamiento o vulneración de la libertad sexual de la persona ofendida, en ambos casos se percibe un supuesto de ejercicio de violencia, por mínima que sea, que pone en crisis la voluntad del sujeto pasivo.

No tiene el mismo nivel de intensidad de afectación del bien jurídico –como tenemos dicho- un simple tocamiento compulsivo (sin el consentimiento) en las partes pudendas del cuerpo de la víctima que una penetración vaginal o anal violenta mediante el órgano sexual masculino, aun cuando en ambos casos se ha desplegado violencia física que ha recaído sobre el cuerpo del sujeto pasivo.

Si la acción sexual se lleva a cabo “sin violencia o intimidación” o sin la concurrencia de los otros medios comisivos establecidos en el primer párrafo del art. 119 –situación que presupone la prestación del consentimiento de la otra persona-, debemos convenir en que no ha existido una acción sexual antijurídica. Otra cuestión será determinar la especial situación de los menores de edad en el ejercicio de sus derechos sexuales.

Con otros términos, no puede concebirse un atentado sexual sin violencia o intimidación, “o con el consentimiento” de la persona ofendida. Si la víctima no prestó su consentimiento para el acto sexual, y este igualmente se llevó a cabo por la acción del sujeto activo, entonces se debe presuponer que el autor –para concretar la acción sexual- tuvo que desplegar, necesariamente, un mínimo de violencia, pues –pese a todo-el contacto sexual se llevó a cabo. De otro modo ¿cómo se podría llevar a cabo un contacto sexual con otra persona, sin su consentimiento, que no sea a través del ejercicio de violencia?.

Toda conducta sexual abusiva implica una acción “contra” la voluntad de la víctima, que la instrumentaliza o cosifica, y ello sólo puede lograrse mediante el empleo de ciertos y determinados medios violentos, coactivos o defraudatorios, que anulan o disminuyen la voluntad del sujeto pasivo.

Si la víctima del abuso sexual no es de aquellas que puedan calificarse, por ejemplo como víctima privada de sentido, con algún tipo de trastorno mental que le impida expresar su voluntad, o una víctima que haya ingerido fármacos, drogas o sustancias similares, o en una situación de inferioridad respecto del autor, entonces se presenta como muy difícil no imaginar una situación de abuso respecto de una persona que no ha prestado su acuerdo

para la realización del acto sexual y éste, pese a ello, igualmente ha sido llevado a cabo por el agente, sin que medie, siquiera mínimamente, cierto grado de violencia.

No existe ninguna forma de abuso sexual “conforme a Derecho”. El abuso presupone, como tenemos dicho, una forma coactiva o fraudulenta de afectar la capacidad de obrar de otra persona, implica una forma de “aprovecharse” de las condiciones o debilidades de otra persona, o como se ha puesto de relieve, la utilización de un ser humano como mero instrumento de placer⁴; por ello, el abuso siempre es ilícito.

IV. El bien jurídico protegido.

La reforma de la Ley 25.087 sustituyó la antigua rúbrica del Título III del Código penal, “Delitos contra la honestidad”, por la de “Delitos contra la integridad sexual”, con lo cual no vino a mejorar las dificultades observadas por la doctrina en la determinación del bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

Por ello, deberíamos comenzar el estudio de esta temática con la formulación de algunas preguntas: ¿es la libertad sexual el bien jurídico protegido en el delito de violación, previsto en el tercer párrafo del artículo 119 del Código penal, o también lo es la indemnidad sexual?. El término integridad sexual ¿posee el mismo significado conceptual que libertad sexual?. ¿es correcto formular una diferenciación entre mayores y menores de edad para determinar el bien jurídico en los delitos sexuales?.

Estas preguntas han sido respondidas por la doctrina de la siguiente manera:

“Dentro de la libertad en general, la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal

⁴ Así, Prieto Rodríguez Javier Ignacio, La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales, en AP, 1991-1, pag. 119 a 152, cit. por Suárez Rodríguez Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, pag. 245, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad. La libertad sexual tiene efectivamente su propia autonomía y, aunque los ataques violentos o intimidatorios a la misma son también ataques a la libertad que igualmente podría ser castigados como tales, su referencia al ejercicio de la sexualidad le da a su protección penal connotaciones propias... hay también otros delitos que no se pueden explicar como delitos contra la libertad sexual. Sucede esto sobre todo con los delitos sexuales que recaen sobre menores e incapaces (abusos sexuales, delitos de exhibicionismo obsceno y difusión de pornografía entre menores e incapaces). El problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). Si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación (por ej. menos de trece años, oligofrénico profundo, etc.), es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual...Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales...”⁵.

El contraste entre mayores y menores o incapaces para tabular el bien jurídico protegido, ha empujado a un sector de la doctrina a formular un criterio diferenciativo: para quienes poseen capacidad para expresar libremente su voluntad el interés protegido debe ser entendido como el derecho a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad (libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual); para quienes no pueden manifestar válidamente su consentimiento (menores de cierta edad e incapaces), por el contrario, la noción de

⁵ Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18º edición, revisada y puesta al día, pags. 215 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010. Críticamente con esta postura, Polaino Orts Miguel, Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995, cit., pags.189 y sig.

integridad sexual se corresponde con el derecho a un desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas (intangibilidad o indemnidad sexual) ⁶.

Si bien es cierto que las rúbricas de los Títulos en un Código penal, por lo general, implican un criterio marcadamente expresivo del bien jurídico protegido en los preceptos penales que aglutinan, no lo es menos –según nos parece- de que las rúbricas sólo constituyen un criterio orientador, no definitivo, respecto del objeto de protección correspondiente al tipo de injusto de que se trate.

El bien jurídico habrá de extraerse de la propia figura delictiva, sin dejar de prestar atención, ciertamente, al criterio orientador de la rúbrica general del Título respectivo.

Nosotros creemos que la inclusión de la indemnidad sexual junto a la libertad sexual como bienes jurídicos protegidos, según se trate de mayores o menores de edad -como ya ha sido puesto de relieve por la doctrina-, es una una solución redundante y superflua ⁷, a lo que podríamos agregar, con poca o ninguna utilidad. El valor protegido en los delitos sexuales que estamos analizando es la libertad sexual de la persona ofendida, sea esta mayor o menor de edad, opinión que ya sostuviéramos con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, expresando que la integridad sexual importa un segmento de un bien jurídico más general: la libertad personal, entendida en su realización específica como *el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual*. Así, la

⁶ Conf. Arocena Gustavo Alberto, Ataques a la integridad sexual, pags. 5 y sig., Editorial Astrea, 2012, quien sigue la postura de Muñoz Conde. En una misma línea conceptual, Aboso Gustavo Eduardo, Derecho penal sexual, Estudios sobre los delitos contra la integridad sexual, pags. 199 y sig., IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

⁷ Conf. Caruso Fontán María Viviana, op.cit., pag. 175. En contra de esta opinión, Monge Fernández Antonia, para quien los bienes jurídicos protegidos en el tipo de agresión sexual, de acuerdo a los criterios mantenidos en la interpretación de la rúbrica del Título, son la libertad sexual individual, en el caso de sujetos pasivos con capacidad de autodeterminación sexual, y la indemnidad sexual en el caso de sujetos pasivos menores e incapaces (Lo delitos de agresiones sexuales violentas, cit., pag. 68).

libertad sexual se manifiesta como *el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad* ⁸.

En cuanto refiere a la equiparación de la integridad sexual con la indemnidad o intangibilidad sexual respecto de menores de cierta edad o incapaces, se debe destacar que dichos bienes jurídicos son propios de mayores y menores, pues tanto unos como los otros tienen derecho a no ser molestados ni tocados sexualmente por terceros, pues –como ha puesto de relieve la doctrina- después de la reforma de los delitos sexuales (en nuestro caso la Ley N° 25.087 de 1999) el legislador ha permitido que los menores e incapaces tengan relaciones sexuales siempre que no se abuse de ellos ⁹.

Según el art. 22 del CCyCN, “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”. Esta es la regla general; la limitación está dada por el art. 119 del Código penal, cuyo texto castiga el *abuso sexual* cuando la víctima es una persona “menor de trece años”. Pero –como se advierte- sólo castiga una acción abusiva, esto es, una conducta que está encaminada a instrumentalizar o cosificar al sujeto pasivo, o a aprovecharse de una condición de vulnerabilidad tal que le impide al menor tomar una decisión en libertad. De otro modo, si el menor –según las circunstancias del caso concreto-, “cuenta con *edad y grado de madurez suficiente*, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico” (arts. 24. b, y 26, 2do. párr., CCyCN)

El Código penal (ni el ordenamiento jurídico en general) no prohíbe al menor de edad –ni podría hacerlo- el ejercicio de su derecho a entablar una relación sexual con la persona de su preferencia. Sólo exige que, en el caso concreto, el menor de 13 años de edad cuente con “madurez suficiente” (que le permita comprender el sentido y alcance de su obrar),

⁸ Confr. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de derecho penal, parte especial, T.1, pags. 367 y sig. y 415 y sig., Editorial Astrea, 2009.

⁹ En un mismo sentido, Orts Berenguer-Suárez Mira Rodríguez, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pags. 18 y sig.

condición que lo habilita para ejercitar sus derechos fundamentales, entre los que cuenta, desde luego, el derecho a tener una relación sexual libremente aceptada¹⁰.

V. El tipo penal. La acción típica.

a) El “yacimiento” en los antiguos ordenamientos

Históricamente, la violación sexual se ha caracterizado como una relación sexual forzada, en la que uno de los protagonistas lleva a cabo una conducta orientada a un fin específico (la relación sexual), mientras que el otro –que es el que padece la afrenta– expresa una voluntad contraria, de rechazo, a esa relación.

Con otros términos, la violación sexual sólo puede concebirse –y así ha sido desde siempre– frente a dos voluntades que se repelen mutuamente, pues siempre habrá de suponer, cualquiera sea la denominación que se le atribuya a la acción sexual violenta, un ataque y una defensa, por mínima que esta sea.

No parece imaginable, como principio general, una intervención punitiva frente a dos voluntades que están de acuerdo en una determinada relación sexual. En estos casos, no sólo la intervención penal sería innecesaria, sino inútil e injusta.

Históricamente, en particular desde el Código penal español de 1848, –que es el digesto que introduce la fórmula que habría de permanecer invariable por varias décadas, acaso siglos–, la violación sexual se caracterizó como el *yacimiento con una mujer*, empleando

¹⁰ Véase, in extenso, nuestra postura sobre el consentimiento de los menores en estos delitos, en Tratado de Derecho penal, parte especial, T.1, pags.393 y sig., Editorial Astrea, 2009.

fuerza o intimidación, hallándose la víctima privada de razón o de sentido o cuando fuera una menor de doce años.

El término “yaciendo” era interpretado por la doctrina de la época como “penetración heterosexual vaginal”, de manera que otras modalidades posibles de la conducta, por ejemplo, penetraciones anales heterosexuales u homosexuales, quedaban marginadas del tipo de violación para pasar a configurar hipótesis de abusos deshonestos, delito que, por propia definición, excluía la posibilidad de penetración sexual ¹¹.

Con respecto a los sujetos del delito, la norma cerraba sus puertas a una interpretación amplia, no admitiendo otra posibilidad que considerar como único sujeto pasivo de la violación a la mujer, mientras que sujeto activo sólo podía ser el hombre.

El yacimiento, entonces, era la conducta rectora, nuclear, del delito de violación en los mencionados precedentes, siendo entendida por la doctrina de la época como equivalente a “acceso carnal” ¹².

¹¹ Esta era la interpretación unánime de la doctrina argentina respecto del delito de abuso deshonesto del antiguo artículo 127 del Código penal, tanto en sus antecedentes legislativos como en el propio literal del digesto de 1921. El delito de abuso deshonesto –se sostenía– consiste en abusar deshonestamente, sin consumar o intentar el acceso carnal, de una persona de uno u otro sexo, mentalmente inmadura o incapaz o que está privada de sentido, o que no pueda resistir, o venciendo su resistencia por la violencia (conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, parte especial T.IV, pag. 309, Edición Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964).

¹² Conf. González Rus Juan José, La violación en el Código penal español, pag. 320, Granada, 1982. Entre nosotros, la expresión “acceso carnal” tienen un origen incierto, y hasta se podría decir misterioso, ya que no aparece en los precedentes legislativos del Código penal de 1921. En el Proyecto Tejedor se requería sólo la “aproximación sexual”; el Código de 1886 utilizó la fórmula “aproximación sexual aunque el acto no llegue consumarse”; la Ley de Reformas N° 4189 de 1903, hizo referencia a “tener concubito”, fórmula que ya fuera utilizada en el Proyecto de 1891 –que se convirtió en la fuente principal del Código penal de 1921–, mientras que la expresión “tener acceso carnal” aparece, sin ninguna explicación, en el Proyecto de 1906, pasando al proyecto de 1917 y, finalmente, al Código penal de 1921. La fórmula se mantuvo, no sólo en los

Lo cierto es que, tanto el término yacimiento como acceso carnal, tienen, en el fondo y desde el punto de vista del Derecho penal, el mismo significado, debiendo entenderse – ambas hipótesis- como “penetración”, y el concepto de penetración implica, materialmente, la introducción de una cosa en otra.

Acceso carnal –decía Soler- es una enérgica expresión que significa penetración sexual¹³. Sin embargo, esta conclusión –que más parece una obviedad que una solución científica- no ha estado exenta de dificultades, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Para un grupo de autores, cuyas opiniones datan de finales del siglo XIX y principios del XX, la expresión yacimiento era equiparada al concepto de cópula, por lo que no sólo se requería la penetración del órgano genital masculino en la vagina de la mujer, sino también la “*seminatio intra vas*”, esto es, la eyaculación.

Esta interpretación estricta del concepto de “yacimiento”, presenta, sin embargo, algunos inconvenientes que son difíciles de superar.

En primer lugar, resulta bastante espinoso –por las características propias de una violación sexual- que el autor, además de lograr la penetración del pene, consiga consumar (algo no imposible, por cierto) la eyaculación vaginal. Además, una postura tan exigente dejaría fuera del delito (al menos, consumado) a todos aquellos casos en los que el sujeto se encuentre imposibilitado fisiológicamente de lograr la eyaculación. Por otro lado, hoy por hoy, semejante tesis no podría sostenerse, por cuanto implicaría, entre otras cosas, convertir un delito de pura actividad en un delito de resultado, con las consecuencias que dicha categoría implica en la práctica.

Otro sector de la doctrina ha estimado que la expresión yacimiento debe ser entendida como “simple aproximación de los sexos”, aunque no hubiere penetración sexual. En

Proyectos posteriores a 1921 sino que no fue objeto de reformas por la Ley N° 25.087 de 1999 ni por la reciente Ley N° 27.352 de 2017.

¹³ Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, cit., pag. 281.

opinión de Salvagno Campos, la perfección del delito no requiere la penetración, es suficiente con la aproximación sexual.

El fundamento de esta postura reside en considerar que, tanto en uno como en otro supuesto, el daño sufrido por la víctima es el mismo. Su honor, su buen nombre ante los demás, se resienten por igual en todos los casos, pues razones obvias hacen que nadie pueda entrar a precisar el grado de realización que alcanzó el atentado, además de los graves inconvenientes de orden material como de orden moral que supone la prueba del acceso¹⁴.

Como podrá suponerse, esta opinión –excesivamente amplia del concepto- no puede sostenerse válidamente. En primer lugar, porque lleva el ámbito de consumación del delito a extremos inaceptables. En segundo lugar, porque introduce un elemento distorsionador que torna la configuración del delito en una tarea prácticamente imposible de lograr, con las graves consecuencias que ello puede acarrear en la práctica; piénsese, por ejemplo, en la dificultad que se presentaría el tratar de determinar, con el grado de certeza que requiere el principio de seguridad jurídica, la distancia de la “aproximación sexual”, es decir, la distancia que debería existir entre el sujeto activo y el pasivo para considerar consumado el delito, lo cual otorgaría al juez un amplio margen de discrecionalidad, de libre interpretación, que convertiría dicha interpretación, de seguro, en arbitraria. En tercer lugar, la tesis imposibilita establecer, y diferenciar, con algún grado de verosimilitud y racionalidad, el momento de la tentativa del momento en que se produce la consumación delictiva. En cuarto y último lugar, tal postura doctrinal implica confundir dos delitos claramente diferenciados: el abuso sexual (o abuso deshonesto, en la vieja denominación), que excluye por definición la penetración sexual, o la idea o fin de penetración (al menos, así sucedía con aquél tipo delictivo en los precedentes legislativos) de la violación propiamente dicha, delito en el que la penetración sexual es el eje rector de la conducta típica.

¹⁴ Salvagno Campos, cit.por González Rus Juan José, en El delito de violación en el Código penal español, cit., pag. 323 y sig.

Por último, otro grupo de autores sostiene una interpretación intermedia o mixta del concepto, poniendo el acento en la idea de penetración sexual, sea total o parcial, en la vagina de la mujer.

Según esta opinión –sostenida mayoritariamente en la doctrina–, el concepto de yacimiento implica la *coniunctio membrorum*, aunque sea incompleta, esto es, la penetración del pene en órgano genital femenino, aunque fuera superficialmente (pero siempre que exista introducción), resultando totalmente indiferente que la penetración sea total o parcial o que hubiera habido eyaculación.

Coincidimos con González Rus en que ésta última resulta ser la tesis más aceptable. Yacimiento no significa otra cosa que penetración sexual. Así debió ser entendido el concepto en aquellas épocas históricas y así debe ser hoy entendido.

La razón que justifica que la violación sea considerada como el delito de mayor gravedad entre los delitos sexuales reside, precisamente, en la conducta sexual (penetración) llevada a cabo por el sujeto activo respecto de una persona que manifiesta una voluntad contraria, de oposición o de rechazo, a esa tal relación sexual.

Como antes pusimos de relieve, carecería de sentido una intervención penal frente a dos voluntades que están de acuerdo en la relación sexual. Ello implicaría, como afirma Bustos Ramírez, un contrasentido del derecho penal ¹⁵.

El término yacimiento que existía en los viejos precedentes españoles, fue sustituido con la reforma de 1978, por la que se introdujo el concepto de “acceso carnal” en el artículo 434 del Código penal, que regulaba el delito de estupro de prevalimiento, en los siguientes términos. “La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menos de dieciocho, prevaleándose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado”.

¹⁵ Conf. Bustos Ramírez Juan, Manual de derecho penal, parte especial, pag. 133, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

Vale decir que, con arreglo a lo precedentemente expuesto, nos volvemos a preguntar ¿qué queda del viejo concepto de yacimiento de los antiguos ordenamientos?, ¿se puede afirmar en la actualidad que los términos yacimiento y acceso carnal tienen idéntica significación jurídica?.

Si tuviéramos que dar una respuesta, ella sin duda alguna sería afirmativa. Con respecto a la acción típica del delito de violación, se puede afirmar que, en definitiva, yacimiento y acceso carnal tienen un mismo significado, conceptual y jurídico, pues ambos implican la penetración del miembro sexual masculino en cavidad natural de la víctima que, si bien en los precedentes históricos se limitó a la vagina de la mujer, en la actualidad se ha ampliado al ano y a la boca, tanto de un hombre como de una mujer, mientras que la introducción (penetración) de partes del cuerpo humano u objetos se ha limitado sólo a las dos primeras vías –vagina y ano- (art. 119, 3er. párr., CP).

b) Acceso carnal.

En la doctrina se han formulado diversas opiniones acerca de la conceptualización del acceso carnal.

Una vieja concepción, que dio en llamarse “concepción jurídica” –sostenida por Manzini– entendía el acceso carnal como “todo hecho por el cual el órgano genital de una persona (sujeto activo o pasivo) viene introducido, total o parcialmente, en el cuerpo de otra, por vía normal o anormal, de forma que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste”.

Si bien es verdad que estas ideas de ampliar el concepto de acceso carnal a modalidades, normales o anormales, equivalentes al coito, se han desarrollado frente a una regulación del delito según la cual se lo hacía consistir como el yacimiento con una mujer, esto es, una relación heterosexual –porque así estaba tabulado normativamente en los primeros códigos

ochocentistas españoles, hasta la reforma penal de 1989-, de manera que quedaba marginado del tipo legal el llamado coito anal, no lo es menos que, en la actualidad, estas concepciones marcadas por el signo de la penetración vaginal, han perdido todo interés debido a las modificaciones operadas por reformas penales ulteriores.

Resulta evidente que algunos autores han seguido muy de cerca aquella posición de Manzini, como ha sido, ciertamente, Soler, para quien el acceso carnal se producía cuando el órgano genital entraba en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal, quedando descartados como violación los actos de molicie y los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción, penetración normal o anormal. Esta opinión, al incluir dentro del concepto de acceso carnal los actos sexuales “anormales”, dejaba en claro que el coito oral –aunque no lo decía la ley en forma expresa- implicaba una hipótesis de acceso carnal y, por ende, de violación¹⁶.

La tesis contraria fue sostenida por Núñez, para quien, si bien el concepto de acceso carnal implicaba también la introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima, quedaba al margen del concepto de acceso carnal la penetración por vía bucal o *fellatio in ore*, para la cual reservada la figura del abuso deshonesto.

La discusión sobre la *fellatio in ore* giró en torno de un argumento deslizado en un fallo emitido por el Superior Tribunal de Córdoba, en el que se dijo que el artículo 119 (que contemplaba el delito de violación en el texto de 1921) había receptado la sodomía prevista en el Código penal de 1886, que abarcaba también el coito *in ore*, según se explicaba en el Curso de Tejedor (comentarista de la época) haciendo mención de la Bula de Pío IV de 1568.

¹⁶ Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, cit., pags. 281 y sig. Esta opinión fue seguida, entre otros, por Fontán Balestra Carlos, en Tratado de derecho penal, parte especial, T.V, pgs. 62 y sig., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969. Para Bustos Ramírez –comentando el texto del viejo artículo 429 CP español-, si bien el término “yacimiento” implica una actividad heterosexual vaginal, el tipo de violación debería comprender también a todo tipo de relación sexual semejante a la del coito heterosexual, postura que parece comprender en la violación el coito oral (conf. Manual de derecho penal, parte especial, pags. 134 y sig. Ariel Derecho, Barcelona, 1986).

La tesis fue controvertida por Núñez, para quien Tejedor no había adoptado el concepto de sodomía de la Bula de Pío IV sino el concepto que traían Las Partidas, como un acto de inversión sexual. Según Las Partidas, “*Sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaciendo unos con otros, contra natura, e costumbre natural*”, texto que –según Núñez- no contemplaba la penetración por boca. Por lo tanto, señalaba este autor, si bien el artículo 119 admite la sodomía del viejo Código penal de 1886, como posibilidad del acceso carnal entre individuos del mismo sexo, no se puede ampliar la afirmación y decir que el Código vigente, por tal motivo, comprende en la violación la *fellatio in ore*. Por otra parte, concluía Núñez, la interpretación restrictiva que reduce la violación al acceso vaginal y rectal y excluye la penetración por boca, tiene su razón científica. Si bien el ano no es el órgano destinado por la naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural, por poseer, lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, en su contacto con el órgano masculino cumple, aunque antinaturalmente, una función semejante a la que realiza la vagina. Esto no ocurre con la boca, la cual, careciendo de este tipo de glándulas, no resulta apta como elemento constitutivo del concubito, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfogue libidinoso del actor y del paciente. La boca, como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta así incapaz de generar un coito, aunque sea anormal. Su uso violento o fraudulento no puede, por consiguiente, implicar un coito violento o abusivamente logrado. Su utilización sexual violenta o abusiva sólo significa un abuso deshonesto del cuerpo ajeno (art.127, CP de 1921) ¹⁷.

¹⁷ Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, cit., pags. 249 y sig. Este criterio fue sostenido, entre otros viejos autores, por Ernesto Ure, en Los delitos de violación y estupro, pag. 17, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1958, quien decía: “...no hallo razón valedera alguna que se oponga a la admisión de dicho criterio (hace referencia a la tesis restrictiva), aun cuando reconozco que el coito rectal, por la conformación anatómica del ano y por su cercana vecindad con la vagina, de la que está separado por una delgada pared membranosa, y que posee, como ésta, glándulas de proyección erógena de las que carece la boca, se presenta al espíritu con mayor claridad como forma idónea de violar. Pero como el concepto acceso carnal no aparece limitado por circunstancia alguna en la norma legal, debe ser interpretado en su más amplia extensión y, por consiguiente, sin referirlo exclusivamente a las dos formas más comunes en que se manifiesta en la

Nosotros creemos –aun después de la reforma de la Ley 27.352- que identificar el concepto acceso carnal con prácticas sexuales que puedan representar el coito o formas degeneradas o equivalentes de este, o considerarlo como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (algunos autores hacen referencia a cavidad natural), es decir más de lo que el propio concepto dice. Es, sin más, pecar por exceso, pues sabemos que el cuerpo de una persona posee cavidades naturales (que no son la vagina o el ano) que no resultan aptas ciertamente para configurar el coito, por ej., las fosas nasales y auditivas¹⁸. Por idénticas razones quedan también fuera del tipo penal que estamos analizando la penetración en orificios o cavidades artificiales, por ej., heridas¹⁹, o en cavidades quirúrgicas, vaginas artificiales en sujetos transexuales²⁰, etcétera.

Es claro que, en la actualidad, la problemática relativa al llamado coito oral ha perdido interés debido a su expresa regulación en el código penal.

La penetración sexual, para configurar el acceso carnal requerido como conducta típica, debe realizarse en cavidad que represente una *receptividad sexual funcional* en la víctima²¹ y no en cualquier orificio, natural o artificial, del cuerpo humano. Tal cavidad no es otra que la vagina de la mujer, pero, como es la propia ley la que evita toda distinción entre los sexos (art.119, 1er. párrafo: “abusare sexualmente *de una persona*”), queda abierta la posibilidad de que también el hombre pueda ser sujeto pasivo del delito.

Aportamos otra razón más que nos persuade de que la expresión “coito oral” no es una expresión equivalente a “acceso carnal”, la cual nos permite sostener la idea de que

experiencia. Un detallado estudio de las posturas doctrinales y jurisprudenciales, puede verse en Tenca Adrián Marcelo, *Delitos sexuales*, pags. 64 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

¹⁸ En contra MORAS MOM, Jorge R., ob. cit., ps. 23 y 24.

¹⁹ URE, Ernesto, *Los delitos de violación y estupro*, Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 15.

²⁰ GARONA, José L., ob. cit., p. 30; MORAS MOM, en cambio, acepta como violación la penetración en el cuerpo del sujeto operado por cambio de sexo, ob. cit., ps. 24 y ss.; en este último sentido, también CHIAPPINI, Julio O., *La “fellatio in ore” : una réplica*, p. 7.

²¹ ACHÁVAL, Alfredo, *Manual de medicina legal*, 2a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 403.

resulta imposible la existencia de un “acceso carnal por vía bucal”, como hoy se regula en el nuevo artículo 119 del Código penal.

Ello así, habida cuenta de que, si por acceso carnal hemos de entender, o debe traducirse, como equivalente a cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc., que involucran acciones sexuales por penetración del órgano sexual masculino en la vagina o el ano de la víctima, entonces la referencia a un posible acceso carnal por vía bucal implica una extensión inadmisibile del concepto (y de la punibilidad) y una utilización impropia del término “coito”, si entendemos por tal el concepto que nos brinda el Diccionario de la Lengua en su primera acepción gramatical, “ayuntamiento carnal del hombre y la mujer”²². En consecuencia, no es posible admitir la existencia de un coito oral, por cuanto ni es coito ni es acceso carnal.

La equiparación que se realiza en el artículo 119 es, simplemente, a los fines de la pena, por lo que dejamos sentada nuestra posición contraria a dicha equiparación, no sólo por las razones antedichas –en el sentido de una equivalencia valorativa entre la *fellatio* y el acceso carnal- sino, fundamentalmente, porque se trata de una conducta que, aunque pueda ser reprochada severamente desde el campo de la moral social, no tiene el desvalor de acción ni de resultado del acceso carnal por vía vaginal y anal.

Por ello, hemos de concluir que la identificación (o equiparación) que se hace de los actos de felación con el concepto de acceso carnal en el artículo 119, no quiere decir que ello constituya violación, en el sentido cultural y social de la expresión, sino sólo normativamente, desde el punto de vista formal. Si bien es cierto –como pone de relieve Monge Fernández- que el acceso carnal implica una estrecha relación interpersonal²³, (y el coito oral también lo es), no lo es menos que, según nuestro criterio, la identificación

²² Enciclopedia Ilustrada de la Lengua Castellana, Tomo I, Editorial Sopena Argentina, Buenos Aires, 1961.

²³ Conf. Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 179 y 179 CP conforme a las LO 15/2003, de 25 de noviembre), Tirant Monografías, N° 392, Valencia, 2005.

normativa entre la *fellatio in ore* y el acceso carnal no es más que una equiparación, como dijimos, a los fines de la pena, y nada más.

La reforma del Código penal español por la LO N° 3 de 1989 –cuya regulación tiene gran interés para nosotros por su afinidad con el texto introducido por la Ley N° 27.352-, al incorporar la penetración anal y bucal como acciones tipificadoras de violación, hizo pensar a la doctrina que el legislador había echado mano a un esquema diferenciativo entre acceso carnal y penetración anal o bucal, limitando la primera modalidad de conducta exclusivamente al coito vaginal, que exige para su perpetración de la constancia de una relación heterosexual, siendo el sujeto activo indiferenciado, esto es, que puede serlo tanto un hombre como una mujer, pues ambos pueden ejercer violencia o intimidación y participar en la realización de la cópula o yacimiento, modalidad conductual que exige –por ser una forma de penetración-, la presencia de un varón en condiciones fisiológicas adecuadas para que el coito pueda consumarse, es decir, que se halle en estado de erección, puesto que el acto en sí mismo de penetrar tiene necesariamente que realizarlo el hombre ²⁴.

En una misma dirección, Morales Prats y García Albero pusieron de relieve que el Código penal ha realizado una distinción entre acceso carnal, por un lado, introducción de objetos, por otro, y penetración anal o bucal, diferenciación que ha significado, por parte de la ley, el otorgamiento al término acceso carnal su significación tradicional, esto es, como coito vaginal heterosexual, circunstancia indicativa de que el nuevo código penal (hacen referencia al digesto de 1995) ha excluido a la mujer como eventual sujeto activo del delito cualificado, con la única excepción de la modalidad consistente en la introducción de objetos ²⁵.

Sin embargo, tales interpretaciones actualmente no podrían sostenerse con la redacción dada al delito de violación por las reformas de 1999 y 2003, mantenidas por la LO 5/2010, por las que se sustituyó (y se mantuvo) la modalidad de conducta típica acceso carnal,

²⁴ En este sentido, Carmona Salgado Concepción, en Curso de derecho penal español (Dir. Manuel Cobo del Rosal), parte especial, T.I, pag. 309, Marcial Pons, Madrid, 1996.

²⁵ Conf. Morales Prats Fermín y García Albero Ramón, en Comentarios a la parte especial del derecho penal (Dir.; Gonzalo Quintero Olivares), pags. 235 y sig., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

introducción de objetos o penetración anal o bucal en el artículo 179 CP español por la de “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal”.

Entre nosotros –con arreglo al nuevo art.119 introducido por la Ley N° 27.352²⁶- el delito de violación equivale a un tipo de agresión sexual cualificada, realizada contra otra persona, varón o mujer, consistente en tener acceso carnal por vía vaginal (mujer), anal (hombre-mujer) o bucal (hombre-mujer), o en la introducción de partes del cuerpo humano u objetos por alguna de las dos primeras vías. De manera que, hoy por hoy, se puede afirmar que la expresión acceso carnal no está identificada, exclusivamente, con el coito vaginal, pues abarca otras vías que han sido descriptas en forma expresa en la ley. Por lo tanto –como decía Soler- acceso carnal equivale a penetración sexual²⁷ del órgano sexual masculino, objetos o partes del cuerpo, en alguna de las cavidades establecidas normativamente. O bien, como señala Carmona Salgado, “qué otra cosa podría significar acceder carnalmente que no fuera penetrar sexualmente”²⁸.

c) Penetración anal y bucal.

La doctrina nacional nunca opuso objeciones a la factibilidad de la penetración anal como delito de violación, pues desde 1921 el texto del art. 119 del Código penal hacía referencia

²⁶ Esta ley se inspiró, evidentemente, en la reforma al Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio, que dio redacción definitiva al artículo 179 con el siguiente texto: “*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años*”.

²⁷ Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.3, pag. 305, Ed. TEA, 2000.

²⁸ Conf. Carmona Salgado Concepción, Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de las agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, pag. 1173, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

a “otra persona”, sin distinción de sexos, como sujeto pasivo del delito. Las discusiones se presentaron, eso sí, en torno a la penetración bucal y a los posibles sujetos del delito ²⁹.

Sobre esto último, un sector de opinión entiende que, siempre que haya penetración, estaremos ante el delito de violación con independencia del sexo al que pertenezca quien la materializa. Tanto un hombre como una mujer pueden ser autores del delito de violación: el hombre que con fuerza inserta su pene en la vagina, boca o ano de otra persona; la mujer que en análogas circunstancias, aloja en su vagina, boca o ano el pene de un hombre...en el precepto se lee textualmente (se refiere al artículo 429 del anterior código penal español) que comete violación “el que” (cualquiera, por tanto) tiene acceso carnal con otra persona (cualquiera, de nuevo), siendo indiferente que quien provoca la introducción del órgano del varón sea el mismo, otro hombre o una mujer. Esta conclusión –inevitable si nos atenemos al tenor de la ley-, puede complacer o no, pero es imposible de cambiar sin un previo cambio legislativo³⁰.

Para otros hay que distinguir: en el supuesto de la introducción de objetos, ninguna duda cabe en que tanto un hombre como una mujer pueden ser sujetos activos de dicha modalidad, siempre que la introducción vaya referida a objetos (palos, dedos, etc.) y cavidades (vaginal o anal) que tengan una evidente connotación sexual ³¹. Cuando se trata de “penetración bucal o anal”, parece evidente que sujeto activo sólo puede serlo el hombre, siendo indiferente que el sujeto pasivo sea hombre o mujer³².

Como antes se dijo, la expresión “acceso carnal” implica siempre y en cualquier caso “penetración, no solamente una “relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé penetración, bastando las práctica fricativas o

²⁹ Para más detalles, confr. Buompadre Jorge E., Tratado de Derecho penal, parte especial, T.1, pags. 420 y sig., Editorial Astrea, 2009.

³⁰ Conf. Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la libertad sexual, pags. 73 y sig., Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1995.

³¹ Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18º edición, pags. 226 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia,2010.

³² Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 11º ed..cit., pag. 187.

coniunctio membrorum”³³. Sin penetración sexual –aun entre mujeres- resulta imposible consumir el delito³⁴. Ahora bien, otra cosa muy distinta es equiparar acceso carnal a coito oral, de manera de poder construir la frase “acceso carnal por vía bucal”, sin afectar los principios de taxatividad y de proporcionalidad.

Sin penetración no puede haber acceso carnal, ni mucho menos, violación. Se podrá discutir –como dijimos- sobre la conveniencia o no de punir la penetración bucal como violación³⁵, pero también en este supuesto debe existir penetración del órgano genital

³³ Con esta opinión, Muñoz Conde Francisco, 11º ed. cit., pag. 187. La opinión de Rosario Vicente Martínez expuesta en los Comentarios al Código penal, no la alcanzamos a entender muy bien; dice esta autora que “la doctrina se muestra unánime respecto del significado que ha de darse a la expresión acceso carnal, entendiéndola como relación sexual y por tanto queda reducida a las relaciones heterosexuales que consistan en la penetración del pene en la vagina de la mujer. Las relaciones homosexuales entre hombres no integran el acceso carnal, sino que deberían incluirse dentro de la referencia a penetraciones por vía anal”, y sigue diciendo que “Por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal hay que entender, por tanto, la introducción del miembro viril masculino a través de la vía vaginal, anal o boca. En esta modalidad agravada sujeto activo sólo puede serlo el hombre, ya que la conducta típica exige su realización mediante órgano sexual masculino, siendo indiferente el sujeto pasivo que puede ser tanto hombre como mujer” (op.cit., pag. 432, Editorial Iustel, Madrid, 2007). Consideramos que la interpretación de esta autora sobre el concepto de acceso carnal –si no erramos la inteligencia de su razonamiento-, es equívoco y contradictorio, por cuanto, al mismo tiempo de entender que el concepto de acceso carnal queda reducido a las relaciones heterosexuales (hombre-mujer, vía vaginal), descartando que queden abarcadas las relaciones homosexuales entre hombres, párrafo despues dice lo contrario, esto es, que acceso carnal es la introducción del miembro viril masculino por las vías vaginal, anal o bucal, siendo indiferenciado el sujeto pasivo, que puede ser hombre o mujer. Hoy por hoy, no puede ponerse en duda que un hombre también puede ser violado.

³⁴ Recordemos que el art. 119 actualmente tiene un alcance mucho más amplio que el texto de 1999 derogado, pues abarca tanto la introducción de objetos como de partes del cuerpo de una persona.

³⁵ Para Díez Ripollés es criticable la equiparación punitiva entre las penetraciones vaginal y anal con respecto de la bucal. Para dicho autor, la penetración bucal tiene similitud más con un supuesto de masturbación que a la configuración de los accesos vaginal y anal (*Comentarios al código penal, parte especial*, pag. 285, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004). Coincidimos con este autor acerca de la desproporcionalidad punitiva, pero no creemos que se trate de un caso similar a la masturbación, con lo cual se estaría equiparando, también, a este fenómeno con el coito cunnilingus, entre hombre/mujer o entre

masculino en la boca de la víctima, lo cual no quiere decir, desde luego, que estemos frente a una conducta que deba significar o tener una misma identidad conceptual con el término acceso carnal.

La voz “acceso carnal” es igual a “penetración” (de una cosa en otra), ambas poseen una misma significación conceptual, esto es, introducción de una cosa en otra, en el caso, introducción del pene en el ano de la víctima (penetración anal) e introducción del pene en la boca de la víctima (penetración bucal), aunque ésta no fuera equivalente a aquélla en términos de lesividad.

Respecto de esta última modalidad, alguna doctrina considera que para su perfección típica, el pene del sujeto activo debe ser introducido en la boca de la víctima “en estado de erección” (el subrayado nos pertenece)³⁶, agregándose por otros que, por razones probatorias, probablemente se deba requerir en la penetración bucal la eyaculación o *inmissio seminis*³⁷. Ni una cosa ni la otra. Aun cuando tales argumentos resulten atendibles (y, tal vez, lógicos, en algunos supuestos), no nos convencen.

mujeres. Lo cierto es que, según nuestra opinión, en ninguno de estos casos se puede hablar de acceso carnal, o de violación en sentido estricto. Ya pensábamos de este modo hace mucho tiempo atrás, en Buompadre Jorge Eduardo, *La fellatio in ore* no es violación, JA-1984-A-861. Asimismo Monge Fernández considera desproporcionado el paralelismo entre las cavidades bucal con respecto a la vaginal y anal, al carecer de todo fundamento valorativo, por cuanto –señala– una agravación punitiva de tales supuestos ocasiona un trato discriminatorio, caprichoso, excluyente de las relaciones lésbicas femeninas con respecto a las masculinas, dada la exclusión del cunnilingus de los conceptos de penetración; reflejando así el aludido tratamiento desigual de la sexualidad femenina frente a la masculina. Arbitrariedad que no se explica si tenemos en cuenta que el cunnilingus practicado en relaciones heterosexuales podría admitirse en el concepto de “introducción de miembro corporal”, en el caso de interpretar la lengua como sustitutivo del pene, en ciertos casos, y se introdujera en la cavidad vaginal (Monge Fernández Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, cit., 2005). En una misma dirección crítica, Alonso de Escamilla Avelina, *El delito de violación: la conducta típica*, cit., pag. 589.

³⁶ Conf. Monge Fernández Antonia, *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, cit., pag. 184.

³⁷ En este sentido, Muñoz Conde Francisco, *Derecho penal, parte especial*, 18º ed. cit., pag. 228.

Exigir la erección del pene en la penetración bucal implica, por un lado, demandar una condición no requerida por el tipo penal (la ley solamente dice, escuetamente, “acceso carnal... por vía bucal”, nada más). Es verdad que podría argumentarse que tampoco la ley dice que la penetración deba, necesariamente, producirse mediante un “pene”; pero, si no exigiéramos un pene, tampoco podríamos exigir erección, estado sólo posible en un pene; por otro lado, la exigencia dejaría afuera de la tipicidad la penetración bucal de penes no erectos, esto es, de personas con problemas de erección, algo no imposible de suceder, sobre todo en la actualidad, y un pene no erecto sigue siendo un pene no sólo para la ley penal sino también para la naturaleza. Por lo tanto –aun cuando pudiera ser un obstáculo probatorio- el argumento no puede ser compartido.

Con respecto al argumento de la eyaculación, tampoco podemos acompañar, puesto que – como antes se dijo- implica, no sólo una exigencia no requerida por el tipo penal sino que para interpretar los elementos típicos de una figura penal no resulta aconsejable acudir al problema de la prueba, ni para justificarla ni para rechazarla. Además, aceptar este tipo de argumentos podría llevarnos a exigir, por ejemplo, para la consumación de la violación (hecho que también acarrea, muchas veces, dificultades probatorias insalvables), que se produzca el embarazo de la mujer violada, con lo cual llevaríamos el grado de consumación del delito a extremos inaceptables ³⁸.

Por último, con arreglo a la legislación en vigor, la penetración anal y bucal abarca tanto una relación homosexual como heterosexual, no así las relaciones sexuales femeninas, dada la exclusión del denominado coito *cunnilingus* del concepto de penetración, circunstancia que ha sido objeto de críticas por la doctrina, por cuanto –como se ha puesto de relieve- no se explica el tratamiento desigual entre las relaciones lésbicas femeninas con respecto a las masculinas, si se tiene en cuenta que el *cunnilingus* practicado en relaciones heterosexuales

³⁸ Ver también, críticamente, Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la libertad sexual, cit., pag. 79, nota 19, en la que señala que la formulación típica se contrae al acceso carnal, esto es, la penetración del órgano masculino en una de las cavidades de referencia sin requerirse la eyaculación. La conveniencia probatoria procesal no tiene entidad para sentar tal excepción en el ámbito de las conductas típicas. Por otra parte, si el coito vaginal o anal se efectúa con preservativo tampoco quedarán muchos vestigios que delaten al culpable.

podría admitirse en el concepto de “introducción de miembro corporal” (entre nosotros, la lengua sería una “parte del cuerpo”), en el caso de interpretar la lengua como sustitutivo del pene, en ciertos casos, y se introdujera en la cavidad vaginal ³⁹.

d) Introducción de partes del cuerpo y objetos

La reforma de la Ley N° 27.352 introdujo una reforma de gran calado en el art. 119 del Código penal, incorporando como delito de violación, el *coito oral* y la *introducción de objetos o partes del cuerpo* por vía anal o vaginal.

En opinión de la doctrina, la idea original de introducir este tipo de conductas como formas más graves de violación se debió a la necesidad de dar una mejor respuesta punitiva a determinados actos de naturaleza sexual que, sin llegar a constituir propiamente el delito de violación –lo cual imposibilitaba su calificación como tal-, eran no obstante, portadores de un contenido de injusto que se expandía más allá de los límites del abuso deshonesto⁴⁰.

Para otros, no se entiende muy bien porque el acceso carnal por vía bucal tiene que castigarse más gravemente que la agresión sexual que consiste en introducir un palo en la vagina o desflorar a una menor con el dedo. El que estos casos puedan ser sancionados ahora por el tipo cualificado no elimina el salto cualitativo que todavía existe entre la violación y el resto de las agresiones sexuales y que se agudiza aún más cuando no se dan las circunstancias del tipo cualificado: determinar a un menor a una *fellatio* tiene la pena de

³⁹ En este sentido, Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, cit., pag. 185

⁴⁰ Conf. Suárez Rodríguez Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, pag. 101, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995. Aunque este autor hace referencia al derecho español, la opinión tiene referencia y afinidad con la reforma al código penal argentino.

reclusión menor; determinarlo a un *cunnilingus*, prisión menor; una diferencia de seis años (accesorias aparte) que no se justifica por la diversa gravedad de los hechos ⁴¹.

Como regla general, la introducción de objetos es punible a título de violación cuando el objeto es introducido en la vagina o el ano de la víctima, quedando fuera de la previsión legal agravada la introducción de objetos en la boca, como así en otros lugares del cuerpo humano, como pueden ser las fosas nasales, los oídos, etc., situaciones que quedarían relegadas a las figuras previstas en el primero o en el segundo párrafo del art. 119.

La Ley N° 27.352 dice textualmente: “...o *realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*” (anal o vaginal).

En primer lugar, entonces, debemos indagar qué quiso decir el legislador con la frase “*otros actos análogos*”; se nos ocurre que la frase debe significar “*otros actos similares, idénticos, parecidos, semejantes, equivalentes, etc. a acceso carnal*”, pero a renglón seguido el texto dice “*introduciendo...*”, con lo cual se nos está diciendo la misma cosa, pues –como antes se vio–, acceso carnal quiere decir penetración, esto es, la introducción de una cosa en otra. Ahora bien, como la “analogía” es con la voz “acceso carnal”, entonces debemos concluir que debe tratarse de “*algo (un objeto o una parte del cuerpo) que tenga significación sexual*”, ya sea por su propia entidad o estructura (por ej. un objeto artificial predisposto para la sexualidad: un consolador) o por la forma en que se lo emplea (por ej. la introducción de un dedo en la vagina).

Si bien esta interpretación nada quita ni añade para la comprensión del delito, creemos que el legislador debió prestar mejor atención a la dicción del texto legal, evitando incorporar expresiones que pueden generar confusión y errores de interpretación en la aplicación de la figura.

⁴¹ Conf. Muñoz Conde Francisco, en La reforma penal de 1989, pags. 41 y sig., Tecnos, Madrid, 1989. Respecto de esta opinión, hay que reparar en que ella se limita a la regulación española de la época, pues, con arreglo al texto de la Ley 27.352 de Argentina, todas estas figuras están equiparadas en términos de pena a una misma escala punitiva.

En segundo lugar, debemos determinar qué se debe entender por el calificativo *objeto* y por la expresión *partes del cuerpo*.

En lo que respecta a la primera cuestión, para un sector de la doctrina, la introducción de objetos debía estar referida a objetos (palo, dedo ⁴², etc.) y a cavidades (vaginal o anal) que tenga una evidente connotación sexual (meter una cucharita de café o un dedo en la boca o por el oído, difícilmente pueda constituir esta modalidad agravada o inclusive una verdadera agresión sexual) ⁴³. Pensamos que si así no se entendiera la nueva regulación del

⁴² Cita de fallos que han rechazado la equiparación de los dedos (o la lengua) a la introducción de objetos como tipo agravado de agresión sexual (en Orts Berenguer Enrique/Suárez Mira-Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch “Colección Los Delitos”, N° 34, pag. 100, Valencia, 2001): STS de 14/02/1994, en la que se dice que “es indudable que los dedos –que fue lo que introdujo el acusado R.P. en el ano de la víctima- no pueden ser considerados como objetos a los efectos agravatorios de la figura penal de la agresión sexual contemplados en el párrafo segundo del art.430...”; en un mismo sentido STS, de 23/03/1999; STS, de 7/07/2000. Rechaza también la equiparación la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, en la que se considera que los dedos no pueden considerarse objetos, ya que por tales debe entenderse a las cosas “inanes”, incluyéndose penetraciones de medios tales como botellas, palos, bastones, etc., y excluyéndose penetraciones de órganos que forman parte de las relaciones sexuales socialmente aceptadas (dedos, lengua). La Circular descarta también como objetos a los miembros de animales vivos, por cuanto “inane” quiere decir lo contrario a ser vivo. Se pronuncia en favor de la equiparación, por entender que el concepto de “objeto” debe ser considerado desde una perspectiva objetiva-subjetiva, esto es, ser sustitutivo del órgano sexual masculino y responder al ánimo lúbrico del sujeto activo, Sierra López Ma. del Valle, en La cualificación del número 1 del artículo 80 del Código penal: agresiones sexuales, en donde la violencia o intimidación ejercidas revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio, Revista penal, pags. 193 y sig....., aunque esta autora se ocupa de aclarar que, si bien el dedo debe ser considerado objeto, su introducción en la vagina no importa la cualificación por no tener entidad suficiente por cuanto, entre otros, se vulneraría el principio de proporcionalidad.

⁴³ Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 11ª ed. cit., pag. 186. En la 18ª edición de su obra, este autor agrega lo siguiente: “Ciertamente era difícil entender el porqué de esta restricción (se refiere a la reforma de la LO 15/2003 al art.179 CP español), ya que el dedo o los dedos pueden ser utilizados como objetos de significado sexual equivalente al miembro viril, igual que un palo, un bastón, la empuñadura de un paraguas o el canón de una escopeta o pistola, siempre obviamente que se trate de una

art. 119, bastaría con introducir un escarbadienates en la boca de otra persona para que ese sólo hecho configure un abuso sexual agravado por considerarlo una acción depravada y ultrajante para la víctima (¿ni qué decir si el escarbadienates es introducido en las vías anal o vaginal!), situación que implicaría una notoria violación al principio de proporcionalidad.

En una misma dirección, Carmona Salgado (comentando el derecho español) afirmaba que, ante el silencio de la ley, “el sentido común la llevaba a entender que sólo las cavidades vaginal y anal resultaban idóneas para la penetración en dicha modalidad de conducta, pues únicamente a través de ellas puede considerarse lesionada la libertad sexual de una persona mediante la referida introducción, excluyéndose, en consecuencia, la cavidad bucal, que no resulta una vía adecuada de comisión de esta forma delictiva a los efectos de tutelar la mencionada libertad, por desagradable y coactiva que pueda resultar para aquélla”⁴⁴.

clara penetración equivalente a la del miembro viril, y no de meras caricias periféricas en la zona vestibular o perianal. En todo caso, esta cualificación lo mismo puede ser realizada por el hombre que por la mujer” (op.cit., pag. 228).

⁴⁴ Conf. CARMONA SALGADO Concepción, en curso de Derecho penal español, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, pag. 310, Marcial Pons, Madrid, 1996. Fuertemente crítica con la reforma de la LO 15/2003 -la cual incluyó en el art.179 del CP español, la conducta de “introducción de miembros corporales” por vía vaginal o anal-, esta autora ha dicho que la reforma ha sido un error, pues ni era necesaria ni imprescindible; ha respondido –a su juicio- a un nuevo despropósito del legislador de 2003 (conf. Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de las agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, pag. 1178, Thomson-Civitas, Navarra, 2005). Véase también la opinión de ORTS BERENGUER Enrique/SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cit., pag. 101; de MONGE FERNÁNDEZ Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, cit., pag. 189; ibidem, Lecciones de derecho penal, parte especial, T.I, pag. 196, Tecnos, Madrid, 2010; de SUÁREZ RODRÍGUEZ Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, cit., pag. 103; y de GÓMEZ TOMILLO Manuel, Derecho penal sexual y reforma legal, cit., pag. 7.

Diez Ripolles, por su parte, pone de resalto su contrariedad con la hipótesis en que se determina a la propia víctima a introducirse ella misma miembros corporales u objetos en la vagina o el ano, al igual que Orts Berenguer, para quien el “hacerse introducir” debe encontrar ubicación en el tipo básico ⁴⁵.

Ahora bien, nos preguntamos: ¿qué diferencia puede haber entre introducir en la vagina de la mujer un objeto degradante o vejatorio o en obligarla a que ella misma sea quien se lo introduzca?, ¿no implica, acaso, esta última modalidad un atentado grave contra la libertad sexual de la víctima?, o ¿no significa lo mismo matar a otro que obligarlo a que se mate?, ¿es ésta última una conducta menos grave?

Creemos que debe sostenerse una postura contraria, esto es, que tanto el supuesto de introducir el objeto al sujeto pasivo, sin su consentimiento, por vía vaginal o anal, como obligar a la víctima a quien sea ella misma quien se lo introduzca (o se lo introduzca a un tercero), tienen idéntico contenido de injusto (que pueden fácilmente ser equiparables en gravedad), por lo que ambos supuestos constituyen violación en los términos del artículo 119 ⁴⁶, aun cuando no concorra un contacto corporal directa entre autor y víctima.

⁴⁵ Ambos autores citados por MONGE FERNÁNDEZ Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, cit., pag. 187, nota 337. Sin embargo, en ORTS BERENGUER Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch “Colección Los Delitos”, N° 34, pag. 101, se puede leer el siguiente razonamiento: “La introducción de objetos por vía bucal, cuando tenga relevancia sexual, queda relegada a una mera agresión básica...la manipulación del objeto puede ser llevada a cabo por el autor de la agresión, pero en otras ocasiones puede ser el propio sujeto pasivo quien se vea forzado a introducirse a sí mismo el objeto bajo la coacción violenta o intimidatoria del primero, dándose también el tipo de violación. De otro modo sucedería si el sujeto pasivo fuese obligado por el autor a introducir a éste el objeto, en cuyo caso no concurriría el tipo de violación, sino el de agresiones sexuales básicas, puesto que también aquí se lesionaría el derecho de la víctima a conducirse sexualmente en libertad. Finalmente, si alguien es obligado por el agente a introducirse a un tercero también habría violación, de la que sería autor mediato el que obliga”.

⁴⁶ Con igual opinión, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, quien dice que la manipulación del miembro (corporal) u objeto puede ser llevada a cabo por el autor de la agresión, pero en otras ocasiones

Ahora bien, habiéndose determinado en forma específica por la normativa las vías de introducción de los objetos (vías anal o vaginal), quedan por resolver –como dijimos– dos cuestiones: una, qué debe entenderse a los fines de la ley penal por “objeto” y qué por “partes del cuerpo”.

En el lenguaje popular como en el jurídico, se trata de conceptos diferentes; no es lo mismo un objeto que una parte del cuerpo, salvo que al primero se le conceda una definición tan lata que termine identificándose con el segundo, como alguna doctrina ha pretendido últimamente⁴⁷.

Si el legislador ha cimentado ambas expresiones en un mismo artículo, quiere decir que se trata de conceptos distintos, de lo contrario la reforma en este aspecto no habría tenido ningún sentido. Por lo tanto, debemos partir de la premisa que la voz “objeto” como la expresión “partes del cuerpo” son conceptos distintos, tanto para la ley penal como para la naturaleza.

1. Objeto.

puede ser el propio sujeto pasivo quien se vea forzado a introducirse a sí mismo bajo la coacción violenta o intimidatoria del primero, dándose también el tipo de violación, lo mismo que si alguien es obligado por el agente a introducirse a un tercero (conf. Manual de derecho penal, parte especial, T.II, 3ra. Edición, pag. 157, Thomson-Civitas, Navarra, 2005). Siguen un mismo criterio, MORALES PRATS Fermín y GARCÍA ALBERO Ramón, Comentarios al nuevo código penal (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), pag. 876, Aranzadi Editorial, Navarra, 1996.

⁴⁷ En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel, Delitos contra la libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?, en Política criminal y reforma penal (Directores: Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo), Editorial IBdeF, pags. 352 y sig., Montevideo-Buenos Aires, 2007.

El “objeto” es una cosa y, por tanto, inanimada. El concepto hace referencia a un instrumento no adherido o que forme parte del cuerpo humano. No se trata de un órgano humano o un miembro corporal, sino de algo inerte, inane, instrumental⁴⁸.

Si bien es verdad que el objeto, para configurar el tipo de violación, no sólo debe ser introducido en alguna de las vías normativamente predispuestas en el tipo de injusto (vaginal/anal) y cumplir –desde una perspectiva lógica- una función sustitutiva del órgano sexual masculino, no lo es menos que su incorporación al tipo limitándose los lugares de introducción a las vías vaginal y anal se justifica en cuanto sólo de ese modo podría vulnerarse la libertad sexual del sujeto pasivo.

Ahora bien, debemos preguntarnos, ¿porqué el objeto debe cumplir una función sustitutiva del órgano sexual masculino, si tal exigencia no viene determinada en forma expresa en la ley, o –como dicen otros- la noción de objeto debe incluir todo aquel objeto que reúna condiciones para ser apto para el ejercicio de la sexualidad? ⁴⁹.

⁴⁸ En este sentido, la STS español, de 23 de marzo de 1999, aceptando el criterio de la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado, tiene dicho que “los tipos penales deben necesariamente ser interpretados en forma taxativa o estricta, por lo que no puede extenderse la expresión “objetos”, que liguísticamente equivale a cosas inanimadas o inanes, hasta incluir en ellas partes del cuerpo humano, como los dedos o la lengua, que en el lenguaje usual nunca son denominados objetos. Por tanto, por objetos habrán de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados o inanes –excluyendo, por ello, los órganos o partes del cuerpo humano- cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual”. En una misma dirección, la STS de 12 de mayo de 1999. En igual sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, Manual de derecho penal, parte especial, T.II, 3ra. Edición, pag. 157, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, para quien “objeto” es todo cuerpo sólido que por su tamaño y forma idónea resulte igualmente apto para la introducción por las vías anal o vaginal, en cierto modo como un sustitutivo del órgano genital masculino, y que además sea adecuado para dar algún significado sexual al hecho de su introducción.

⁴⁹ Como entiende, por ejemplo, DE VICENTE MARTINEZ R., en Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género”, Anuario de Derecho Penal, pag. 91, Madrid, 1999/2000. En opinión de MORALES PRATS Fermín y GARCÍA ALBERO Ramón, “por objetos adecuados típicamente deberán

¿Qué objetos pueden ser usados como reemplazo del órgano sexual masculino y cuándo sucede tal cosa?, ¿cuándo un objeto reúne las condiciones aptas para el ejercicio de la sexualidad?, ¿cuándo se lo utiliza en una relación sexual o cuando reúne características tales (formas, tamaños, colores, especies, etc.) que lo dotan de significación sexual?, ¿se trata de cuestiones que deben ser resueltas desde un plano objetivo o desde un plano subjetivo, o desde ambos parámetros?.

entenderse aquellos que presenten una materialidad que satisfaga, de forma sustitutiva, el criterio de equivalencia respecto a las modalidades de acceso carnal o penetración bucal o anal por medio del instrumento natural que constituye el pene del hombre. Por consiguiente –dicen- la penetración vaginal o anal por medio de objetos –empuñadura de un arma, arma de fuego, un palo...-, llevada a cabo con ánimo lúbrico debe quedar subsumida en el ámbito de incriminación del art. 179 CP” (conf. , Comentarios al nuevo Código penal (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), pag. 881, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996). Para BOIX REIG Javier y ORTS BERENGUER Enrique, “lo que debe entenderse por objeto, en principio, puede delimitarse como cualquiera que se utilice como sucedáneo del pene. Pero como esta matización puede resultar estrecha –siguen diciendo estos autores-, quizá sea preferible entender por objeto a los efectos de los artículos 179 y 182.1, todo cuerpo de cierta entidad, susceptible de ser introducido por algunas de las vías señaladas, tener una connotación sexual y comportar alguna suerte de vejación. Categoría en la que no entran partes del cuerpo del asaltante porque ni lo permite el principio de legalidad, ni prima facie un hecho en el que se vea implicada una de aquellas presenta igual carga lesiva que otro en el que se utilice un objeto, ni cuadra con la idea que llevó al legislador de 1989 a agregar esta modalidad a las ya existentes” (conf., El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, pag. 1018, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001). Mantiene su idea ORTS BERENGUER en la obra Derecho penal, parte especial (varios autores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pag. 239, en la que dice que “por objeto debe entenderse toda cosa corpórea e inanimada que, respondiendo al designio lujurioso del sujeto activo (o a su conciencia de que su ataque lo es), venga a sustituir de alguna manera al pene, o ser una especie de sucedáneo de éste (en la STS de 14 de noviembre de 2001 se apreció esta modalidad de acción de introducir un palo de mortero). Ello implica considerar objeto, a los efectos del art. 179, solamente a aquel que reúne condiciones para, en alguna medida, ser apto para un ejercicio de sexualidad y no a aquel otro que sólo merezca ser tomado como instrumento de una agresión física”.

Las respuestas a estos interrogantes pueden ser dubitativas y, hasta si se quiere, poco esclarecedoras, es verdad, pero también lo es que sólo pueden responderse, según nos parece, desde una mirada hacia el bien jurídico protegido.

Para que la introducción de objetos pueda configurar un delito sexual, se debe haber lesionado la libertad sexual del sujeto pasivo, lo cual sólo puede ser explicable si la introducción se produce en un lugar del cuerpo humano que posea connotación sexual, no – como se tiene dicho- apto para el ejercicio de la sexualidad, por cuanto, de ser así, se haría depender la perfección del injusto de la subjetividad del autor o de la libre interpretación judicial, con los consabidos riesgos para la seguridad jurídica que ello acarrearía. Piénsese, por ejemplo, en la introducción de un objeto en las fosas auditivas o nasales de la víctima (o en el ejemplo del escarbadietes en la boca), conducta que para el autor –que es un perverso sexual- produce una satisfacción de carácter sexual, de su lúbrico sexual, ¿estaríamos en presencia de un delito sexual, en el caso, de violación, porque para el agente activo el objeto es un sustitutivo del órgano sexual?. Pareciera que la respuesta debe ser negativa.

A idéntica solución se arribaría si el objeto (cualquier objeto) fuera introducido en las vías anal o vaginal del sujeto pasivo y no cumpla una función sustitutiva del órgano sexual masculino o no sea apto para el ejercicio de la sexualidad.

De aquí las dificultades que se presentan para determinar cuándo un objeto cumple tales funciones. De nuevo nos volvemos a preguntar ¿un objeto cumple con tales las funciones cuando así lo entiende el agente activo, cuando así lo entiende el sujeto pasivo, cuando así lo entiende el intérprete o cuando es introducido en alguna cavidad que posee naturaleza sexual?.

Da toda la impresión que, tanto una como otra interpretación (o acepción) no tienen mayor importancia para ubicar la introducción de objetos en el tipo de violación. El legislador entendió que esta conducta, normativa o formalmente, es violación porque la introducción de un objeto (cumpla o no funciones sustitutivas del pene o sea o no apto para el ejercicio de la sexualidad) en las vías vaginal o anal de la víctima es una agresión de carácter sexual que vulnera el bien jurídico protegido por la norma, la libertad sexual del

sujeto pasivo, aun cuando desde un punto de vista técnico (o histórico) el hecho no configure una violación en sentido estricto. Entonces, nuevamente se nos presenta el problema antes observado: ¿cualquier objeto que se introduzca en las vías predispuestas por la ley y con cualquier finalidad, es suficiente para constituir violación?. formalmente sí, pues eso dice literalmente la norma del art. 119, pero...¿merece la aplicación de la pena reservada para el delito de violación? (recuérdese el ejemplo del escarbadientes en la vagina o en el ano de la víctima).

En este sentido, bien viene recordar la STS español, de 7 de julio de 2000, en la que se sostuvo que “El tipo consistente en la introducción de objetos no describe, como el acceso carnal, un acto mediante el cual satisface su lívido el sujeto activo en el cuerpo del pasivo con desprecio del derecho de éste a disponer sexualmente del mismo. Lo que aquí se describe es un salvaje y degradante atentado que, aun recayendo sobre la libertad sexual del sujeto pasivo, en tanto se supone que la introducción del objeto simula un acto de significación sexual, tiene como objeto más directo y patente de lesión a la integridad física y moral del que sufre el atentado. La inclusión de este tipo delictivo en el art. 179 CP, junto al de violación e incluso englobándolo bajo el mismo *nomen iuris*, puede estar justificada por razones criminológicas y por la equivalente gravedad de las agresiones, pero hay que reconocer que produce un efecto distorsionante en la estructura del precepto si no se hace de dicha innovación una interpretación que tenga en cuenta y pondere los distintos bienes jurídicos –libertad sexual por un lado, integridad física y moral de la persona por otro- que se trata de proteger con los tipos delictivos agrupados en la norma cuestionada”⁵⁰.

De igual modo, Cugat Mauri sostiene que para que la conducta de introducción de objetos pueda considerarse constitutiva de delito sexual, no se requiere que éstos estén dotados de específicas connotaciones eróticas. Tales características concurren sin lugar a dudas en objetos diseñados específicamente para ser utilizados en actos sexuales, como, por ejemplo,

⁵⁰ Jurisprudencia citada en Código penal con concordancias y jurisprudencia, Colección Temas Legales Comentados, autores: Enrique Gimbernat Ordeig, Esteban Mestre Delgado, Gema Martínez Galindo, Carlos Cotillas Moya y Mariana Alcorta Pascual, pag. 450, Tecnos, Madrid, 2003. Esta misma jurisprudencia también está citada en Código penal, comentado y con jurisprudencia (Coord.: Luis Rodríguez Ramos), 2da. Edición, pag. 440, La Ley, Madrid, 2007.

los consoladores. Sin embargo –sigue diciendo esta autora- no tiene porqué descartarse otros objetos a los que, teniendo otras utilidades, se les pueda atribuir una significación sexual –lo que, por otro lado, no depende tanto del tipo de objeto como de la cavidad por la que se le hace entrar. Desde este punto de vista, pueden considerarse objetos típicos desde frutas y hortalizas, a las que puede llegar a dárseles un significado sexual, hasta objetos que, como una barra de hierro o un destornillador, sin tener a ojos del común de la sociedad connotaciones sexuales, puedan ser igualmente idóneos para atacar a la libertad sexual, y por supuesto la integridad moral- cuando se introducen por una de las vías típicas⁵¹.

Por último, creemos que la equiparación punitiva que establece la norma entre la introducción de objetos y la introducción de partes del cuerpo, por las vías anal o vaginal (y, aun, con el delito de violación), puede resultar violatoria del principio de proporcionalidad, por cuanto a todas luces se muestra la primera como una conducta de mayor contenido de lesividad que la segunda, ya que el daño que se puede causar a la víctima mediante la introducción de objetos es notoriamente mayor a aquellos casos en los que se introducen miembros o partes del cuerpo humano, como podrían ser los dedos o la lengua ⁵².

La imprecisión del concepto de objeto -por cuanto el legislador no ha brindado ninguna pista esclarecedora en tal sentido-, revela que el concepto puede hacer referencia a una inabarcable lista de instrumentos o materiales que pueden ser usados por el agente activo para consumir el delito sexual, con lo cual se presentaría un escenario notable de inseguridad jurídica. Tal vez una interpretación hiperrestrictiva del concepto pueda conducirnos a mejor puerto, pero no estamos seguros de ello⁵³.

⁵¹ Conf. CUGAT MAURI Miriam, en Comentarios al Código penal, parte especial (Dirs.: Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán), pag. 337, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

⁵² Con esta opinión, CARUSO FONTÁN María Viviana, op.cit., pag. 226.

⁵³ Respecto de esta cuestión, SERRANO GÓMEZ ha dicho que “el texto se limita a hacer referencia a objetos, sin especificar lo que a efectos de este delito se entienden por tales. Si se tiene en cuenta que el objeto equivale a cosa, las posibilidades son inagotables, con lo que una vez más la inseguridad jurídica es patente

2. Partes del cuerpo.

Las *partes del cuerpo* a que hace referencia el art.119 CP, son todas aquellas partes del cuerpo humano, superiores o inferiores, internas o externas, distintas del pene, que pueden ser utilizadas por el agente activo para la consumación del delito sexual (dedos, lengua, manos, etc.)⁵⁴.

La introducción de este supuesto por la reforma de la Ley N° 27.352, como vía de urgencia para cubrir un espacio vacío (de punibilidad) que se presentaba con la legislación anterior, no parece ser suficiente para abarcar otros supuestos no previstos –y que pueden ocurrir en la vida real-, como podría ser la penetración mediante una prótesis corporal, la cual –según alguna opinión- no puede calificarse ni como objeto ni como miembro corporal⁵⁵, aunque se podría discutir si es parte del cuerpo, cuando está adherido a él. Creemos que cuando la norma habla de “partes del cuerpo” está haciendo referencia a un cuerpo humano y una prótesis no es cuerpo humano, sino una pieza, una herramienta artificial, que se integra al cuerpo de una persona humana para reemplazar a un órgano que falta en esa persona. Pero, no es un órgano humano. Por lo tanto, la introducción de una prótesis en la vagina o en el ano de otra persona no sería típico de violación, sino un ultraje encuadrable en el segundo párrafo del art. 119 (sometimiento gravemente ultrajante), en la medida que concurren sus elementos típicos.

(Alfonzo Serrano Gómez, Derecho penal, parte especial, 2da. Edición, pag. 181, Ed. Dykinson, Madrid, 1997).

⁵⁴ Conf. Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Manual de derecho penal, parte especial, T.II, 3ra. Edición, pag. 157, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

⁵⁵ Así, Cugat Mauri Miriam, en Comentarios al Código penal, parte especial (Dirs.: Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán), pag. 338, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004. Quizá hubiera sido preferible –dice esta autora, comentando el derecho español- incluir en el precepto una cláusula más general, como la que se había propuesto en la tramitación del Proyecto que llevaría a la reforma de 1989: “realizar la penetración...utilizando cualquier medio o artificio”.

De todas maneras y cualquiera sea la opinión, a favor o en contra, de la fórmula legal, lo cierto es que, con arreglo a la normativa en vigor, para que la introducción de partes del cuerpo sea típica, deberá realizarse en alguna de las dos vía preestablecidas en la ley, vía vaginal o anal. El problema que podría presentarse con estas hipótesis reside, a nuestro juicio, en determinar si su punición como violación no implica una lesión del principio de proporcionalidad.

VI. Los sujetos del delito

Como regla general, puede decirse que el texto legal en vigencia -aún a costa de diferenciarlo de los textos anteriores-, no restringe, al menos de forma expresa, el círculo de sujetos posibles del delito, de manera que, en principio, puede ser cualquier persona, sin distinción de sexo, pues estamos ante un delito de titularidad indiferenciada, innominada.

Se trata de un delito común, que admite, en principio –por la misma redacción del tipo de injusto en su figura básica, al describir al sujeto como “*El que...*” (art. 119)-, la indiferenciación subjetiva entre los sujetos activo y pasivo. Desde esta primera mirada, entonces, sujetos activo y pasivo pueden ser, tanto un hombre como una mujer.

Hemos insistido en decir que lo afirmado precedentemente lo es sólo en principio, pues en otras épocas se puso en entredicho tal aserto, o mejor decir, se puso en duda el hecho de que la mujer pudiera ser sujeto activo del delito, toda vez que el delito, en su versión original, al describir la conducta típica decía “El que tuviere acceso carnal...”, expresión que al ser interpretada como equivalente a “penetración”, se entendía que se trataba de una posibilidad sólo reservada para el hombre, pues era el único que se encontraba en condiciones, por sus dotes biológicas, de realizarla.

Pese a que la doctrina encontraba a la fórmula de la ley discriminatoria, precisamente por la limitación respecto de los sujetos del delito, una interpretación restrictiva del artículo era aconsejable dada la gravedad de la pena para el delito de violación. De esta manera, se entendió que sólo el hombre podía ser sujeto activo, ya que la expresión “yacimiento” (prevista en los viejos textos españoles) o “acceso carnal” entre nosotros, implicaba la realización del coito ⁵⁶, vale decir, la introducción del pene en la vagina o ano del sujeto

⁵⁶ Conf. Soler Sebastian, Derecho penal argentino, cit., pag. 308. Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho penal, parte especial, pags. 134 y sig., Ariel Derecho, Barcelona, 1986. De la misma opinión, Bajo Fernández Miguel, Manual de Derecho penal, parte espdcial, Vol. III, pag. 174, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989.

pasivo. La mujer también podía serlo, pero sólo cuando actuaba de inductora o cooperadora⁵⁷.

La expresión “acceso carnal”, como conducta típica, siempre ha sido motivo de controversias en la doctrina, no sólo en la doctrina europea sino también en la de aquellos países de América Latina que tienen una fórmula similar, como por ejemplo sucedía en Argentina, cuyo artículo 119 del código penal anterior a la reforma de 1999, rezaba “El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo...”, lo cual hizo decir a algunos autores que sujeto activo de violación sólo podía ser el hombre, ya que la expresión acceso carnal quiere decir entrada o penetración y no compenetración; quien tiene acceso, decía Soler, es el que penetra, añadiendo, a la vez, una razón histórica: en los precedentes del código penal, tanto en el Proyecto Tejedor como en el Código penal de 1887, el sujeto pasivo del delito era la mujer (como en los precedentes españoles), siendo que, además, también se castigaba la sodomía⁵⁸.

En la actualidad, si bien el texto de la ley ha variado notablemente a partir de la reforma de 1999, poniéndose el acento más en la vulneración de la libertad sexual como bien jurídico protegido que en la propia conducta típica, podría llevar a pensar que la discusión acerca de los sujetos carece de sentido⁵⁹, no debemos olvidar que una de las modalidades conductuales en el delito de violación –algo que no ha variado con las sucesivas reformas– sigue siendo el acceso carnal con la víctima por vía vaginal, anal o bucal, de manera que

⁵⁷ En este sentido, Cuello Calón Eugenio, Derecho penal, parte especial, T.II, pag. 527, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1949.

⁵⁸ Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.III, pag. 285, TEA, Buenos Aires, 1970. En un mismo sentido, Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, parte especial, T.IV, pag. 250, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964. No obstante, algunos autores –siguiendo la doctrina italiana de la época– admitieron la indiferenciación de sexo en el sujeto activo de la violación, así por ej. Gómez Eusebio, Tratado de Derecho penal, T.III, pag. 117, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940.

⁵⁹ Con esta opinión, Caruso Fontán María Viviana, Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, cit., pag. 223.

no existen motivos –al menos desde esta perspectiva-, como para dar por cerrada la discusión.

Y, si entendemos que acceso carnal es equivalente a yacimiento (coito o cópula), y que yacimiento implica penetración del órgano sexual masculino en alguna de las cavidades establecidas en la ley, entonces no se podría sostener que la problemática relativa al sujeto activo en el delito de violación es una cuestión terminada, por cuanto no deja de ser un obviedad que la mujer, fisiológicamente, ni posee pene ni puede penetrar, en el sentido dado anteriormente.

Claro que distinta se presenta la cuestión con el texto que impuso la reforma de la Ley N° 25.087, al reemplazar la expresión “*tener acceso carnal*” (del texto derogado) por la de “*hubiere acceso carnal por cualquier vía*” (texto mantenido por la Ley N° 27.352), redacción que dio lugar a una coincidencia doctrinal en torno a la indiferenciación del sujeto activo del delito⁶⁰. Por lo tanto, sujeto activo del delito de violación puede ser cualquier persona, sin distinción de sexo, raza, profesión, etc., por cuanto el acceso carnal, el coito, el acoplamiento –se tiene dicho- por alguna de las tres vías descriptas por la ley, lo realizan tanto la acción del varón como la de la mujer⁶¹.

⁶⁰ Véase sobre el particular, Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de derecho penal, parte especial, T.I, 3ra. ed., pag. 422 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009. En un mismo sentido Aboso Gustavo Eduardo, Derecho penal sexual, cit., pags. 233 y sig.; Arocena Gustavo Alberto, Ataques a la integridad sexual, cit., pag. 37.

⁶¹ Conf. Orts Berenguer Enrique y Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch “Colección los Delitos”, N° 34, pags. 25 y sig., Valencia 2001; igualmente, Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal español, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, pag. 309, Marcial Pons, Madrid, 1996; García Pérez Octavio, La regulación del derecho penal sexual en España, en Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Dir.: Luis Reyna Alfaro), pag.242, Jurista Editores, Lima, Perú, 2005; Caruso Fontán María Viviana, Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, Tirant Monografías, N° 391, pag. 223, Valencia, 2006. De otra opinión, Muñoz Conde, aunque con matizaciones que conviene desatacar: dice este autor que la ambigüedad de la expresión acceso carnal admitiría prácticamente todas las combinaciones posibles: hombre-mujer, mujer-

En nuestra opinión, una vía de escape posible para resolver esta problemática tal vez resida en insistir sobre el sentido y alcance de la expresión “acceso carnal” a que alude el art. 119.

La pregunta que deberíamos hacernos, entonces, sería esta: ¿significa acceso carnal penetración del pene en alguna de las cavidades previstas por la ley –como se la entendió tradicionalmente-, o actualmente hay que entender la fórmula en un sentido tan amplio, equivalente a “relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé penetración, bastando, pues, las prácticas fricativas o *coniunctio membrorum*”?⁶².

Si entendemos –como creemos, tal como quedó explicado páginas atrás- que acceso carnal es un concepto equivalente a yacimiento, coito o cópula, y que estos conceptos hacen referencia a penetración del órgano sexual masculino en cavidad (vaginal, anal o bucal) de la víctima, entonces la respuesta debería inclinarse por una interpretación restrictiva del vocablo en sentido afirmativo: acceso carnal significa, lisa y llanamente (cualquiera sea el giro que emplee la ley) penetración del órgano genital del varón en alguna de las cavidades

hombre, hombre-hombre, mujer-mujer. Pero la cualificación del art. 179 debe reservarse para los casos verdaderamente graves, y no parecen serlo tanto, desde luego, aquéllos en los que una mujer (o el hombre) se hacen penetrar, mediante violencia o intimidación, por un hombre. Parece pues, que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración (vaginal, anal o bucal), por lo que, en relación con el art. 179, ésta sólo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos, o responder como coautora si ejerce la violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal. Fuera de estos supuestos, las agresiones sexuales de la mujer habrán de ser reconducidas al tipo básico de agresión sexual. El Acuerdo del TS de 25 de mayo de 2005 y la STS de 2 de mayo de 2006, aunque equiparan acceder carnalmente a hacerse acceder, parecen referirse sobre todo a supuestos de abuso sexual, para lo que desde luego no hay ningún inconveniente (conf. Derecho penal, parte especial, 18º ed., pag. 227, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010). Comparte la postura de este autor, Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, pags. 55 y sig. y 176 y sig., Tirant Monografías, Nº 392, Valencia, 2005.

⁶² Como entiende Muñoz Conde Francisco al referirse a las prácticas fricativas entre mujeres, conf. Derecho penal, parte especial, 18º ed., pags. 226 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010

previstas típicamente. Sin embargo, esta solución no resuelve el problema principal: determinar si la mujer puede ser sujeto activo del delito.

Si nos decantamos por la segunda interpretación, entonces no se presentaría el problema mencionado en último lugar, pues, como la expresión acceso carnal no significa penetración, o por lo menos no es necesario que ello ocurra –según esta visión del tema- , entonces queda claro que la mujer, en cualquier caso, puede ser sujeto activo de violación, aun cuando no posea el instrumento necesario para lograr tal cometido. Pero esta solución, a diferencia de la anterior, pone en crisis el propio concepto de acceso carnal como acción sexual típica del delito.

La expresión acceso carnal, –como ya fue explicado suficientemente-, implica penetración. No otra cosa significa este vocablo, independientemente de que sea el hombre el que introduzca el pene en alguna de las cavidades típicas o sea la mujer quien se hace penetrar por un varón (violación inversa). En cualquier caso, siempre habrá penetración.

Afirmar que existe acceso carnal sin penetración, es afirmar un absurdo, un contrasentido, tanto desde el punto de vista naturalístico como del Derecho. Admitir lo contrario, implicaría conceder la posibilidad de coito oral (si esto pudiera darse en la realidad normativa) sin la introducción del pene en la boca del paciente. Por lo tanto, desde esta mirada de la cuestión, tanto el varón como la mujer pueden ser sujetos activos del delito de violación.

Ahora bien, existe otra razón que confirma la conclusión anterior. Repasemos brevemente los antecedentes de la cuestión.

El texto original del código penal definía al delito de violación como “*tener acceso carnal con persona de un u otro sexo...*” -art. 119 ACP- (el verbo “tener” sugiere una conducta activa, al igual que “penetrar”), conducta típica que condujo a un importante sector de la doctrina a entender que sujeto activo del delito sólo podía ser un varón, pues

solo él podía cumplir el rol activo del acceso carnal, vale decir -como decía Ure-, el que con su miembro accede, penetra, en la cavidad del otro copulante ⁶³.

Entre otros motivos de limitar al varón el rol de sujeto activo, la doctrina más extendida venía sosteniendo que se trataba de un delito de propia mano, vale decir, de aquellos en los que sujeto activo únicamente puede ser aquel que está en condiciones de ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo la acción prohibida⁶⁴. Solo un varón fisiológicamente dotado para realizar el acceso carnal puede ser, en principio, sujeto activo del delito de violación. Sobre esto, al parecer, no hubo mayormente discusión. La controversia se suscitó, eso sí, con respecto a la mujer.

En el año 1999, por la Ley N° 25.087 se produce un cambio de gran calado en el texto del art. 119. Una nueva formulación del delito le confiere otra matiz estructural que implicó, ciertamente, un cambio fundamental en la interpretación subjetiva: el nuevo título decía: “La pena será de seis meses a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo *hubiere acceso carnal* por cualquier vía” (el verbo “consistir”, del texto español, es neutro, al igual que “hubiere” del texto argentino).

Como se puede apreciar claramente, se daba una suerte de sinonimia entre el texto argentino y el español. En el art. 119, el reformulado texto punitivo incrementaba la pena del delito de abuso sexual cuando “mediando las circunstancias del primer párrafo *hubiere acceso carnal* por cualquier vía”, mientras que en el texto español se puede leer “cuando la agresión sexual *consista en acceso carnal* por vía vaginal, anal o bucal...”.

⁶³ Así, Ure Ernesto J., Los delitos de violación y estupro, pags.44 y sig., Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952; en el mismo sentido, Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.III, pags. 284 y sig., TEA, Buenos Aires, 1970; Garona José Ignacio, El delito de violación, en Violación, Estupro, Abuso Dishonesto (Dir.: Jorge Daniel López Bolado), pag. 37, Lerner, Córdoba, 1971. Clemente José Luis, Violación, Estupro, Abuso Dishonesto, pag. 25, Marcos Lernes Editora, Córdoba, 1995.

⁶⁴ Sobre esta cuestión, véase González Rus, Juan J., La violación en el código penal español, cit., ps. 461 y ss.; también Gómez Pavón Pilar, *El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995*, “Rev. de Derecho Penal y Criminología”, N° 5, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995.

Vale decir, que ambos textos muestran una formulación genérica y abstracta de la acción típica, demostrativa –a su vez- de una clara y evidente indiferenciación subjetiva, lo cual posibilita que tanto el varón como la mujer puedan asumir el rol activo en el delito.

Independientemente de la ambigüedad de ambas formulaciones⁶⁵, y a la circunstancia que la reforma de la Ley N° 27.352 no innovó en este tema (el texto actual mantiene la fórmula *hubiere acceso carnal*), creemos que dicho imperativo legal (similar en ambos digestos) permite sostener -como antes se dijo- que sujeto activo del delito puede ser tanto un hombre como una mujer, conclusión a la que arribamos en base a las siguientes razones: 1) en primer lugar, porque la propia normativa no hace ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos (activo y pasivo) indiferenciados. 2) En segundo lugar, el término acceso carnal, si bien en su sentido literal y semántico equivale a penetración, esto no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo, puesto que no es este ni su significado gramatical ni el legal⁶⁶. 3) En tercer lugar, habiéndose trazado una gradación de los comportamientos punibles en atención a su gravedad (la violación sexual del art. 119 es un subtipo agravado de la modalidad de abuso sexual simple prevista en el primer párrafo del mismo artículo), sería un contrasentido admitir la indiferenciación de sujetos en la figura básica y no hacerlo en la figura agravada. Por otra parte, entendemos que la *ratio legis* de la reforma ha residido, fundamentalmente, en una razonable voluntad del legislador de ampliar el círculo de posibles sujetos, por lo cual pareciera ser en principio irrelevante que tratándose de un comportamiento abusivo sea un hombre o una mujer el sujeto activo, u hombre o mujer la víctima⁶⁷. 4) En cuarto lugar, la expresión acceso carnal debe traducirse como equivalente a cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc., en el que intervienen dos personas una

⁶⁵ Véase nuestras críticas al respecto en BUOMPADRE, Jorge E., Tratado de derecho penal, parte especial, T.I, 3ra. ed., cit. ps. 55 y siguientes.

⁶⁶ ORTS BERENGER, Enrique, “El delito de violación”, *Comentarios u la legislación penal*, Edersa, Madrid, t. XIV, vol. 1, ps. 432 y ss.; del mismo, “Delitos contra la libertad sexual”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, noviembre de 1996.

⁶⁷ Conf. MAQUEDA ABREU María Luisa, La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores, pag. 80, El nuevo Código penal y la Ley del jurado, Sevilla, 1996.

de las cuales debe ser necesariamente un varón, de manera que se produzca la penetración de su órgano genital en la cavidad vaginal, anal o bucal de la otra persona. Si acceso carnal quiere decir cópula, ayuntamiento, coito, yacimiento, etc., no puede dudarse que estos comportamientos pueden realizarlos tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitualmente entre sí⁶⁸ (es suficiente, entonces, con que el órgano sexual masculino resulte introducido en las cavidades típicas, quedando abarcados por el tipo únicamente el coito hetero u homosexual, no así las prácticas homosexuales femeninas). 5) En quinto lugar, la conclusión precedente se relaciona muy estrechamente con el nuevo giro verbal empleado por el legislador para caracterizar al injusto típico. El viejo art. 119 utilizaba la fórmula “el que *tuviere* acceso carnal...”, por lo que se entendía que sólo podía “cometer” violación el varón dotado anatómicamente para llevar a cabo la función sexual⁶⁹, mientras que el nuevo art. 119, a partir de la reforma de 1999, dice: “Cuando mediando las...*hubiere* acceso carnal por vía vaginal, anal u oral...”, expresión que permite sostener la idea de indiferenciación en torno a los sujetos del delito, ya que ambos –varón y mujer- pueden utilizar los medios comisivos típicos (violencia e intimidación) y participar en una acoplamiento sexual⁷⁰. 6) En sexto y último lugar, creemos que el bien jurídico que se

⁶⁸ BOIX REIG, Javier, y ORTS BERENGUER, Enrique, ob. cit., p. 676.

⁶⁹ Conf. González Rus Juan José, La violación en el Código penal español, pags. 292 y sig., Granada, 1982.

⁷⁰ Conf. Carmona Salgado Concepción, Curso de derecho penal español, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I., pag. 309, Marcial Pons, Madrid, 1996. En efecto, la sustitución del viejo art. 119 CP que efectuó la ley de reforma N° 25.087/99, regulando un nuevo texto, implicó el reemplazo el verbo típico “*tuviere*” del anterior art. 119 por “*hubiere*” de la nueva redacción, lo cual derivó en una nueva y diferente interpretación de la que se venía manejando con el tipo penal derogado. Efectivamente el verbo “*tener*” (de la antigua redacción) no posee el mismo significado que el verbo “*haber*” (de la nueva ley). Frente al texto derogado, la doctrina dominante había considerado al acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima y casi unánimemente se había sostenido que solo el hombre podía ser sujeto activo porque era el único que podía “*tener*” acceso carnal. Con la nueva redacción, en cambio, ya no se requiere que el autor “*tenga*” acceso carnal, sino que en el marco de la relación sexual “*hubiere*” (haya habido) acceso carnal, esto es, penetración del órgano sexual masculino en la cavidad vaginal o anal (y bucal,

protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad sexual de la persona tanto se ve afectada cuando la conducta es llevada a cabo tanto por un hombre cuanto por una mujer, puesto que de lo que se trata, en definitiva, es que el comportamiento sexual debe configurar una conducta que implique un ataque –a través medios vulnerantes expresamente determinados en la norma-, a la libertad sexual de la víctima⁷¹. El acceso carnal, en esta modalidad, solo cumple el rol de ser la razón determinante del incremento de la pena, pues lo que caracteriza vertebralmente al tipo penal, como se dijo, es el atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo.

Con respecto al **sujeto pasivo**, el texto legal no ofrece dudas de que puede tratarse de personas de uno u otro sexo. La expresión “el que abusare sexualmente de *una persona...*” (art. 119, primer párrafo) es, en este sentido, categórica e indubitable, por lo que pueden ser sujeto pasivo un hombre como una mujer.

Algunas dudas, eso sí, podrían presentarse en torno al nuevo escenario que presenta la **Ley N° 26.743 de Identidad de Género**,⁷², cuyo texto permite a todos los ciudadanos

con la Ley N° 27.352) de la otra persona. De forma que serán típicos tanto la penetración de un hombre contra una mujer u otro hombre como cuando el hombre o la mujer se hacen penetrar por el otro sujeto.

⁷¹ PANDOLFI, Oscar A., *Delitos...*, ps. 58 y ss., aunque reduciendo el campo del abuso a solo dos situaciones: haciéndose penetrar por un menor de 13 años o por una persona privada de razón. También Carlos PARMA entiende que la mujer puede ser sujeto activo en esta modalidad de abuso sexual, ob. cit., ps. 76 y 81. Son partidarios de la tesis amplia, entre otros, ESTRELLA, CLEMENTE, REINALDI, TENCA, etc., mientras que por la tesis restringida se han pronunciado FIGARI, GAVIER, DONNA, etc. Carlos E. EDWARDS, siguiendo la vieja doctrina y sin comprender el alcance de la reforma, se pronuncia también por la tesis restrictiva, es decir, que solo el varón puede ser sujeto activo ya que es el único que puede penetrar sexualmente (ob. cit., p. 33).

⁷²La **Ley N° 26.743, de Identidad de Género** (2012) reconoce y garantiza un colectivo de derechos orientado a que cualquier persona pueda rectificar su nombre, el sexo y la imagen ante cualquier organismo en el que pudiera encontrarse registrado, cuando tales datos no coincidan con su “género autopercebido”. Con otros términos, la ley persigue que se reconozca a todos los individuos su identidad de género y el derecho al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad. En este marco, entiende por “*identidad de género*” a la “*vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual*

mayores y menores de edad y capaces, solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre o imagen, a fin de adecuar su sexo con su identidad de género.

El problema podría presentarse en un hecho de violación sexual de mujer a mujer, en el que una de ellas accede carnalmente a la otra mediante el empleo de violencia o intimidación, y ambas, o una de ellas, han registrado cambio de sexo conforme a los términos de la ley.

Pensemos en unos ejemplos que podrían ocurrir en la realidad.

- 1) Una mujer convertida en hombre (con pene artificial), penetra sexualmente con violencia a otra mujer.

El agresor ¿es hombre o mujer para la ley penal?, ¿que debe prevalecer, el sexo biológico (morfológico o anatómico) o el sexo normativo?, el pene artificial, ¿es un

puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2º).

El art. 5 establece: Personas menores de edad. *Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.*

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. A su vez, esta normativa coincide, en reglas generales, con lo establecido en el art. 26 del CCyCN.

pene a los efectos de la ley penal o es un objeto o un miembro corporal (parte del cuerpo humano)?.

En este supuesto, el autor sigue siendo mujer en sentido biológico o naturalístico, pero se ha convertido en varón en sentido normativo (por vía quirúrgica), pero –según nos parece-, el legislador, al tipificar la figura, ha tenido en cuenta el sexo biológico de los sujetos; de otro modo, no podría sostenerse la idea de que no resulta posible, en la modalidad de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, la violación de mujer a mujer ⁷³, quedando reservada esta hipótesis para los abusos sexuales de los párrafos primero o segundo del art. 119.

Restaría verificar si el caso, por sus propias características, puede quedar comprendido en la modalidad de introducción de objetos, siempre, claro está, que se considere que el órgano artificial que fue incorporado al cuerpo humano es un objeto a los fines del delito en cuestión. El problema que se podría presentar con este “objeto” es que, para que pueda ser considerado tal a los fines del art. 119, tiene que constituir un “sustitutivo del pene” –como algunos entienden- y en este supuesto no es un sustitutivo sino que “es” un pene, aunque artificial, y además, debe tratarse de una cosa inane, que no forme parte del cuerpo humano. Sería similar al caso de la prótesis de la cual hablamos páginas atrás.

En nuestra opinión, entendemos que una interpretación restrictiva del tipo penal en cuestión, incardinada en el principio de mínima intervención y de prohibición de la analogía, conduce inexorablemente a subsumir el hecho probado en el tipo básico de abuso sexual del art.119 CP.

⁷³ Así, Orts Berenguer Enrique y Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 34, pag. 25, Valencia, 2001; Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18 ed., pag. 227, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

- 2) Otro ejemplo. Un hombre, transexual, convertido en mujer (con una vagina artificial), es penetrado sexualmente por otro hombre, mediante violencia. ¿Existe violación en este caso?, ¿la vagina artificial es la vagina a la que refiere el tipo penal del art. 119 o debe tratarse de una vagina en sentido de cavidad natural?.

La doctrina no es pacífica al respecto. Algunos autores, partiendo de un concepto naturalístico de acceso carnal, en el sentido de penetración del órgano masculino en cavidad natural de la víctima, entienden por cavidad natural –en opinión que compartimos-, toda aquella que no fuere producida artificialmente, de manera que, la introducción del miembro viril en una cavidad quirúrgica, no queda comprendida en el delito de violación⁷⁴.

Por último, unas breves palabras con respecto a los *sujetos pasivos menores de edad*.

Si bien es cierto que el Código penal dispensa una tutela particular a los menores de edad, algunas veces sancionando conductas o creando figuras en las que la condición de menor funciona como elemento agravatorio del delito incrementando su penalidad y otras veces son protegidos en forma específica, en las que el legislador incrimina una figura en forma autónoma porque el sujeto pasivo es un menor de edad, inclusive de determinada edad, la cual varía según la legislación de que se trate, no lo es menos que, si es que existe una tutela específica y diferenciada, hiper reforzada, con respecto a los menores de edad es, precisamente, en el ámbito de los delitos sexuales.

Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, como por ejemplo el Código penal español, en el que los menores de trece años de edad son objeto de una protección específica en un Capítulo especial, Capítulo II Bis –“De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”-, en el Título VIII referido a esta clase de delitos, en el cual se ha previsto una protección reforzada y diferenciada según tengan más o menos de aquella edad, por cuanto –conforme se ha puesto de relieve en la propia Exposición de Motivos de la LO-, mediante estas conductas “se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como

⁷⁴ De esta opinión Garona José Ignacio, El delito de violación, en Violación, Estupro, Abuso deshonesto (Dir.: Jorge Daniel López Bolado), pag. 30, Lerner, Buenos Aires, 1971. En sentido contrario, entendiendo que el hecho es violación, Breglia Arias Omar y Gauna Omar R., Código penal y leyes complementarias, T.I, pag. 903, 1ra. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin su consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”⁷⁵, el legislador argentino no ha previsto una tutela específica de los menores en el campo de los delitos sexuales, sino que sólo ha establecido una cierta penalidad cuando el abuso sexual se cometiera en perjuicio de un *menor de trece años*, incrementando la pena cuando el abuso sexual de los párrafos segundo y tercero del art. 119 (abuso sexual gravemente ultrajante y violación) se cometiere en perjuicio de un *menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo*.

⁷⁵ Críticamente con la reforma plasmada en el art. 183 CP, Tamarit Sumalla Josep María, Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183 y 183 bis), en La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios (Dir: Gonzalo Quintero Olivares), pags. 169 y sig., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, para quien dicha fórmula presenta cuatro defectos: a) no aborda globalmente el fenómeno del abuso sexual de menores sino que se limita a la víctimas menores de trece años, dejando que para los supuestos con víctimas entre trece y dieciocho rija prácticamente la misma protección que para los mayores de edad; b) la descripción de la conducta típica se efectúa en términos imprecisos, acudiendo a la oscura y arriesgada expresión “atenten contra la indemnidad sexual”, lo cual contrasta curiosamente con la introducción de una más precisa definición del abuso como “realizar actos de carácter sexual” en el art. 182; c) la creación del nuevo tipo no va acompañada de la supresión de los anacrónicos tipos de abuso fraudulento (art. 182) y corrupción de menores (art. 189.4); y d) los marcos penales son manifiestamente inadecuados, con disfuncionales saltos entre los marcos penales del art. 183.1 y 183.3 y de todos ellos en relación con los del art. 181, con un rigor punitivo que supera con creces las exigencias de la Decisión Marco europea, problema agravado por la profusión de tipos cualificados (art. 183.4) de dudoso sentido político-criminal, todo lo cual refleja una vocación de tosco punitivismo que contrasta con el escaso interés manifestado en programas de carácter preventivo y de apoyo a las víctimas. Más información sobre los menores en estos delitos, en García Álvarez Pastora, El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013, Revista General de Derecho Penal 20 (2013), Revistas@iustel.com. Ampliamente sobre esta temática, Ribas Ramón Eduardo, Minoría de edad, sexo y Derecho penal, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013. Igualmente, Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, (Análisis de los arts. 178,y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre), Tirant Monografías, N° 392, Valencia, 2005.

La problemática que presenta la situación de los menores víctimas de abusos sexuales, tiene estrecha relación con el consentimiento en materia penal, tema del que habremos de ocuparnos con mayor detención más adelante.

VII. Los medios comisivos.

La violación –se tiene dicho- es la máxima intensidad del ataque a la libertad sexual dependiendo de la existencia de violencia o intimidación ⁷⁶.

Precisamente, la violencia y la amenaza (intimidación) son los medios naturales del abuso sexual cualificado del art.119 CP, y a ellos vamos a dedicar las páginas siguientes.

Teniendo en cuenta que la violación implica un conflicto –en el caso, de naturaleza sexual- entre dos personas, una que exige una relación sexual determinada (el sujeto activo) y la otra que la rechaza (el sujeto pasivo), la doctrina y jurisprudencia tradicionales siempre han entendido que, además de la concurrencia de los medios comisivos clásicos del delito (violencia o intimidación), se tornaba necesario acreditar la existencia de “resistencia” por parte de la víctima, una suerte de oposición, seria y contundente, que sea demostrativa de una voluntad contraria a la conducta sexual impuesta por el agente ⁷⁷.

Con otros términos, en los primeros tiempos del Código penal, la resistencia de la víctima era, por decirlo de algún modo, “convertida” por vía de la interpretación, doctrinal o jurisprudencial (tendencia aún no desaparecida del todo), en un elemento implícito del tipo penal, con lo cual se desnaturalizaba la figura y, obviamente, se generaba un obstáculo (uno más de los tantos que presentan los delitos sexuales) para su aplicación en la praxis.

⁷⁶ Conf. García Valdes Carlos y Figueroa Navarro Carmen, El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica, en Estudios Penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal, pag. 385, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

⁷⁷ Sobre esta cuestión, véase el estudio de González Rus Juan José, ¡No!, y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales), en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T.II, pags. 2011 y sig., Edisofer, Madrid, 2008.

Como punto de partida, debemos poner de relieve que los medios establecidos en la ley para la comisión de los delitos previstos en el artículo 119 CP –aun cuando en la práctica pueden darse combinadamente-, son medios alternativos, que no necesitan concurrir conjuntamente con la acción típica para concretar la infracción, sino que es suficiente con que concurra uno sólo, de forma disyuntiva o separada entre ellos⁷⁸.

Además, debe quedar en claro que lo que define la infracción no es la actitud de la víctima del delito, esto es, si en el caso concreto ha ofrecido más o menos resistencia o si no ha ofrecido ninguna (por cuanto la determinación de un delito debe ser ponderada desde la perspectiva del autor, no desde la víctima), sino la conducta violenta o intimidatoria del violador –en los modos y formas que se explicarán más adelante-, de manera tal que aquella visión tradicional de la “resistencia” del sujeto pasivo (aun imperante hoy día en alguna doctrina y jurisprudencia) sea desterrada, definitivamente, como idea central sobre la que debe girar la configuración del delito de violación⁷⁹.

⁷⁸ Así, Cadena Serrano Fidel A., Estudio sobre violencia familiar y agresiones sexuales, T.III, pag. 252, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000. Igualmente, Cugat Mauri Mairian, en Comentarios al Código penal, parte especial (Dirs.: Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán), T. I, pag. 238, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

⁷⁹ En parecidos términos, García Valdez Carlos y Figueroa Navarro Carmen, El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica, en Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, pag. 386, Dykinson, Madrid, 2005; igualmente, Cugat Mauri Mirian, en Comentarios al Código penal, parte especial (Dirs.: Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán), pag. 328, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004. Véase, asimismo, González Rus Juan José, ¡No! y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales), en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T.II, pags. 2011 y sig., Madrid, 2008. Se muestra partidaria de imprimir menos rigor en la apreciación de la resistencia, Carmona Salgado Concepción, Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de las agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error legislativo, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, pags. 1170 y sig., Thomson-Civitas, Navarra, 2005. Advierte Queralt Jiménez la incorrección de aquellas posturas que priorizan la resistencia por sobre otras circunstancias del delito, “porque el tipo nada dice respecto al grado de fuerza típico; por tanto, situar el umbral de la violencia física en las esferas de lo inalcanzable supone, de hecho, no entender como delito lo que es un acto

En esta dirección comienza a encaminarse la jurisprudencia más reciente, pudiendo citarse la que sigue a continuación: “la resistencia de la víctima quizá ni siquiera tendría que ser seria en tanto que lo verdaderamente definidor de la infracción es la actitud violenta, agresiva, amenazante e indiscutiblemente criminal del violador (ésta sí que tiene que ser racionalmente seria y decidida), ante lo cual poco le cabe hacer al sujeto pasivo como no sea encontrar todavía un mal mayor al poner en peligro, después de su libertad sexual mancillada, la integridad física o la vida misma”⁸⁰.

Pues bien, hechas estas aclaraciones, pasemos al estudio de los medios típicos tradicionales de la violación.

a) **Violencia.**

La violación siempre presupone, en más o en menos, el ejercicio de violencia. No es posible concebir el ataque sexual que importa la violación sin que exista un mínimo de violencia.

criminal grave. En segundo lugar, obligar a la víctima, normalmente la mujer, a haber demostrado una resistencia más propia de un mártir que de un ser humano normal en un trance como el de sufrir una agresión sexual, cuyo desenlace desconoce, implica una inadmisibile criminalización del sujeto pasivo, que tiene que demostrar lo herculano de su resistencia. Y, finalmente, restringir hasta lo indecible el concepto de fuerza, ampliando el de resistencia, comporta, en el fondo, partir de un apriorismo ideológico: la provocación por parte de la víctima; en efecto –sigue diciendo este autor– partiendo de un inicio de provocación por parte de la víctima se quiere convalidar la agresión, por decirlo, en una respuesta a la invitación de la víctima. Pero este argumento tropieza con un obstáculo: si hubiera existido invitación o, incluso, incitación a la relación sexual, el sujeto activo no hubiera debido recurrir a la violencia física” (conf. Derecho penal español, parte especial, 3ra. Edición, pags. 128 y sig., JM Bosch Editor, Barcelona, 1996).

⁸⁰ STS español, de 7 de octubre de 1998.

En palabras de Orst Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez, se puede decir que una agresión sexual no es un acto sexual violento, sino un acto sexual violentador ⁸¹, en el sentido de que no es suficiente con el ejercicio de violencia para que estemos frente a un acto sexual “violento”, pues bien puede apreciarse un “mínimo” de violencia también en las relaciones sexuales consentidas, por ej., tomar con fuerza los cabellos de la otra persona, pellizcos de distinta naturaleza en zonas pudendas, etc., que no son más que expresión de una suerte de *vis grata puellis*, sino que lo que caracteriza a la agresión sexual es la violencia desplegada “para” lograr una finalidad no deseada por la otra parte y que ha sido empleada para doblegar su voluntad contraria al comportamiento sexual.

Cabe recordar aquí estas expresiones de Bustos Ramírez: “La violación es punible – decía el jurista chileno- no por la actividad sexual en sí misma, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro”⁸².

Por *violencia* debe entenderse todo despliegue de energía física, humana o de otra índole (por ej. el poder del disparo u otra fuerza mecánica o fluida, o la fuerza animal), real o simulada, ante una víctima que la cree real (por ej. apuntar con un revólver descargado o

⁸¹ Conf. Orts Berenguer Enrique y Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 34, pag. 35, Valencia, 2001

⁸² Conf. Bustos Ramírez Juan, Manual de derecho pena, parte especial, pag. 134, Ariel Derecho, Barcelona, 1986. Entendiendo que todo abuso implica una forma de violencia, el ejercicio de esta para que sea constitutivo de violación, no es aquella violencia equivalente a la antigua *vis grata puellis*, esto es, la fuerza requerida para el acto sexual en sí mismo y que es “grata” (incluso, deseada) por los participantes. La violencia en la agresión sexual no es el “no, no, pero sí”, de la relación sexual grata, muchas veces deseada y buscada, por los protagonistas. Confr. sobre esta cuestión, los casos analizados por Suárez Rodríguez Carlos, en El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, pags. 140 y sig., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

falso), ejercida sobre o contra el cuerpo de otra persona (por ej. golpes o el disparo de un arma de fuego)⁸³.

Desde ya que debe descartarse de plano la tipicidad de la práctica sexual con un cadáver, puesto que con la muerte desaparece el sujeto de derecho, único posible a proteger en el ámbito de los delitos sexuales. En estos casos, ni existe bien jurídico que tutelar ni sujeto pasivo de una agresión sexual.

La violencia que requiere el tipo de injusto del art. 119 no se trata de un medio puramente moral, con incidencia en la psiquis del individuo (aun cuando alguna mella psicológica pudiere ser una consecuencia del empleo de la violencia), sino material o físico, que se ejerce contra o sobre otro sujeto, pero no queda alcanzado por el concepto de violencia la fuerza física ejercida sobre las cosas o *vis in rebus*⁸⁴ o terceras personas para lograr los objetivos propuestos. Esta clase de violencia constituye intimidación.

⁸³ Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, parte especial, T.IV, pags. 261 y sig., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964. En la misma obra, similar definición, T.V, pags. 222 y sig., ed. 1967. Parece sostener esta idea Alcácer Guirao Rafael, cuando se pregunta si hay alguna diferencia entre exhibir y esgrimir el arma, ¿puede –dice- considerarse esgrimir como el empleo de un arma?, en todo caso esa diferenciación vendría únicamente a trazar un diverso estrato cualitativo entre la intimidación y el uso de armas, pero no con la violencia física, cuya concurrencia, si se realiza con esos medios o armas, necesariamente va apresuponer su uso (conf. Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas, pag. 76, Atelier, barcelona, 2004).

⁸⁴ En el mismo sentido, Gómez Eusebio, Tratado de Derecho penal, T.III, pag. 103, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940: “el que escala o fractura las puertas de una habitación para llegar hasta una mujer, que luego se abandona voluntariamente, no comete la violencia constitutiva de la violación”; Caruso Fontán María Viviana, Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, pag. 193, Tirant Monografías, N° 391, Valencia, 2006; Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.III, pag. 283, TEA, Buenos Aires, 1970; Fontán Balestra Carlos, Tratado de derecho penal, parte especial, T.V, pag. 69, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969

La energía física puede provenir del propio autor o de un tercero (por ej. un partícipe), o de una energía animal, mecánica o de otra naturaleza⁸⁵, pero, en cualquier caso, debe ser ejercida sobre la misma persona con quien se quiere tener la relación sexual. Por ello, no habría uso de violencia en el hecho de golpear a quien se opone al ingreso a la habitación donde se encuentra la mujer con quien se va a llevar adelante la acción sexual por ella aceptada voluntariamente.

Entendemos que el disparo con arma de fuego⁸⁶ implica el ejercicio de violencia física, material, y no una forma de intimidación como algunos entienden, ya que constituye el despliegue de una energía física que, aunque no obra sobre el cuerpo de la víctima, se dirige directamente contra ella con la finalidad de lograr los objetivos propuestos, con prescindencia de la voluntad contraria del sujeto pasivo.

Somos conscientes de que esta última conclusión puede no resultar satisfactoria ni aceptada tan fácilmente por la doctrina, pues interpretada literalmente, da la sensación de estar más cerca de una modalidad de intimidación que de violencia física, pero si atendemos a las definiciones que se han aportado en torno de ella, podremos verificar una aproximación a nuestro concepto.

En efecto, Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez definen la violencia como toda energía física exterior a la víctima que, *proyectada sobre ésta* (destacado nuestro), la

⁸⁵ Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, parte especial, T.IV, pags. 260, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964.

⁸⁶ Distinto sería el caso, claro está, si el agente sólo ha exhibido el arma, por ej., mostrándola, portándola pero dejándosela ver a la víctima, etc. De todos modos, el uso de un arma de fuego dará lugar a un supuesto de abuso sexual agravado, en los términos del párrafo 4to., d), del art. 119, CP. Recapitulando, si el agente se limitó a exhibir el arma, entonces estaremos frente a una agresión básica cometida mediante intimidación (art. 119, primer párrafo, CP), si por el contrario, hizo uso del arma (efectuó el disparo, produjo golpes con el arma, atacó con el puñal, etc.) la figura aplicable es la agravante antes mencionada.

determina, por haber vencido su resistencia seria y continuada, a realizar o padecer un determinado acto sexual⁸⁷.

Si comprendemos correctamente las expresiones empleadas por estos autores (porque no se brinda, al respecto, alguna explicación o referencia que pueda aclararnos la cuestión), se podría afirmar que la expresión “proyectada sobre ésta” (la víctima) puede ser interpretada como comprensiva de una acción “dirigida” hacia el sujeto pasivo, aunque no haya recaído materialmente sobre su cuerpo, aunque no haya habido contacto físico, que es la postura que sustentamos nosotros anteriormente. Claro está, que no deja de ser una materia opinable.

Los antiguos códigos ochocentistas españoles penaban como violación el yacimiento con una mujer, entre otras circunstancias, “cuando se usare de fuerza o intimidación” (art. 429 ACP) y la doctrina de la época entendió que, al emplear la palabra “fuerza”, el texto estaba haciendo referencia a la violencia física⁸⁸. El término (fuerza) persistió hasta el Código penal de 1973, siendo reemplazado por el de “violencia”, expresión que ha permanecido invariable en las reformas que se sucedieron desde aquella época hasta la actualidad, sustitución que hizo decir a la doctrina que dicho cambio tenía el mérito de desconectarse de la exigencia de resistencia de la víctima –en cuanto para “forzar” es preciso vencer una

⁸⁷ Conf. Orts Berenguer Enrique y Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Los delictos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 34, pag. 31, Valencia, 2001. En pagina 33 nuevamente se afirma que “sólo es auténtica violencia en el sentido típico aaquella proyectada inmediatamente sobre el cuerpo de la persona que sufre el atentado sexual”, sin que se aclare si la frase debe entenderse como que la violencia es la que “recae directamente” sobre el cuerpo de lavíctima, vale decir, aquella que “hace contacto físico”, o si también es violencia aquella que se “dirige directamente” contra el cuerpo del sujeto pasivo, como podría ser, por ej. el disparo de un arma de fuego.

⁸⁸ Conf. Cuello Calón Eugenio, Derecho penal, parte especial, T.II, Vol. Segundo, 14 edición, (revisada y puesta al día por César Carmargo Hernández), pag. 588, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1975; Rodriguez Devesa José Maria, Derecho penal español, parte especial, 10 edición (revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez), pag. 179, Dykinson, Madrid, 1987.

previa “resistencia” del sujeto pasivo-, y de vincularse, por el contrario, con la ausencia o disminución de libertad de aquella ⁸⁹.

Si bien es verdad que puede ser compartible un razonamiento como el expuesto en el párrafo precedente, en tanto importa una relativización de la exigencia de la “resistencia” como elemento (implícito) del tipo penal, no lo es menos que, según nos parece, el cambio de palabras de un texto al otro no necesariamente debe implicar un cambio en la interpretación. Aquí da toda la impresión que nada ha cambiado. Antes –como se vio- el concepto de fuerza era equivalente al de violencia física; hoy, se puede decir que el concepto de violencia física es el mismo que de la fuerza se tenía entonces. Por lo tanto, nada ha cambiado.

Claro que, el problema que plantea la exigencia de resistencia de la víctima -antes y ahora-es un tema que debe ser objeto de una profunda revisión, cosa de ubicar el concepto de “violencia física” en sus justos límites y evitar, de tal modo, que –por una vía indirecta- se provoque en la víctima de la violación una dosis mayor de “victimización” al exigir en el tipo un elemento distorsionador que, por otra parte, no se encuentra previsto, ni expresa ni implícitamente, en él. O bien, exclamar –como lo hace el profesor González Rus- ¡No y basta!, como elemento suficiente para llenar el requisito legal de la voluntad contraria del sujeto pasivo a la pretensión sexual forzada del activo⁹⁰.

La violencia a que se hace referencia en el texto legal es la violencia física o *vis phisica* o absoluta del antiguo derecho. Se trata de una clase de violencia que importa el despliegue de una porción de energía (concepción objetiva) que se dirige o proyecta contra la víctima o recae directamente sobre ella. No es necesario que se trate de un supuesto de violencia extrema, basta con que se manifieste en un sentido de fuerza física a través de hechos materiales, por ej. golpes, empujones, disparo de arma de fuego, etc.

⁸⁹ Conf. Morales Prats Fermín y García Alberó Ramón, Comentarios al código penal, parte especial, Aranzadi, 1996

⁹⁰ Conf. González Rus Juan José, ¡No! y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales), en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, pag.2029, Edisofer, Madrid, 2008.

Tampoco tiene relevancia el grado o intensidad de la violencia ejercida por el agente activo, ya que lo que importa es que haya servido al autor, en el caso concreto, para alcanzar el fin propuesto. Con otros términos –en palabras de Gimbernat Ordeig-, es suficiente con que la violencia (o la fuerza) haya sido eficaz para doblegar la voluntad de la víctima⁹¹.

Ahora bien, debemos preguntarnos: ¿qué pasa si el sujeto ejerce violencia sobre la víctima, con el fin de maltratarla (sin intenciones de abusar sexualmente de ella), pero cuando la tiene en sus manos (por ej. desmayada o sin fuerzas para oponer una mínima resistencia), aprovecha esta circunstancia y la viola?

Con otros términos, ¿el concepto de violencia física es un concepto meramente objetivo o debe ir necesariamente conectado a la finalidad que persigue el autor?, pues –como vimos en el ejemplo anterior- el sujeto puede ejercer violencia sin intenciones de abusar sexualmente del sujeto pasivo, o al revés, el objetivo perseguido no es doblegar la voluntad contraria de la víctima sino abusar sexualmente de ella.

Ninguna de las dos opciones tiene sentido individualmente consideradas, sin el respaldo de una por la otra. Ni es suficiente un concepto meramente objetivo, que se independice de lo subjetivo, ni a la inversa. El concepto de violencia física en la agresión sexual no tiende a lograr el vencimiento de una barrera, traba u obstáculo que pudiere oponer la víctima, sino a lograr la realización de la conducta sexual esperada mediante el empleo de una porción de energía física, aun a costa de la voluntad contraria o del disenso del sujeto pasivo.

Por lo tanto, si logra tal objetivo, el delito quedará perfeccionado. Entonces, hay que admitir que el concepto de violencia debe determinarse mediante criterios objetivos-subjetivos que se complementan entre sí, y así debe ser entendido.

⁹¹ Conf. Gimbernat Ordeig Enrique, Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria, en Estudios de Derecho Penal, pag. 228, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980.

La jurisprudencia tiene resuelto que los elementos que debe reunir el concepto de violencia física son, entre otros, el acometimiento, la coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima ⁹².

En opinión de Díez Ripollés, se incluyen casos de fuerza física directa sobre el cuerpo del sujeto pasivo, por ejemplo, a través de actos de sujeción. Asimismo, se comprenden los supuestos en los que se emplea la denominada “fuerza física corporal a distancia”; valga de cita el caso en que el autor encara con su arma o puñal a la víctima, dispuesto a disparar o asestar el golpe si la víctima persiste en su resistencia o la inicia⁹³. Si bien es verdad que el profesor Díez Ripollés tiene una postura particular acerca de la resistencia de la víctima – que no compartimos-, no lo es menos que en el concepto de violencia que nos brinda queda abarcado en forma explícita el supuesto del uso de un arma de fuego para lograr el fin propuesto por el agresor, coincidente con la tesis que sostenemos más arriba.

La violencia debe recaer sobre (o estar dirigida hacia...) el cuerpo de la víctima, con el fin de procurar lograr los objetivos sexuales propuestos; si, en cambio, recayere sobre un tercero, nos encontraríamos ante un supuesto de intimidación.

El *uso de sustancias estupefacientes, químicas o similares*, con la misma finalidad, entendemos debe quedar comprendida en el concepto de violencia⁹⁴. En algunos

⁹² STS español, Sala 2da., 17 de septiembre de 2002.

⁹³ Conf. Díez Ripollés José L., Comentarios al código penal, parte especial, pag. 292, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁹⁴ Pueden verse distintas situaciones por el uso de estas sustancias, en Suárez Rodríguez Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, pags. 196 y sig., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995. Para un análisis de la situación con anterioridad a la reforma de 1989, véase González Rus Juan J., La violación en el código penal español, pags. 270 y sig., Granada, 1982. También, con mayores especificaciones, Caruso Fontán María Viviana, La utilización de psicotrópicos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación, La Ley N° 8061, Sección Doctrina, 12 de abril de 2013, año XXXIV, Editorial La Ley. Igualmente, una detallada información en Brage Cendán Santiago B., El

ordenamientos, la cuestión está resuelta en forma expresa. Es el caso del código penal argentino, en el que se establece que “queda comprendido en el concepto de violencia el uso de medios hipnóticos o narcóticos” (art. 78 CP), de manera que su uso para lograr el fin sexual (o doblegar o anular la voluntad contraria de la víctima), da lugar al delito de violación por el empleo de violencia. Se discute, eso sí, el caso de la víctima que admitió –o consintió– la ingesta y, posteriormente y no pudiendo por tal motivo rechazar o expresar su disenso al acto sexual, es sometida sexualmente por el agente, en cuyo caso, para alguna doctrina, se estaría igualmente ante el delito de violación⁹⁵.

En el derecho comparado europeo si bien no es muy frecuente el uso de fórmulas normativas expresas que regulen el uso de estas sustancias como circunstancias agravantes de determinados delitos, o bien que lo equiparen al concepto de violencia propio de una específica modalidad de delito sexual, en algunas de ellas se encuentran establecidas ciertas modalidades de acción que se prevé como fórmulas generales. Así, por ejemplo, el art. 613 del Código penal italiano establece una fórmula genérica, según la cual, “quien mediante sugestión hipnótica o en vigilia, o a través de la suministración de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o por cualquier otro medio, produzca en una persona, sin su consentimiento, un estado de incapacidad para comprender y querer, será castigado con la pena de prisión de hasta un año. El consentimiento dado por las personas indicadas en el último párrafo del art. 579 no excluye el castigo. La pena será de prisión hasta cinco años: 1) si el culpable ha actuado con el fin de cometer un delito; 2) si la persona incapacitada comete, en tal estado, un hecho previsto por la ley como delito”.

El Código penal francés tampoco tiene referencias respecto del uso de sustancias estupefacientes, químicas o similares que puedan incidir en la tipificación o en la pena de

delito de abuso sexual por el uso de sustancias químicas, Diario La Ley N° 8216, Sección Doctrina, 20/12/2013, año XXXIV, Editorial La Ley.

⁹⁵ Así, Reinaldi Víctor F., Los delitos sexuales en el Código penal argentino, Ley 25.087, pág. 50, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999. Ver, sobre el particular, De Luca Javier y López Casariego Julio, Delitos contra la integridad sexual, pag. 57, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

las agresiones sexuales. En el art. 222-22 se establece que “Constituye una agresión sexual cualquier atentado sexual cometido con violencia, coacción, amenaza o por sorpresa”, mientras que en el art. 222-23 relativo a la violación, dispone que “todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza, cometido sobre persona ajena con violencia, coacción, amenaza o por sorpresa constituye violación. La violación será castigada con quince años de reclusión criminal”. Como se puede apreciar, en la legislación francesa el uso de estas sustancias para anular la voluntad de la víctima y consumar el atentado sexual, sólo podrá ser castigado si se acude a un concepto amplio de violencia que abarque el empleo de aquellos productos con una finalidad sexual.

En el derecho penal alemán tampoco se observan disposiciones específicas relacionadas con la temática en cuestión. En efecto, el parágrafo 177 del StGB castiga como violación: “Quien a otra persona: 1) con violencia, 2) por medio de amenaza de peligro inminente para la vida o la integridad corporal, 3) aprovechándose de una circunstancia en la que la víctima queda sin protección por influjo del autor, la obliga a soportar sobre si misma acciones sexuales del autor o de un tercero, o a practicárselas al autor o a un tercero, será castigado con una pena privativa de libertad no inferior a un año”.

Esta falencia que se advierte en la legislación europea de castigar en forma expresa el uso de estas sustancias para la realización de un acto sexual, quizá haya movilizó a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para que en el año 2007 efectuara una recomendación a los países signatarios para que incluyan en las listas de sustancias controladas todos aquellos productos susceptibles de ser empleadas en la comisión de este tipo de delitos.

En una misma dirección, la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas, en la Resolución 53/7, llama la atención de los Estados para que incluyan en sus legislaciones circunstancias agravantes para los delitos sexuales que se cometan mediante el uso de sustancias psicoactivas.

En lo que respecta a la *duración* de la violencia, cabe entender que no resulta necesario que la misma deba persistir durante todo el tiempo de duración del acto sexual, pues es del

todo posible que la víctima, agotada o viéndose perdida frente al ejercicio de violencia por parte del agresor, o bien renuncie para evitar males mayores o lo haga estimando inútil el esfuerzo tendiente a enfrentar la violencia desplegada por el autor. Todas estas situaciones, u otras similares que pueden darse en un contexto de violencia sexual, por ej., que a fin de evitar mayores daños la víctima requiera el uso de preservativo, u ofrezca al agresor un coito vaginal a una felación, creyendo que de ese modo padecería un mal menor ⁹⁶, no deben ser entendidas como equivalentes a la prestación del consentimiento, pues si hay algo aquí que anule o prive de eficacia al consentimiento es, precisamente, el carácter violento de la conducta del agresor y la negativa opuesta por la víctima.

Se han presentado dudas en la doctrina acerca de la incardinación de las *prácticas sexuales sadomasoquistas* ⁹⁷ en el delito de violación sexual, debido, precisamente, al

⁹⁶ STS español, de 7 de marzo de 1998.

⁹⁷ El origen del vocablo “*sadismo*” proviene del marqués de Sade, cuyo nombre verdadero fue Donaciano Alfonso Francisco, nacido en París el 2 de junio de 1740 y muerto el 2 de diciembre de 1814. En opinión de Benjamin Karpman, el *sadismo* es una neurosis parafílica en la cual el deseo de poder está sexualmente acentuado; es una forma de infantilismo psicosexual que se puede remitir a determinadas influencias en la infancia; todos los sádicos están fijados a objetos infantiles y son incapaces de hacer el amor físico; el sádico goza con el miedo, la ira o la humillación de su víctima y sus prácticas son variadas, por ej. el canibalismo, vampirismo, necrofilia. El sadismo es la satisfacción sexual obtenida infligiendo dolor, es la obtención de placer sexual por medio de actos de crueldad. El *masoquismo*, en cambio, es la búsqueda por motivos sexuales de aquello que normalmente sería doloroso. Está relacionado con el deseo de ser humillado, dominado, esclavizado, confinado, degradado. Mientras que el sadismo busca el placer sexual mediante el sufrimiento o dolor de otro, el masoquismo es la satisfacción sexual obtenida sufriendolo. El masoquista obtiene satisfacción de la idea de sentirse en situaciones humillantes. El masoquismo es el deseo de ser dañado por el compañero sexual para obtener placer o aumentarlo. Raras veces aparece un caso de sadomasoquismo puro, a menudo se encuentra asociado con infantilismo psicosexual, homosexualidad, sexualidad anal y urinaria, narcisismo, zoofilia, etc. (Conf. El delito y los delincuentes sexuales, N° 93, pags. 38 y sig., Horme-Pisología de Hoy, Ediciones Horme-Paidós, Buenos Aires, 1973). Para mayor información sobre este tipo de prácticas sexuales, véase Badanelli Pedro, Perversiones Sexuales (sadismo y masoquismo), Editorial Publiciencia, Buenos Aires, 1975; del mismo, El Derecho penal en la Biblia. Los grandes delitos

componente violento que caracteriza a tales prácticas, en las que se entremezclan el dolor y el placer. En principio –aun cuando la conducta orientadora de la finalidad sexual lo constituya la violencia, en sus más variadas formas-, el consentimiento dejaría al margen de la tipicidad este tipo de prácticas, pero, claro, es posible que dicho consentimiento se vea interrumpido y convertirse en rechazo frente a una práctica sexual no acordada o más violenta que la sugerida, las cuales son realizadas forzadamente, entonces –en estas hipótesis- hay que admitir la existencia del delito, aunque haya existido un consentimiento inicial.

A la misma conclusión se debe arribar en aquellos casos en los que la víctima, pese al rechazo inicial de la relación sexual, cede en su resistencia movida por el placer sexual, en una suerte de *colaboración* con el agresor. Existe el delito por cuanto la relación sexual ha sido, en definitiva, el efecto o la consecuencia del ejercicio de violencia empleado por el autor. Las acciones (u omisiones) que la víctima desarrolle con posterioridad, carecen de significación desinclinadora.

En suma, la violencia es, entre otros, el elemento central de la violación sexual. Sin violencia no es posible un delito sexual “violento”, por más obvia que sea esta afirmación, puesto que –como vimos- existen formas o modalidades de la violencia que conducen hacia la perfección del delito y otras que no, por más intensidad que ellas posean al momento en que son desplegadas por el agente, pero, en cualquier caso, la violencia siempre habrá de ser el medio o el vehículo que le haya permitido al agresor la realización de la acción sexual propuesta.

sexuales, Editorial Tartessos, Buenos Aires, 1959, igualmente, Bajaría Juan Jacobo, Sadismo y masoquismo en la conducta criminal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959; y Chrysolito de Guzmán, Delitos sexuales, 4ta. ed., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, especialmente el Capítulo II (pags. 58 y sig.); Breglia Arias Omar, Homicidios agravados, pags. 311 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009.

b) **Amenaza.**

El profesor Ernesto J. Ure, en un claro intento de distinguir la violencia de la intimidación, decía lo siguiente: así como la violencia es energía física consumada, la amenaza es energía física anunciada⁹⁸.

La amenaza, en efecto, es el anuncio de algo, de un mal, que puede irrogar un daño a otra persona. No se intimida a un sujeto a través del anuncio o comunicación de una noticia favorable o auspiciosa, sino de una que tiene como objetivo concretar un mal, algo que puede resultar perjudicial para los bienes e intereses del sujeto pasivo (vida, integridad, patrimonio, etc.). Pero, la intimidación no se concreta en una acción humana que es desplegada para tales o cuales finalidades, sino que es el resultado de una acción, es la consecuencia causada por la conducta del autor (miedo, temor, angustia, depresión, etc.).

La amenaza no se manifiesta como el despliegue de un ejercicio de fuerza en sentido material o físico (aun cuando pudiera implicar un mínimo de esfuerzo físico). La intimidación también es una forma de violencia, pero violencia moral (no física, en sentido estricto), es la “*vis compulsiva*”, cuyos efectos pueden ser similares a los que produce el empleo de violencia física, por cuanto presupone una “víctima intimidada”, esto es, una víctima psicológicamente afectada.

De aquí que la violencia física actúa o se dirige contra el cuerpo del sujeto pasivo, mientras que la amenaza actúa sobre la psiquis de la víctima, produciendo miedo, temor, etc., ante la posibilidad de la realización del mal anunciado.

⁹⁸ Conf. Ure Ernesto, Once nuevos delitos, pag. 16, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

Si bien algunos distinguen entre la intimidación y la amenaza, aquélla en realidad es un efecto y ésta una causa, pues ambos conceptos se encuentran estrechamente vinculados entre sí, hasta el punto de que se habla de la “intimidación constituida por la amenaza” (subrayado nuestro) como aspecto singular para destacar el logro de los objetivos propuesto por el agresor para que la mujer acceda al yacimiento⁹⁹.

La intimidación no existe por sí misma, sino por causa de la existencia de una amenaza previa que ha actuado sobre la psique del sujeto pasivo y ha generado aquélla. De aquí que la amenaza es el medio empleado por el autor para lograr aquél resultado o aquella consecuencia. En suma, se podría decir que la amenaza es la causa y la intimidación es el efecto¹⁰⁰.

La intimidación es el miedo o el temor provocados, mientras que la amenaza es la herramienta utilizada para provocarlos.

En síntesis, la amenaza es el anuncio de un mal, mientras que la intimidación es el mal anunciado, es el temor a que sucede dicho anuncio. Decir ¡te mataré!, es amenazar; causar el temor que sucede a ese anuncio, esto es, provocar el miedo a la muerte, es intimidar.

Como puede apreciarse, ambas modalidades se enmarcan en límites muy difusos. Hasta podría afirmarse que no puede darse la intimidación sin que se materialice una forma de amenaza. La una no es posible sin la otra. La amenaza (anuncio de un mal) es el vehículo que sirve de medio para llevar adelante la intimidación (el temor causado por aquel mal anunciado).

La amenaza es una acción, mientras que la intimidación es un resultado, es el efecto causado por aquella.

⁹⁹ Conf. Polaino Navarrete Miguel, Introducción a los delitos contra la honestidad, pag. 54, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, N° 25, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975.

¹⁰⁰ En el Código penal esta relación de medio a fin entre la amenaza y la intimidación se aprecia con mayor claridad en el delito de amenazas simples del art. 149 bis, cuyo texto dice: “...el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas”, en donde se puede verificar claramente que la amenaza es un medio para lograr la alarma o amedrentamiento del sujeto pasivo, esto es, su intimidación.

Ahora bien, ¿la intimidación debe medirse con un criterio objetivo o con un criterio subjetivo?, vale decir, si lo que debe tenerse en cuenta en el caso concreto es el efecto psicológico (miedo, temor, angustia, etc.) padecido por el sujeto pasivo o, por el contrario, lo que hay que tener en cuenta es únicamente la entidad o gravedad de la amenaza proferida o transmitida a la víctima (que no acusó el efecto del mal anunciado) por parte del sujeto activo, por cuanto es sabido que la amenaza no solo puede ser comunicada o anunciada mediante palabras sino también mediante gestos, signos, objetos, situaciones ambientales, etc., o, en fin, hay que tener en cuenta ambas situaciones.

Con otros términos, ¿cómo debe medirse el sentido y alcance (la gravedad) de la amenaza para que genere el efecto intimidatorio buscado, debe acudirse a criterios objetivos o a criterios subjetivos, o a ambos?.

El profesor Polaino Navarrete ¹⁰¹ -criticando la tesis de Gimbernat Ordeig ¹⁰²-, entiende que el criterio inspirador de la interpretación no debe ser ni subjetivo puro, por cuanto fácilmente se prestaría al arbitrio, ni objetivo estricto, ya que llevaría a asimilar y medir con una pauta única situaciones que de suyo son diversas, porque vienen a diferir en cada caso las indeclinables circunstancias personales que dan lugar a la mismas. El criterio objetivo, señala el profesor de Sevilla, representa, en cuanto momento ideal de remisión, la imagen paradigmática rectora de esta materia “in abstracto”, con expresa referencia a la cual debe ser decidida la gravedad de la amenaza conforme a una determinación subjetiva de idónea y viable adecuación a las peculiares características que ofrezca cada caso concreto. La amenaza legal supone un comportamiento delictivo de gravedad intrínseca tan elevada que sea equiparable “in principio” a un ataque injusto a la vida humana. Pero tal exigencia sustancial no es en modo alguno incompatible con la idea de la proporcionalidad y

¹⁰¹ Conf. Polaino Navarrete Miguel, Introducción a los delitos contra la honestidad, pag. 56, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, N° 25, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975

¹⁰² Conf. Gimbernat Ordeig Enrique, Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria, en Estudios de Derecho Penal, pags. 232 y sig., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980. La tesis de este autor también fue objeto de críticas por Orts Berenguer Enrique y Suárez-Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cit., pags. 48 y sig.

adaptación a las circunstancias específicas ni a las singulares condiciones anímicas, espirituales y emocionales inherentes al presupuesto antropológico del tipo delictivo, que muestran en este caso relevancia en el plano psíquico de la voluntad del sujeto pasivo del mismo. A través del presente entendimiento se previene, de otro lado, frente a posibles –y, a veces, efectivos-, errores técnicos de apreciación axiológico-valorativa de nuestro legislador, el cual, lejos de ser infalible en la conminación de sanciones penales justas, en ocasiones (no tan infrecuentes como puede creerse) recurre a medios más o menos artificiales y objetivos para la determinación positiva de la pena y a criterios de fundamentación de ésta que poco tienen que ver, en rigor, con la entidad y relevancia de los respectivos bienes jurídicos protegidos y de los ataques típicos a los mismos.

Es verdad que la determinación de la “gravedad” (o intensidad) de la amenaza, ha sido –y sigue siendo- un problema de difícil solución. Seguramente los criterios de corte objetivo, que apuntan a la gravedad de la pena como elemento de ponderación, o los criterios de naturaleza subjetiva, que atienden puntualmente a la situación anímica, psicológica, espiritual, etc., de la víctima que padece la intimidación, no brindan, aisladamente, una solución del todo satisfactoria. Creemos que un modelo mixto, que determine una complementación de ambos criterios, puede suministrar una razonable solución desde el punto de vista sistemático y finalista de la cuestión, el cual exija para arribar a un resultado el análisis de cada caso en particular. Pero, no obstante ello, entendemos que debe primar, en la ponderación, un criterio subjetivo, el cual surgirá del análisis del caso concreto.

Nadie discute que una amenaza implica el anuncio de un mal “futuro”, afirmación que tampoco podría ser discutible, habida cuenta de que el sólo hecho de estar profiriendo la amenaza ya implica el transcurso de un tiempo, el cual -va de suyo- siempre se dirige hacia adelante, hacia el futuro. Por lo tanto, el concepto de “inmediatez” propuesto por alguna doctrina para distinguir ambas situaciones, es un concepto artificial, que carece de toda significación y relevancia, ya que nunca podría concretarse esa tal inmediatez frente a un sujeto que profiere una amenaza, vale decir, que nunca podría concretarse, en el mismo momento temporal, la actividad sexual pretendida por el agente con la producción del temor (intimidación) que implica la anunciación del mal. Siempre habrá de transcurrir un lapso entre la amenaza y la producción del daño. Por lo tanto, la situación dilemática en la

que se coloca al sujeto pasivo por causa de la amenaza (se somete al agente o afronta el mal), es inevitable; siempre la víctima tendrá (si se quiere “a su favor”) –pese a la opinión contraria de Gimbernat Ordeig ¹⁰³-, la opción de elegir entre soportar el mal anunciado o acceder a los requerimientos sexuales del agresor, aun cuando –en rigor de verdad- la opción también es artificial, ya que la víctima tendrá que elegir, siempre, entre dos males posibles.

Nos preguntamos, ¿por qué motivos no ha de ponderarse como eficaz una intimidación “no muy grave”, de poca entidad desde el punto de vista naturalístico, si la víctima efectivamente se ha intimidado, esto es, ha sido afectada en su capacidad de decidir libremente acerca de la opción preferible en el marco de su actividad sexual?. Claro está que si la víctima no sintió miedo, pavor, temor, pánico, etc., respecto del mal anunciado por el agresor, no se estará en presencia de una “víctima intimidada”, que es lo que la ley penal exige para la perfección del delito. No se requiere una víctima amenazada sino una víctima intimidada, que es cosa diferente.

Lo mismo puede decirse del mal futuro, del que la víctima pueda escapar (lo cual le permite, por ej, pedir auxilio), situación que para algunos autores queda al margen de la intimidación exigida por el legislador ¹⁰⁴, por cuanto el tipo penal no exige que el mal anunciado sea de causación inmediata, sino que sólo requiere que el autor haya utilizado intimidación, esto es, que haya hecho uso del temor padecido por la víctima para la concreción de sus apetencias sexuales. Exigir la inmediatez o inminencia del daño es exigir más de lo que la ley penal exige, ya que –como antes se dijo- el mal que se anuncia mediante la amenaza siempre habrá de ser futuro. No resulta posible amenazar con hechos

¹⁰³ Conf. Gimbernat Ordeig Enrique, Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria, en Estudios de Derecho Penal, pags. 233 y sig., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980, en la que afirma que por muy grave que sea la amenaza, no habrá violación si no se exige el yacimiento inmediato bajo la amenaza de realizar el mal inmediatamente también.

¹⁰⁴ Con esta opinión, Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la libertad sexual, pag. 93, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1995.

pasados o presentes, pero sí con hechos próximos (dentro de un rato te golpearé) o lejanos (dentro de un mes te golpearé) ¹⁰⁵.

Todo aquí es relativo, ha dicho el profesor Ricardo Núñez, con lo que se quiere decir que hay que estar al caso particular. Es claro que esta tesis deja en manos del juez la solución – con los riesgos que ello implica para la seguridad jurídica-, pero repárese en este ejemplo: decir a una persona ¡si no tienes relación sexual conmigo te caerá una estrella en la cabeza!, ¿existe en esta frase una amenaza, que tenga suficiente entidad como para generar miedo en la víctima?. La respuesta no puede ser categórica, no puede ser un sí o un no, sino que habrá que estar al caso particular, ya que no será lo mismo -ciertamente- lanzar la frase para que la reciba una persona que vive en el campo, con escasa cultura, en un ambiente en el que los mitos, costumbres y leyendas, etc. son fuente de la cultura popular, que proferirla ante una persona universitaria que vive en la ciudad; inclusive, no habrá de ser lo mismo que la frase la reciba un niño de corta edad que una persona adulta, situaciones que ponen en evidencia que las características que debe reunir la amenaza -exigidas por la doctrina- son siempre relativas, debiendo ser sometidas a una ponderación circunstanciada, esto es, en un marco de circunstancias de persona, tiempo, modo, lugar, etc.

En nuestra opinión, la solución a esta problemática debe buscarse –como dijimos- en el propio caso concreto, pues –como ha puesto de relieve Núñez-, el daño anunciado, por su naturaleza o forma, debe haber intimidado a la víctima, vale decir, debe haberle infundido miedo que doblegue su resistencia (para nosotros sería mejor decir “tuerza su voluntad contraria”).

El juicio sobre esto debe atender a las circunstancias; todo aquí es relativo. Lo que en un caso no ha sido intimidatorio para el sujeto pasivo, por haber advertido la falta de seriedad o de eficacia o realidad del anuncio, lo puede ser para un espíritu menos sereno o analítico, o menos cultivado. El punto de mira, habiendo un anuncio de esta especie por parte del autor, no está esencialmente en el anuncio objetivamente mirado, sino en lo que realmente

¹⁰⁵ Los ejemplos son de Ure Ernesto J., *Once nuevos delitos*, pags. 20 y sig., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

pasó en el alma de su destinatario: si frente al anuncio de un mal objetivamente débil, la víctima se atemorizó en forma incluso reprochable, la intimidación existe¹⁰⁶.

De aquí que no resulta para nada satisfactorio definir la “intimidación” como “la amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo”¹⁰⁷ o manifestar que “La intimidación equivale a las amenazas”¹⁰⁸, pues la intimidación “no es la amenaza”, ni mucho menos, sino el efecto de aquella.

El código penal no habla de intimidación sino de amenaza. No significa lo mismo –como antes se puso de relieve- decir “el que amenazare”, que decir “el que...utilizare intimidación”, pues, en el primer supuesto, es suficiente con la acción desplegada por el agente, mientras que en el segundo es necesaria la causación de un resultado que produce un efecto determinado en el sujeto pasivo (el miedo o temor del sujeto pasivo)..

De allí que algunos autores hayan puesto de manifiesto el acierto de aquellas legislaciones que han empleado la expresión “intimidación” antes que “amenaza”, por cuanto permiten considerar, no la amenaza en sí misma sino el efecto psicológico que

¹⁰⁶ Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, parte especial, T.IV, pag. 263, Bibliográfica Omeba, Buenos aires, 1964. En un mismo sentido, Ure Ernesto J., para quien no es tarea sencilla dar criterios distintivos de la gravedad o lenidad de la amenaza. No pueden darse pautas *ex ante* válidas para todos los casos sobre el poder atemorizante de la amenaza, sino que debe apreciarse en concreto, *ex post*, conforme al conjunto de circunstancias de tiempo, lugar, personas, edad, sexo, condiciones intelectuales de la víctima. Es “grave” cuando, de acuerdo a esas particularidades del caso, posee potencia para infundir temor. No tendrá la misma incidencia la dirigida al astudizo, al tímido, al supersticioso, al ignorante, que al hombre corriente. La empleada para coaccionar a un adolescente puede no tener idoneidad para constreñir a un adulto; la suficiente en un bosque y de noche, puede ser insuficiente de día y en una ciudad (conf. Once nuevos delitos, pag. 17, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970).

¹⁰⁷ Así, STS, Sala Segunda, de 1 de julio de 2004, entre otras, cit. por Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, Tirant Monografías, N° 392, pag. 95, Valencia, 2005.

¹⁰⁸ Así, Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, Tirant Monografías, N° 392, pags. 95 y sig., Valencia, 2005.

produce. Lo que la ley tiene en cuenta –se ha dicho– no es la amenaza en sí, sino su efecto psicológico, o sea la intimidación¹⁰⁹.

En el marco de estos lineamientos, entonces, se puede definir la amenaza como *el anuncio de un mal que causa en la víctima miedo o temor, colocándola en una situación dilemática: afrontar el mal anunciado o someterse a los requerimientos (sexuales) del agresor*.

No obstante lo expuesto, la doctrina entiende que el mal (la intimidación) con el que se amenaza a la víctima debe revestir ciertas características: debe ser grave, injusto, determinado, futuro y dependiente de la voluntad del que amenaza, lo cual, para nosotros (volvemos a insistir), todo es relativo y circunstanciado. Claro que no será una intimidación valorable penalmente mostrar a un ciego los puños, en señal de que se lo golpeará si no accede a tener acceso carnal, pero sí será una intimidación penalmente relevante decirle en palabras que se lo golpeará si no accede a la relación sexual.

Entre otros ejemplos que generan dudas acerca de la relevancia de la intimidación, es el de aquella mujer que es amenazada con difundir su edad, como un mal “no grave”, que carece de entidad como para encuadrar el hecho en un supuesto de intimidación. La postura podría compartirse, con las salvedades siguientes: en verdad, el hecho del ejemplo podría carecer de toda significación como para estimar que estamos frente a una hipótesis de intimidación, pero no lo es menos –como repetidamente hemos puesto de relieve– que

¹⁰⁹ Así, Gómez Eusebio, Tratado de derecho penal, T.III, pag. 108, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940. Igualmente, Fontán Balestra Carlos, Tratado de derecho penal, parte especial, T.V, pags. 72 y sig., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969. Distinguiendo las coacciones de las amenazas desde la perspectiva del bien jurídico protegido, afirma Creus que, “en tanto que el delito de coacciones ataca directamente la libertad de determinación del sujeto pasivo, procurando sustituir su voluntad por la del agente, las amenazas la atacan indirectamente, si se quiere, mediatamente, quebrantando la situación espiritual dentro de la cual el sujeto puede determinarse sin trabas de ninguna naturaleza, puesto que ellas, a diferencias de las coacciones, no persiguen, en sí, una manifestación externa del condicionamiento (es decir, una específica conducta del paciente), sino que les basta con perseguir el desarreglo intrínseco, espiritual, del que las sufre” (conf. Creus Carlos, Coacciones y Amenazas, en Cuestiones Penales, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, pag. 193, 1982).

también se debe tener en cuenta “cada caso en particular”, en el que deben evaluarse múltiples factores que circundan o rodean al hecho, por ej. la personalidad del sujeto pasivo, su edad, el lugar, el momento, el medio ambiente, su profesión o actividad laboral, etc., en suma, las circunstancias de tiempo, modo, persona y lugar.

En torno de esta cuestión, Caruso Fontán descrea respecto del caso que trae a colación y que fuera aportado por la Sentencia del 13 de octubre de 1969 (seguramente se está refiriendo a una sentencia del Tribunal Supremo español, pues no aclara este extremo), en la que se consideró como intimidación la conducta de un sujeto que, fingiendo ser Inspector de Moralidad, amenazó a una joven con contar a su familia que la había visto en unos fosos en actitudes inmorales¹¹⁰. Según nos parece, el caso mencionado por esta autora es un claro ejemplo de intimidación. No es lo mismo aquel caso, antes referido, de la amenaza con hacer pública la edad de la mujer –que podría generar dudas por la lenidad de la amenaza-, que éste que acabamos de ver. Aquél podría implicar una suerte de discusión acerca de la entidad de la amenaza, pero éste no admite duda alguna. La intimidación es patente.

Respecto del sujeto pasivo, se tiene dicho por la doctrina que el destinatario de la amenaza puede ser la misma persona con quien se pretende la relación sexual o un tercero, sin que resulte necesaria la existencia de vínculo alguno entre la víctima y el agresor. Pero, en cualquier caso, debe tratarse de una persona determinada, una o varias (no resulta descabellado pensar en un caso de amenaza a dos mujeres).

Alguna duda se ha presentado en el caso judicial relatado por Monge Fernández, en el que un padre amenazó a su hija con suicidarse si no accedía a mantener con él relaciones sexuales¹¹¹. Desde nuestra perspectiva, no aparece como irrazonable sostener la idea de

¹¹⁰ Conf. Caruso Fontán María Vivina, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant Monografías, N° 391, pag. 191, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

¹¹¹ STS, Sala Segunda, de 1 de octubre de 1999, cit. por Monge Fernández Antonia, en *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, pag. 98, Tirant Monografías, N° 392, Valencia, 2005, caso en el que, si bien el tribunal estimó la existencia de intimidación y, por tanto, de agresión sexual, para esta autora no concurre intimidación y, por consiguiente el delito de violación, por cuanto el mal no recae sobre la víctima ni sobre tercera persona a ella vinculada. En el mismo sentido se pronuncia Ure Ernesto J., en *Once nuevos delitos*,

que la intimidación ha recaído en la persona de la hija, pues bien pudo haber padecido el temor de la posibilidad de la muerte del padre y, frente a la creencia en ello, acceder a la relación sexual pretendida por aquél. Es verdad que el suicidio es el mal a sufrir por el propio autor de la amenaza, pero no lo es menos –según nuestro ver- que también puede ser un mal para la hija, como dijimos, por la probabilidad de la muerte de su padre, como un efecto colateral, y si tal efecto sucede, entonces se estaría ante un supuesto de intimidación y, por consiguiente, de una agresión sexual.

Pero, sin perjuicio de ello, volvemos a insistir en este aspecto, repetidamente expuesto, que, para determinar no sólo la existencia de intimidación sino también su entidad para causar el efecto propio de ella (el temor al daño o al mal que se anuncia), debemos estar a las circunstancias particulares de cada caso en concreto.

VIII. El consentimiento en los delitos sexuales

Las leyes penales no son –ni pueden ser- creaciones arbitrarias del legislador, sometidas a su propia voluntad, sin que, previamente, hayan pasado por un procedimiento de ponderación respecto de su vinculación con la sociedad. Una ley penal que no esté inspirada o no responda a la voz de la sociedad, sería una ley arbitraria y, por ende, violatoria del principio de legalidad.

cit., pag. 14, afirmando de que se trata de una amenaza de un mal contra sí mismo y no contra otro, a cuyo respecto equivale a una simple exhortación. Sin embargo, este autor hace la salvedad de que no puede descartarse la posibilidad que, en casos excepcionales, la amenaza repercuta sobre el tercero produciendo una auténtica limitación de la voluntad (hijo que amenaza al padre con que se suicidará si no repone el dinero que ha defraudado o autoriza su casamiento). Con una opinión similar, Creus Carlos, Amenazas y Coacciones, en Cuestiones Penales, Rubinzal-Culzoni Editores, pag. 223, Santa Fe, Argentina, 1982. De acuerdo con la solución del tribunal, Orts Berenguer Enrique y Suárez-Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cit., pag.55.

La ley penal siempre debe ser, consiguientemente, la consecuencia de una valoración previa de un interés, bien o valor que la sociedad reclama su protección. De aquí que una ley penal sólo puede encontrar justificación normativa dentro del sistema penal, si está encaminada a la protección de un bien jurídico. La antijuricidad de una conducta es relevante, en la medida que constituya un ataque o vulneración de un bien jurídico.

Lo injusto, que formalmente es la contradicción entre un acto y una norma encuentra su dimensión material profundizando en la misión que aquella norma transgredida cumple. Y, del mismo modo, sus normas sólo pueden orientarse a la protección de bienes jurídicos. Resulta así que un bien jurídico, en cuya custodia encuentra su fundamento el Derecho penal, es aquello que por haber sido atacado (destruido o puesto en peligro) confiera la plena característica de injusto al acto enjuiciado ¹¹².

No hemos de entrar aquí en el debate en torno a si el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido excluye la antijuricidad o antinormatividad (como causa de justificación) o excluye la tipicidad de la conducta (como causa de atipicidad), pero sí hemos de esbozar algunas breves consideraciones acerca de la temática en relación con los delitos contra la libertad sexual, que es el tema que ocupa nuestro interés en esta ocasión¹¹³.

¹¹² Conf. Quintero Olivares Gonzalo (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut), Curso de Derecho Penal, parte general, pag. 244, Cedes Editorial, Barcelona, 1997.

¹¹³ Sobre el consentimiento en derecho penal, existe una inacabable bibliografía, por lo que hemos de sugerir sólo aquella que ha consitado nuestro interés: Polaino-Otr Miguel, Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causa de atipicidad, en Cuadernos de Política Criminal, Segunda Epoca, N° 82-I, Zaragoza, 2004; Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho penal, parte general, 4ta. ed. corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malareé, pags.326 y sig., PPU, Barcelona, 1994; Kindhäuser Urs, El consentimiento en el derecho penal, Reflexiones desde la teoría de las normas, Boletim Da Facultade de Direito, N° 99, Universidad de Coimbra, 200; Roxín Claus, Acerca del consentimiento en el derecho penal, La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez, pags. 259 y sig., Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007; Casas Barquero Enrique, El consentimiento en el derecho penal, Córdoba, 1987; Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, pags. 647 y sig., IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008; Quintero Olivares Gonzalo (con la colaboración de Fermín

Desde nuestro punto de vista, el consentimiento o aprobación de la conducta, realizado por la persona que es titular del bien jurídico protegido, tiene la virtualidad de eliminar el tipo penal; se trata, por ende, de una causal de atipicidad de la conducta. Ello así, por cuanto no es posible concebir la existencia de un ilícito penal sin la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Si el titular del bien jurídico “libertad sexual”, aprueba y consiente en tener relaciones sexuales con otra persona, esto es, en expresar su voluntad de tomar una decisión en sentido positivo en materia sexual, disponiendo libremente de lo que es su propio interés (bien jurídico), entonces no existe delito sexual, por cuanto, aquí, el consentimiento juega un rol de excluyente de la tipicidad penal.

En los delitos de abusos sexuales –como ha puesto de relieve Cerezo Mir-, el consentimiento excluye el ataque a la libertad sexual y, con ello, la tipicidad de la conducta

114.

Morales Prats y Miguel Prats Camut), Curso de Derecho Penal, parte general, pags. 442 y sig., Cedes Editorial, Barcelona, 1997; Mir Puig Santiago, Derecho penal, parte general, 5ta. ed., pags. 516 y sig., Barcelona, 1998.

¹¹⁴ Conf. Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, pags. 648, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008. Con igual opinión, Roxín Claus, Acerca del consentimiento en el derecho penal, La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez, pags. 261, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007, al decir, “cuando una mujer consiente en el acto sexual, la conducta del hombre no puede ser típica de una violación”. Casas Barquero Enrique, El consentimiento en el Derecho penal, Córdoba, 1987, pags. 31 y sig.: “Existen figuras delictivas en las que junto a la existencia de un bien jurídico se protege la libertad de disposición (por ej., en el hurto, la violación o el allanamiento de morada); en otros delitos, es precisamente la libertad de disposición misma la que constituye el bien jurídico, esto es, la libertad de la persona, sin más (por ej. detenciones ilegales, coacciones, delitos contra la libertad en general). En estos supuestos, sin hay conformidad, es decir, falta oposición del sujeto pasivo con la realización de la conducta descrita, no se realiza el tipo de delito. Desaparece así la lesividad de la conducta. La existencia de delito supone el que haya de irse o actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y su libre ejercicio, no dándose, por el contrario,

El motivo decisivo para admitir que cualquier consentimiento efectivo excluiría el tipo-afirma Roxín-, radica en la teoría liberal del bien jurídico referida al individuo. Si los bienes jurídicos deben servir para el libre desarrollo del particular, no puede existir una lesión del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no afecta su libre desarrollo, sino por el contrario constituye su expresión...en un consentimiento efectivo, concluye el profesor de Múnich, desaparece el desvalor del resultado y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo de delito¹¹⁵.

La expresión válida del consentimiento implica la expresión de disposición del bien jurídico del que se es titular. Por lo tanto, al no existir un conflicto, un hecho (que en ello consiste, en definitiva, la prestación del consentimiento) para cuya resolución deba intervenir el derecho penal, no hay delito, por ausencia de tipicidad. Si dos personas adultas, capaces, se ponen de acuerdo para mantener una relación sexual determinada, no podría decirse que se trata de una “acción justificada” por el Derecho, sino de una acción que carece de relevancia para el Derecho. Las acciones neutras al Derecho también lo son para el Derecho penal; por lo tanto, el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido, prestado en condiciones normales de discernimiento, intención y libertad, esto es, que no haya sido obtenido o arrancado mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o cualquier otra forma de coerción, es totalmente eficaz y actúa destipificando la conducta.

El consentimiento para el acto sexual debe prestarse con anterioridad o simultáneamente a su realización y para un acto determinado. El consentimiento en Derecho penal –se tiene

cuando la voluntad del sujeto pasivo no resulta atacada. Así, ..., no puede configurar el delito de violación si la mujer mayor de doce años consiente en la habitación, ni hay delitos de abusos deshonestos cuando se tolera el acto impúdico”. En un mismo sentido, Suárez Rodríguez Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, pags. 313 y sig., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

¹¹⁵ Conf. Roxín Claus, Acerca del consentimiento en el derecho penal, La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez, pags. 268 y 272, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2007

dicho- ha de ser otorgado con anterioridad al acto que se autoriza y ha de prevalecer su validez en el momento del inicio de la acción¹¹⁶. No es válida penalmente la ratificación o la prestación de un consentimiento conferido después de la acción¹¹⁷.

Con ello se quiere decir que, si el agente avanza hacia otros actos sexuales no autorizados (por ej., le han sido permitidos besos y caricias y el sujeto activo accede carnalmente a su pareja), deberá ser responsabilizado por el último acto. La prestación del consentimiento no es trasladable ni intercambiable, implica –eso sí- un acto afirmativo o aprobatorio de una conducta, pero siempre es revocable. Puede ser otorgado en forma expresa o tácita, pero no presunta.

En suma, lo único importante en Derecho penal –dice Cerezo Mir-, es si el consentimiento constituye una expresión de la libertad de decisión de la persona¹¹⁸.

Si toda esta problemática tuviera relación únicamente entre personas adultas, o bien entre personas mayores de 13 años de edad, la cuestión se reduciría simplemente a determinar si el acto sexual fue la consecuencia de una situación de violencia, amenaza, engaño o cualquier otro tipo de coerción o aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, pues –como es sabido- a partir de los trece años el menor deja de ser menor vulnerable para la ley penal y su consentimiento libremente prestado tiene plena validez para el acto sexual de que se trate. Con otros términos, a partir de dicha edad, el menor adquiere plena libertad para determinarse con autonomía en sus preferencias y decisiones en materia de sexualidad.

El problema se presenta en menores de trece años de edad, pues la ley en estas situaciones etarias ha consagrado una presunción *iuris et de iure*, negándoles a dichos menores capacidad para consentir en autodeterminarse en materia sexual (art. 119, primer párrafo, CP), por lo que siempre existirá un abuso sexual cuando el acto sexual sea llevado

¹¹⁶ Conf. Casas Barquero Enrique, El consentimiento en el derecho penal, pag. 83, Córdoba, 1987;

¹¹⁷ Conf. Polaino Navarrete Miguel, El bien jurídico en el Derecho penal, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, N° 19, pag. 346, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

¹¹⁸ Conf. Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, pags. 651, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008;

a cabo con un menor de esa edad, aun cuando el agente activo no haya abusado de él. Esta normativa encierra al menor en un callejón sin salida, pues le prohíbe toda relación sexual con terceras personas, presumiendo que no tiene la edad, la capacidad ni la madurez necesarias (o suficientes) para conducirse y tomar decisiones libremente en su vida sexual, aunque, por supuesto, tenga algunas de estas condiciones en el caso concreto.

Pero, claro está que, para los casos de mayores de trece años de edad pero menores de dieciocho, aun cuando en estos supuestos estemos ante menores que han alcanzado la edad del consentimiento sexual, la libertad sexual de la que disponen es una libertad sexual a medias pues, en algunas hipótesis son objeto de una protección extraordinaria a través del delito de estupro¹¹⁹, mientras que en otras directamente no disponen de libertad para mirar una revista con imágenes pornográficas o para asistir a un espectáculo pornográfico¹²⁰.

Esta realidad normativa –que implica un sistema rígido, inflexible y automático al presuponer que toda relación sexual de un adulto (o de un menor de edad)¹²¹ con un menor de trece años es, por ese sólo hecho, ilícita-, se contrapone, no sólo con la propia dicción del primer párrafo del art. 119 del Código penal (cuyo texto exige una “acción sexual abusiva” con el menor de trece años), sino también con expresas disposiciones, tanto del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 26 y 639)¹²² como de la Convención sobre los

¹¹⁹ conf. Ribas Eduardo Ramón, Minoría de edad, sexo y derecho penal, pag. 228, Aranzadi, Navarra, 2013. Véase nuestra opinión respecto a esta cuestión en Tratado de derecho penal, cit., pag. 439 y sig.

¹²⁰ confr. nuestra opinión al respecto en Tratado de derecho penal, cit., pag. 491

¹²¹ El sistema, excesivamente rígido y automático del Código penal, al fijar la edad del consentimiento sexual a los trece años, impide que menores de ese límite etario mantengan una relación sexual con otras personas, aunque estas personas sean también menores de edad. Imaginemos una relación sexual entre dos menores, uno de 12 años y el otro de 15...¿debe ser considerado delito?. Sin embargo, la misma relación pero entre dos menores que han alcanzado la edad del consentimiento sexual, no es delito.

¹²² **Art. 26 CCyC: Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.** “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, *la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones

Derechos del Niño -aprobada por la Ley 23.849/1990 y declarada de aplicación obligatoria por la Ley 26.061/2005-¹²³, preceptivas que han abandonado el viejo modelo tutelar y paternalista de la anterior legislación civil para adoptar un nuevo modelo de capacidad de los menores enmarcado en un sistema flexible y dinámico, caracterizado por la autonomía y capacidad progresiva del menor, atendiendo no sólo a su edad sino también a su capacidad, desarrollo y grado de madurez.

Con arreglo, entonces, a la normativa vigente, el niño ha dejado de ser un sujeto instrumentalizado o cosificado por la institución familiar para pasar a constituirse en un “sujeto de derechos”, con capacidad para ser titular de derechos fundamentales (capacidad de derecho, art. 22 CCyC) y obrar en consecuencia (capacidad de ejercicio, art. 23 CCyC), conforme con el desarrollo de sus propias facultades para ejercer su derecho a elegir un determinado proyecto personal de vida y ser el propio autor de sus preferencias y deseos personales (régimen de capacidad o autonomía progresiva, art. 5 CDN) ¹²⁴.

El niño tiene, conforme el sistema jurídico en vigencia, capacidad de derecho y, como principio general, capacidad de ejercicio, con la salvedad de las limitaciones que impone el propio orden jurídico; por lo tanto, posee aptitud para actuar por sí mismo en la vida de

atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. La figura de la llamada *responsabilidad parental* surge del texto del **art. 639**, que establece: **Principios generales. Enumeración.** “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la *autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo*. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que *su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez*” (destacados nuestros).

¹²³ **CDN, art. 12:** “1. Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, *en función de la edad y madurez del niño*. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya se directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (destacado nuestro).

¹²⁴ **CDN, art. 5:** “Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (destacado nuestro).

relación ¹²⁵, de acuerdo a las prescripciones convencionales en vigor. Esta aptitud para valerse o tomar iniciativas por sí mismo, en forma autónoma, puede verse afectada –como se ha puesto de relieve- por la inmadurez mental y la insanidad mental, situaciones que generan de que el ejercicio de los derechos del menor queden en cabeza de sus representantes legales (art. 24 CcyC) ¹²⁶.

Por lo tanto y priorizando la normativa convencional-constitucional –aun cuando en ciertas situaciones el derecho penal se distancie de categorías o conceptos propios de otras disciplinas- entendemos que la edad no puede ser el único elemento que determine la ilicitud o no de una relación sexual con un menor de trece años (se trata sólo de un factor indicativo u orientativo), sino que, además de la “conducta abusiva” requerida por el propio tipo penal (art. 119)¹²⁷, se deberá ponderar, en cada caso en particular, el grado de desarrollo y madurez del niño¹²⁸, respetándose de tal manera su derecho fundamental a autodeterminarse –autónomamente- en la vida sexual¹²⁹.

¹²⁵ Conte-Grand Julio, en Tratado de Derecho Civil y Comercial (Sánchez Herrero Andrés, Director; Sánchez Herrero Pedro, Coordinador), T.1, parte general, pags. 342 y sig., La Ley, 2016.

¹²⁶ Conf. Conte-Grand Julio, op.cit., pag. 344.

¹²⁷ La “conducta abusiva” –como requisito imprescindible del tipo objetivo del delito de abuso sexual, ha implicado, según nuestro ver, una derogación implícita de la presunción *iuris et de iure* de la antigua redacción del art. 119 (anterior a la reforma de la Ley 25.087), de modo que la nueva redacción permite considerar la presunción relativa al consentimiento como *iuris tantum*, esto es, que se admite la posibilidad de probar en el respectivo proceso judicial no solamente la capacidad de ejercicio del menor de trece años (existencia de un desarrollo aceptable de la personalidad y grado de madurez suficiente como para comprender el acto realizado), sino la inexistencia de una “acción abusiva” por parte del agente activo, ya sea por la falta de una situación asimétrica etaria muy lejana entre los sujetos, o bien por la ausencia de aprovechamiento o manipulación del menor, convencimiento a través de engaño u otros artificios, interferencia de otras personas, sorpresa, prevalimiento, instrumentalización del menor, etc.

¹²⁸ Situaciones que habrán de determinarse en cada caso en concreto, merced al auxilio de las ciencias auxiliares (medicina, psiquiatría forense, pericias psicológicas, etc.).

¹²⁹ Para mayores detalles sobre nuestra posición respecto del consentimiento del menor en el campo de los delitos sexuales, véase Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de Derecho penal, parte especial, T.1, pags. 393 y sig., Editorial Astrea, 2009.

La violación en la pareja (matrimonio, uniones informales)

En los viejos códigos penales ochocentistas españoles, los sujetos intervinientes en un ataque sexual eran, el hombre (como sujeto activo) y la mujer (como sujeto pasivo). En la actualidad, la víctima de un delito sexual puede ser cualquier persona viva, sin que importen la edad o el sexo.

La normativa en vigor ya no se limita al sujeto pasivo “mujer”, sino que hace referencia al sujeto pasivo “persona”, el cual puede ser del sexo femenino o masculino. Ciertas perversiones sexuales, eso sí, como la necrofilia (acceso carnal a un cadáver) o los actos de bestialismo (actos sexuales con animales) no están abarcados por el tipo penal, pues en estas hipótesis no existe un sujeto de derecho posible, o una víctima, que determinar a los efectos del delito sexual.

Sin embargo, una antigua polémica doctrinaria y jurisprudencial acerca de la posibilidad de que pueda cometerse violación en el ámbito de la pareja (formal o informal), o cuando la agresión sexual es perpetrada en perjuicio de una prostituta, no se ha cerrado todavía, pese a las reformas sucedidas desde 1999 en adelante.

Seguidamente, nos ocuparemos de ambas cuestiones, empezando por la segunda, que es la que menores complicaciones y debates ha suscitado.

a) Violación de la prostituta

Hemos dicho en su lugar que lo que está en juego en este delito no es la condición moral de la víctima (honestidad, en la vieja expresión de la ley), sino su libertad individual de practicar el acto sexual con quien mejor le plazca y en la forma y condiciones bajo las cuales ha sido consentido o acordado.

En el estado actual de nuestro Derecho, el derecho de disposición sexual es idéntico para todos los individuos, tanto para la meretriz como para la mujer que no lo es. De ello se infiere claramente que la prostituta puede ser accedida carnalmente con violencia, como cualquier otra persona.

Advertía ya Cuello Calón en el siglo pasado: sujeto pasivo del delito de violación sólo puede ser la mujer (hacía referencia al art.429 del ACP), sea virgen o no, casada o soltera, de buena o mala fama, incluso una *prostituta* ¹³⁰.

Sin embargo, no todos pensaban de la misma manera. Durante la vigencia del antiguo Título III introducido en la versión original del Código penal, los delitos sexuales, violentos y no violentos, se encontraban ubicados bajo la rúbrica general de “Delitos contra la honestidad”, cualidad que se predicaba solo de aquellas mujeres que ajustaban su conducta sexual a las reglas morales imperantes en la sociedad de esas épocas. Con otros términos, la protección penal se dispensaba sobre las mujeres “honestas”, quienes eran, precisamente, las que tenían un comportamiento sexual acorde con los cánones morales de la época.

El Código penal español de 1822 puede servir de ejemplo para mostrar la protección penal dispensada por el legislador a la prostituta en materia de delitos sexuales. El art. 670 de aquel digesto establecía una reducción de pena cuando el delito se cometiere “contra mujer pública”, fijándose en otros preceptos distintas escalas penales cuando el abuso era cometido en perjuicio de “cualquier otra persona que no sea mujer pública, conocida como tal”, “mujer no ramera conocida como tal”, etc., disposiciones que fueron reiteradas en el Código penal de 1928, cuyo art. 600 establecía que “Si la mujer violada se dedicare habitualmente a la prostitución”, se impondrá al culpable la pena de uno a tres años de prisión.

La doctrina tampoco estuvo ajena a esta orientación. En opinión de Jiménez de Asúa¹³¹ y de Ramos¹³² -en oportunidad de comentar el delito de violación en la versión original del

¹³⁰ Conf. Cuello Calón Eugenio, Derecho penal, parte especial, 14^o edición, revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, T:II, pag. 585, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1975.

Código penal argentino-, debía rechazarse la posibilidad de comisión del delito de violación en los casos de ataques sexuales violentos a una prostituta, por cuanto la mujer de manifiesta vida inmoral carecía –según estos autores- del sentimiento de la honestidad, que era el bien jurídico protegido en el Título III del Código Penal, y que si la mujer no era honesta no cabía violar un bien jurídico inexistente, quedando solo como remanente la posibilidad del delito de coacción.

Quintano Ripollés, por su parte, postulaba una penalidad diferenciada según la condición moral de la víctima, mientras que Núñez sostenía una tesis que podía desdoblarse en dos frentes: por un lado –decía el maestro cordobés- , para sostener que el acceso violento o abusivo logrado con la meretriz constituye el delito de violación, basta señalar que por el solo hecho de tener esa calidad, patentada o no, la mujer no ha enajenado a cualquiera y en cualquier circunstancia el derecho de disponer sexualmente de sí misma, mientras que por otro lado afirmaba que la cuestión debía ser tratada de otro manera, si el prostíbulo instalado con arreglo a una reglamentación oficial el cliente que, habiendo cumplido la prestación que exige el servicio, lo logra violentamente o abusivamente, la violación queda excluida, porque la mujer carece de derecho a negarse al acceso, pero el cliente incurre en un ejercicio arbitrario del propio derecho, no punible como delito en el país ¹³³. Vale decir, que para Núñez la cuestión debía mirarse desde dos perspectivas: como principio general, todas las mujeres, incluso quien ejercía la prostitución, era acreedora de la libertad sexual y, por ende, tenía autonomía para decidir sobre su vida sexual, pero, desde otro punto de vista, hacía una distinción entre la prostituta tarifada y la no tarifada, concediéndole al cliente el beneficio de la impunidad en el primer caso, y no en el segundo. La tesis, como se podrá suponer, no podía ser aceptada.

¹³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *EL Criminalista*, 2da. serie, Buenos Aires, vol. III, p. 136.

¹³² Ramos, Juan P., *Curso de derecho penal*, 3ª ed., Buenos Aires, vol. V, p. 240: la menor de conocida vida manifiestamente inmoral no puede ser protegida por la pena de la violación.

¹³³ Conf. Núñez Ricardo C., *Derecho penal argentino, parte especial*, T.IV, pags. 251 y sig., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964.

La prostituta, sea que ejerza el meretricio en un prostíbulo –habilitado o no– o fuera de él (en la vía pública o en habitación particular), merece la protección de la ley penal. Todo acceso carnal violento, tendiente a hacer cumplir la negativa de prestarse al acto, haya o no habido pago de un precio, configura el delito que estamos estudiando¹³⁴. Toda persona, por su propia condición de tal, es tributaria de la libertad, en general, y de la libertad sexual, en particular.

En la actualidad, al ser la libertad sexual el bien jurídico protegido, con mayor razón aún todas las cuestiones que se habían planteado durante gran parte del siglo pasado con relación a la violación de una prostituta, han dejado de tener vigencia. Fueron ideas propias de un sistema socio-cultural enraizado en una sociedad clasista y discriminatoria que hoy por hoy no podrían sostenerse. Son ideas, en suma, que han perdido actualidad, tanto para la ciencia como para el Derecho.

b) *Violación en la pareja (formal/informal)*

La violación en la pareja, en especial entre cónyuges, implica una problemática que se debate desde antiguo y que en la actualidad ha adquirido nuevamente trascendencia por la incidencia que en la vida de las mujeres han alcanzado las cuestiones de género. Ya no se trata de enfocar la cuestión desde el mero discurso jurídico-penal sino desde la perspectiva de los derechos humanos.

Precisamente, luego de la aprobación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, UN), la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993 reconoció que los derechos de las mujeres son derechos

¹³⁴ Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, puede consultarse a GONZÁLEZ RUS, Juan J., La violación en..., ob. cit., ps. 302 y ss.; SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, ps. 278 y siguientes.

humanos, declarándose a la violencia contra las mujeres como un problema de derechos humanos.

No obstante, la problemática que genera la violencia sexual en general, y la violación en particular -especialmente entre cónyuges- no ha perdido actualidad en la doctrina penal, tanto que no deja de constituir un capítulo especial de análisis en cualquier estudio que aborde la cuestión del sujeto activo en las agresiones sexuales, especialmente las que se producen en el ámbito del matrimonio o de parejas informales.

La violación no implica solo un problema dogmático (ni, desde luego, biológico), se trata de un fenómeno que puede ser abordado desde múltiples perspectivas, entre ellas, claro está, el derecho penal bajo una mirada de género, cuya problemática trasciende el estrecho marco del Derecho positivo para ocupar un lugar prominente en el campo de los derechos humanos.

La violencia sexual contra la mujer es un problema de derechos humanos, no sólo porque afecta la integridad física y espiritual de ellas, sino porque compromete seriamente el ejercicio autónomo de su sexualidad, y no deja de serlo –por cierto-, porque la violencia se lleve a cabo en el limitado e íntimo espacio del tálamo conyugal.

En la actualidad no puede dejar de ponderarse y reconocerse, que la relación sexual violenta en el ámbito de la pareja implica un problema de género, cuyo abordaje desde una mirada convencional comprende a la mayoría de los países. Por ej., España, con la Ley Orgánica N° 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando en el art. 1 declara que “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes *sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad*, aun sin convivencia”, estableciendo más adelante el concepto de violencia de género en los siguientes términos: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, *incluidas las agresiones a la libertad sexual*, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad” (art. 1.3).

En América Latina, por ej., un número importante de países han comenzado a adoptar las recomendaciones de los organismos internacionales sobre Derechos Humanos y a incorporar a sus derechos internos la temática de la violencia contra la mujer como un problema de violencia de género. Se trata de una tendencia que se ha manifestado, entre otros países, por ej. en Argentina, que lo ha hecho a través de dos vías diferentes: una, de carácter civil, mediante la Ley N° 26.485/2010, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, y la otra, de carácter penal, a través de la Ley N° 26.791/2012, que introdujo el delito de femicidio al Código penal. Por su lado, Brasil, en el año 2006, sancionó la Ley N° 11.340, conocida como “Ley María da Penha”, cuyo objetivo principal se centró en la protección de la mujer víctima de la violencia de género y en establecer, entre otras cuestiones, los parámetros conceptuales sobre las distintas formas de violencia, entre ellas, la violencia sexual.

Se debe insistir en destacar también –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) ¹³⁵, cuyo texto 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 en el artículo 2° que

¹³⁵ La Argentina ratificó y aprobó la Convención de Belém do Pará, mediante la Ley N° 24.632, de 13 de marzo de 1996. Son países signatarios de la Convención, Antigua y Barbudas, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente, Santa Lucía, St. Kitts y Nevis, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica”, que es aquella:

a. 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;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, *violación*, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

Con respecto al tema que estamos analizando, es preciso señalar que la ley argentina de Protección Integral de las mujeres, antes citada, establece, entre las distintas formas de violencia, a la violencia sexual, definiéndola como “Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer a 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 personas” (art. 5, Ley 26.485).

Sin embargo, haciendo un breve repaso histórico de la cuestión, se puede observar que la impunidad de las conductas sexuales violentas dentro del matrimonio, o en las relaciones de hecho, ha sido sostenida desde antiguo por un buen número de tratadistas ¹³⁶.

¹³⁶ Un análisis exhaustivo de las teorías relativas a la violación en la pareja puede verse en Polaino Orts Miguel, en *Violar a la pareja: ¿injusto atenuado o agravado?*, Femicidio y discriminación positiva en derecho penal, Colección Dogmática Penal, N° 9, pags. 67 y sig., ARA Editores, Lima, Perú, 2012. Del

Según la opinión más difundida entre la vieja doctrina –salvo ciertas situaciones de excepción que veremos enseguida–, no resulta punible la violación del marido contra la esposa¹³⁷.

El argumento que abona esta tesis, en general, tiene su fundamento en la existencia del débito conyugal que genera el vínculo del matrimonio, cuya obligatoriedad, en el derecho argentino, por ejemplo, aparecía prevista 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 Derecho¹³⁸.

mismo, Sobre el injusto de la violación en la pareja, Cuadernos de Política Criminal, N° 87, Madrid, 2005. Puede verse también, Carmona Salgado Concepción, Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho, en El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, pags. 665 y sig., Editorial Comares, Granada, 1999.

¹³⁷ Véase por todos, CARRERA, Daniel P., Violación entre cónyuges..., ob. cit., p. 12. Es terminante Ernesto Ure al afirmar que “el esposo no comete delito de violación si fuerza a su cónyuge al acceso carnal, toda vez que el débito conyugal es inherente a los fines del matrimonio y, consecuentemente, esa violencia estaría desprovista del carácter de ilegítima (conf. Los delitos de violación y estupro, pag. 49, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952). En un mismo sentido, Creus Carlos, para quien la conducta del esposo no constituye violación punible: no hace otra cosa que ejercer el derecho que como tal le compete, mientras el acceso no trascienda los límites del débito conyugal (conf. Derecho penal, parte especial, T.I, parágrafo 38, pag. 177, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997)

¹³⁸ Conf. Polaino-Orts Miguel, Sobre el injusto de la violación en la pareja, Cuadernos de Política Criminal, N° 87, separata, pag. 114, Madrid, 2005.

La opinión de estos autores, sin embargo, ha sido matizada con diversas argumentaciones¹³⁹:

- a) Para un sector de la doctrina, el acceso violento o abusivo de la esposa legítima no es ilícito cuando se consuma por vía normal, pues el autor tiene derecho a exigir el acto sexual. Deja de ser legítimo, en cambio, cuando se consuma por actos contra natura (Soler, Núñez, Fontán Balestra, Ramos, Orgeira, Oderigo, etc.). En la actualidad y pese a la reforma que ha sufrido el Título III del código penal argentino mediante la Ley N° 25.087/99, algunos autores siguen sosteniendo la tesis de que es condición necesaria para que el acceso carnal constituya un abuso sexual punible que el autor no tenga derecho a exigirlo, lo que ocurre en la relación carnal entre cónyuges que jurídicamente están obligados a prestar el débito conyugal. En este caso, el delito podría quedar excluido, sin perjuicio de la figura de lesiones o de coacción que pudiera corresponder si se utilizó violencia o amenaza¹⁴⁰.

¹³⁹ Debemos dejar en claro que la mayoría de los autores citados, se han pronunciado sobre la temática en cuestión con anterioridad a la reforma de la Ley N° 25.087/99, que introdujo al código penal argentino modificaciones de gran calado en el Título III del código penal, relativo a los delitos sexuales, especialmente en lo referente al bien jurídico, sustituyendo la antigua rúbrica de “Delitos contra la honestidad” por la de “Delitos contra la integridad sexual”. Para mayores detalles sobre esta reforma, véase Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de derecho penal, parte especial, 3° ed., T.I, pags. 367 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009; igualmente, Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, Derecho penal, parte especial, 7° ed., T.I, pags. 179 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

¹⁴⁰ GAVIER, Enrique A., Delitos contra la integridad sexual, p. 44, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999. En un mismo sentido, Reinaldi Víctor Felix, El delito de violación, pags. 316 y sig., en Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de Derecho Penal Integrado, año IV-N° 6, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003. Según la postura de éste último autor –quien sigue las ideas de Núñez y Soler-, el esposo no comete el delito de violación por no afectar su conducta el bien jurídico tutelado (libertad sexual), el que queda acotado por la existencia del derecho al concubito. Se trata –dice- de una causa de atipicidad o de exclusión del tipo, quedando subsistente el delito de coacción, el cual procura “dar protección al derecho de toda persona a verse libre de ejecuciones forzadas, como lo exige la dignidad humana, concepto básico y fundamental de que aquel

- b) Una variante de esta postura está sostenida por quienes entienden como típico el acceso carnal violento contra la esposa, pero dando la posibilidad al marido de acogerse a la eximente completa o incompleta de ejercicio legítimo de un derecho, lo cual importaría la antijuridicidad del hecho. La tesis fue sostenida, entre otros, por Cuello Calón ¹⁴¹, Rodríguez Devesa ¹⁴², González Rus ¹⁴³, etc.
- c) Se da el delito, dicen otros, cuando el rechazo de la esposa se funda en motivos originados por padecimientos de enfermedades contagiosas, por

y otros derechos emanan” (el destacado nos pertenece); inclusive, fundamenta su postura con un ejemplo realmente increíble: existe –dice- un marcado paralelismo entre esta situación (se refiere a la violación) y la del acreedor de una suma de dinero que, ante la negativa del deudor a entregársela, se la arrebatara. Ese acreedor, con su conducta violenta, no afectó el bien jurídico “propiedad” por tener derecho a percibir ese dinero, pero sí lesionó la libertad del deudor”. La tesis no puede ser aceptada bajo ningún punto de vista. Lo contrario, implicaría legitimar por la vía de la violencia actos o conductas intrínsecamente ilícitas, alegando derechos futuros (sería algo así como legitimar el “derecho a hacerse justicia por mano propia”). Con tal criterio, cualquier persona que tuviera una acreencia en un Banco o en cualquier otra empresa, o con un particular (con o sin instancia judicial), estaría legitimado para apuntar con una pistola al deudor, arrebatarle el dinero y dejar satisfecho su crédito, pues el hecho violento no configuraría un robo sino una simple amenaza o coacción. Pero, lo que más llama la atención es que invoque a la dignidad humana como el bien jurídico tutelado en el delito de coacciones y no en la violación, que es el tipo penal más grave. Para terminar, aduce que, contrariamente, se daría el delito de violación, entre otras razones, “en los casos en los que los esposos están separados, porque en tal caso se suspende ese derecho-deber (de fidelidad) y, con mayor razón, si medio divorcio vincular porque éste hace cesar definitivamente toda obligación de entrega sexual recíproca”, razonamiento que torna su postura aún más inaceptable.

¹⁴¹ Conf. Cuello Calón Eugenio, Derecho penal, parte especial, T.II, vol.2, 14º ed., revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, pags. 587 y sig., Bosch, Barcelona, 1975.

¹⁴² Conf. Rodríguez Devesa José María y Serrano Gómez Alfonso, Derecho penal español, parte especial, pags. 180 y sig., Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

¹⁴³ Conf. González Rus J.J., La violación en el código penal español, pags. 424 y sig., Granada, 1982.

razones profilácticas, por ebriedad del marido, por exigencia de la cópula frente a terceros, en época de período menstrual, amamantamiento, etc. (Oderigo, Ure, Soler, Fontán Balestra, Peco, Reinaldi, etc.).

- d) Con relación a estas especiales circunstancias en que se encuentra la esposa, otros defienden la idea de la atipicidad, en el sentido de que no se configura el delito en estos supuestos (particularmente por motivos profilácticos o fisiológicos), pues el acceso violento no ofende la honestidad de la esposa sino otros intereses, como su salud o la de la prole (Núñez, Carrera, Peco, Orgeira). Cabe puntualizar que, para estos dos últimos autores, si bien el caso no configura violación, sí se da el delito de coacciones.

Esta postura fue sostenida por Gimbernat Ordeig, para quien, aunque el marido acudiera a la violencia y lesionara con tal proceder la libertad sexual de la esposa, tal conducta no sería una acción deshonestas, esto es, vulneradora de la honestidad de la mujer, de manera que el bien jurídico legalmente protegido en este tipo de delito no se vería lesionado, ni –en consecuencia– se podría estimar la concreción de este tipo delictivo concreto¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Conf. Gimbernat Ordeig Enrique, Sobre algunos aspectos del delito de violación en el código penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria, en Estudios Penales, 3ra. Edición, pags. 287 y sig., Tecnos, Madrid, 1990. Parecen suscribir esta opinión, Juan Ignacio Gallego y Juan Carlos Hortal, en Derecho penal, parte especial (Dir.: Mirentxu Corcoy Bidasolo), T.I, pags. 220 y sig., cuando dicen que “Cuando se protegía la honestidad no podía ser delictiva la relación no consentida del marido frente a su esposa porque “el yacimiento en el matrimonio no es un acto deshonesto” (destacado de los autores). El marido podría ser responsable de lesiones, amenazas o coacciones, pero nunca de violación. Sólo se aceptaba en casos de divorcio dada la ausencia de vínculo. Incluso se aceptaba que la mujer que intentaba impedir la agresión no actuaba en legítima defensa porque la conducta del marido no era ilícita al reclamar el débito conyugal. Sólo se admitía que el acceso carnal violento dentro del matrimonio se convertía en ilícito siempre que la mujer tuviera derecho a resistir, cuando fuera peligroso para ella o para la prole (propagación de alguna

e) Otros opinan, en fin, que cuando el marido accede carnalmente a la esposa, en contra de su voluntad y mediante el uso de violencia, comete violación en todos los casos, cualquiera sea la razón del disenso (Gómez, Jofré, Moras Mom, Donna, Garona, Laje Anaya, Reinaldi, Clemente, Estrella, etc.).

f) Una postura más reciente estima factible la aplicación en estos casos de delitos sexuales cometidos en perjuicio de la pareja, la posibilidad de un “error de prohibición”, cuyo efecto sería excluir la responsabilidad criminal del agresor, según establece el art. 14 del Código penal español, en aquellos supuestos en los que pudiere acreditarse fehacientemente que aquél desconocía o tenía un conocimiento erróneo sobre la ilicitud del hecho, invocando –seguramente- un probable débito conyugal que le concedería, lícitamente, un derecho al acceso carnal, aún con violencia.

No creemos posible la aplicación del error de prohibición en los casos de invocación equivocada de un derecho que se pretende hacer valer por vías ilícitas, como lo son, ciertamente, el ejercicio de la violencia o la intimidación, aún dentro del matrimonio.

enfermedad) o cuando constituye un acto atentatorio al pudor público (si el marido intentaba realizar el coito en presencia de terceras personas)”. Si bien es verdad que alguna doctrina pensaba del modo cómo explican estos autores, no lo es menos que no toda la doctrina opinaba de la misma manera. Cuello Calón decía – respecto del delito de violación- que sólo podía ser sujeto pasivo la mujer, sea virgen o no, *casada* o soltera, de buena o mala fama, incluso una prostituta (conf. Derecho penal, parte especial, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, 14^o edición, T.II pag. 585, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1975; de parecida opinión, Rodríguez Devesa José María, Derecho penal español, parte especial, pag. 159, y nota 23, Madrid, 1971). Una referencia sobre el delito de agresión sexual (violación) en el derecho inglés –*common law*-, en particular respecto de la violación en el matrimonio, puede verse en Núñez Fernández José, Agresión sexual y víctimas bajo sospecha: reflexiones desde el derecho penal norteamericano para un reforma del derecho español, en Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, pags. 722 y sig., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Compartimos la postura de Carmona Salgado de rechazar la concurrencia de error de prohibición del cónyuge o compañero, en casos que existan medidas judiciales tendientes a poner fin al matrimonio, puesto que en estos casos aquél debería tener pleno conocimiento de que su conducta es contraria a derecho¹⁴⁵.

- g) Finalmente, alguna otra opinión entiende aplicable en estos supuestos, la “circunstancia mixta de parentesco” prevista en el art.23 CP español, algunas veces como agravante de la responsabilidad criminal, otras veces como atenuante de la misma.

Frente a esta última posibilidad, de aplicación del art. 23 CP, Carmona Salgado se inclina por su aplicación en la modalidad agravada, aunque para ello –aclara- sería necesario que subsistieran ciertos lazos de afectividad entre las partes, sin que mediara separación de hecho o acordada por decisión judicial, ni tampoco sentencia de divorcio, ya que en tales hipótesis se habría interrumpido la vida en común y el reproche sería el mismo que corresponde hacer a terceros extraños que hubieran delinquido¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Conf. Carmona Salgado Concepción, Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho, en El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López, Estudios de Derecho Penal, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, pags. 670 y sig., Editorial Comares, Granada, 1999.

¹⁴⁶ Conf. Carmona Salgado Concepción, Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho, en El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López, Estudios de Derecho Penal, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, pags. 673 y sig., Editorial Comares, Granada, 1999. Véase un interesante estudio sobre la temática en cuestión, en Olmedo Cardenete Miguel, Hacia un nuevo fundamento de la circunstancia mixta de parentesco tras la reforma del artículo 23 del código penal operada por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, pags. 657 y sig., Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005.

Analizando la problemática desde la óptica del derecho argentino, creemos que el deber de fidelidad que derivaba del art. 198 del anterior Código Civil (actualmente en el art. 431¹⁴⁷), que podría tener alguna importancia en el plano civil, en tanto su violación podría culminar en la separación o el divorcio de los cónyuges, ninguna incidencia tiene en el ámbito del derecho penal. Durante la vigencia del anterior Código civil, el deber de fidelidad era un deber jurídico, pero en la actualidad, el nuevo ordenamiento civil recepta la fidelidad como un “deber moral”, sin consecuencias civiles ni penales ¹⁴⁸. Por lo tanto, el argumento de la vieja doctrina centrado en la fidelidad para justificar el ataque sexual en el matrimonio, ha perdido toda vigencia y razonabilidad.

Tiene razón Moras Mom cuando afirma que la mujer, por el solo hecho de haber contraído matrimonio, no pasa a ser un instrumento de satisfacciones sexuales de su marido¹⁴⁹. La institución matrimonial no implica la sumisión de un cónyuge hacia el otro, por lo que nunca podría legitimarse el uso del débito conyugal mediante la violencia o la amenaza. Sostener lo contrario importaría un verdadero contrasentido con el contenido del bien jurídico que se tutela en el ámbito de estos delitos, más aún en el marco de un derecho penal moderno y pluralista que rechaza todo tipo de discriminación en razón de la calidad o condición del sujeto pasivo.

Hemos visto más atrás como –actualmente- no sería factible sostener la tesis de la impunidad debido, precisamente, a la incorporación de la problemática de género en las

¹⁴⁷ CCyCN, Art. 431: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

¹⁴⁸ Conf. Rivera Julio César y Medina Graciela (Directores), Derecho de Familia, pags. 209 y sig., Abeledo Perrot, 2016; Krasnow Adriana (Directora), Manual de derecho de familia, pag. 149, Editorial Astrea, 2016; Belluscio Augusto César, Derecho de familia, pags. 266 y sig., Abeledo Perrot, 2016; Lloveras Nora (Directora), Manual de derecho de las familias, pags. 222 y sig., Mediterranea, Córdoba, 2016

¹⁴⁹ Conf. Moras Mom Jorge R., Los delitos de violación y corrupción, p. 67, Ediar, Buenos Aires, 1971.

leyes civiles y penales, según las cuales la violación dentro del matrimonio (o en las relaciones informales de pareja), implica un caso de violencia sexual contra la mujer.

El matrimonio no significa un “pasaporte de indemnidad” para el marido, ni la esposa –por ese solo hecho– se convierte en un objeto sexual del esposo. El abuso o la agresión sexual del cónyuge es posible así como es posible el abuso o agresión sexual de cualquier persona. Una opinión contraria a esta conclusión colocaría a la esposa en peor situación que la de cualquier mujer soltera (inclusive, que la que vive en concubinato), o que la de la propia prostituta¹⁵⁰. El derecho al acceso carnal en el matrimonio solo es legítimo en tanto medie el consentimiento de la otra parte. Solo cabe hablar de derechos si se ejercen legítimamente, con consentimiento y con respeto a la dignidad y libertad de la persona¹⁵¹.

A juicio de la profesora Herrera Moreno, “si se acepta que el bien jurídico directamente afectado es el de la indemnidad sexual, habrá que entender, necesariamente, que ningún compromiso institucional puede ser instrumentalizado en un sentido destructivo o dañino, y que la sexualidad propia del ámbito matrimonial, en la cual se implican institucionalmente los esposos, es, en todo caso, una sexualidad no violenta ni impositiva. Del asentimiento matrimonial no cabe deducir un efectivo consentimiento de la mujer a sufrir daños sexuales, psíquicos o físicos, ni tampoco, por el hecho de que una persona contraiga matrimonio, ha de decaer la garantía de los bienes jurídicos personales consubstanciales al individuo¹⁵²”

Si analizáramos esta problemática a la luz del derecho penal en vigor, veríamos que, con arreglo a la ley N° 25.087/99, la incorporación del cónyuge como nueva categoría en

¹⁵⁰ MORAS MOM, Jorge R., *Los delitos de violación y corrupción*, p. 69, Ediar, Buenos Aires, 1971.

¹⁵¹ BOIX REIG, Javier, ob. cit., p. 13. Para un análisis más exhaustivo sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ Rus, Juan J., *La violación*. . . , ps. 416 y ss.; SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, ob. cit., ps. 282 y siguientes.

¹⁵² Conf. Herrera Moreno Myriam, *Violencia en la violación, Aspectos dogmáticos y victimológicos*, junio de 2002, disponible en Internet en noticias.juridicas.com

el art. 133 ¹⁵³ ha significado una clara definición del legislador por la tesis amplia, esto es, de que el cónyuge también puede ser una víctima de los delitos comprendidos en el Título III del código penal.

A la misma conclusión debe arribarse en aquellos casos en que el cónyuge ha prestado el consentimiento para una especie de actividad sexual y el consorte le impone mediante violencia o amenaza un trato sexual diferente. El consentimiento, la libre aceptación del acto sexual –como ya se ha puesto de relieve anteriormente-, elimina la tipicidad de la conducta, pero el mismo debe mantenerse en todo momento: si el titular manifiesta su oposición, a partir de ese momento la conducta adquiere relevancia para el derecho penal; un previo acuerdo no supone la pérdida de libertad para actuar de otra manera, manifestación de la voluntad tan atendible por el ordenamiento como si la negativa se hubiera producido desde el inicio¹⁵⁴.

El consentimiento dado para un acto no se extiende indiscriminadamente a otros de similar naturaleza, sino que la persona conserva respecto de ellos una total disponibilidad. Esto quiere decir, no solo que la autorización a realizar algunos hechos inscribibles en el sustrato típico de las agresiones sexuales (besos, abrazos, caricias íntimas, etc.) inhabilita al agente para acometer el acceso carnal, sino que también le impide practicar otros a los que su pareja no le permite acceder (*cunnilingus*, heteromasturbación, etc.)¹⁵⁵.

Los actos sexuales violentos seguidos de acceso carnal, en el ámbito del matrimonio, entonces, configuran el delito de agresión sexual constitutiva de violación.

El derecho de disposición sexual –como antes se dijo- es igual para todos los individuos, tanto para la meretriz como para la mujer que no lo es, tanto para la mujer unida en

¹⁵³ Art. 133 CP: “Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperen a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán reprimidos con la pena de los autores”.

¹⁵⁴ GÓMEZ PAVÓN, Pilar, ob. cit., p. 315.

¹⁵⁵ SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, , El delitos de agresiones sexuales asociadas a la violación, pag. 315, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

matrimonio como para aquella que se encuentra unida de hecho o informalmente con su pareja (concubinato, unión de hecho, uniones convivenciales, etc.).

Sobre la cuestión, se tiene resuelto por el Tribunal Supremo español que “la violación de la propia esposa no está excluida del tipo penal, toda vez que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido” (STS de 23 de febrero de 1993), fallo que puede claramente trasladarse al art.119 del código penal.

En otra sentencia, dicho Tribunal sostuvo que “ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación, ni existen supuestos derechos a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación, quien, con violencia o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge” (SS, 7/11/89, 9/3/89, 8/2/96, entre otras) ¹⁵⁶

Entre nuestros antecedentes, el nuevo Anteproyecto de Reformas al Código Penal de 2014 (conocido como Proy. Zaffaroni) regula toda la temática relacionada con los delitos sexuales en el Título V, bajo la rúbrica de “Delitos contra la integridad y la libertad sexual”, tipificando el delito de violación en el art. 126, haciéndolo consistir en el coito vaginal, anal o bucal, concurriendo cualquiera de las circunstancias de criminalidad previstas en el mismo artículo. Ahora bien, con respecto al tema que nos ocupa, es de destacar que en el art. 127.3. –“Otros abusos sexuales”-, si bien con cierto déficit de redacción (pues, se ha omitido la situación de las parejas informales o de hecho y las uniones convivenciales) el Proyecto contempla en forma expresa la violación entre cónyuges, estableciendo que “*El matrimonio preexistente con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del precedente*”.

IX. CULPABILIDAD.

Animo lúbrico o delito de especial motivación (¿implícito?)

¹⁵⁶ Fallos citados por Asua Batarrita Adela, Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico, pag. 33, disponible en <http://www.cienciaspenales.net>

Elemento subjetivo del tipo

Tipo de tendencia sexual

La violación es un delito doloso. No es concebible la forma culposa¹⁵⁷. Sobre esto, no existe controversia alguna ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Y no podría haberlo, por cuanto en nuestro derecho la culpa se enmarca en un sistema cerrado de imputación, de *numerus clausus*, conforme se puede comprobar con el tipo de injusto del art. 84 CP.

Pero, las cosas ya no son tan simples cuando se trata de indagar en el plano de la culpabilidad, la posibilidad de que el delito, en su aspecto subjetivo, requiera de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, algo sobre lo que viene discutiéndose desde antiguo¹⁵⁸.

La doctrina tradicional venía exigiendo en el tipo subjetivo de la violación, que el agente actúe con “ánimo de yacer”, calificándose a este ánimo como un elemento subjetivo del

¹⁵⁷ Conf. Gómez Eusebio, Tratado de derecho penal, T.III, Compañía Argentina de Editores, pag. 90, Buenos Aires, 1940; Ure Ernesto, Los delitos de violación y estupro, pag. 55, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952; Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, parte especial, T.IV, pag. 265, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964; Garona José Ignacio, El delito de violación, en Violación, Estupro, Abuso Deshonesto (Dir.: Jorge Daniel López Bolado), pag. 67, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1971. En la doctrina española, Orts Berenguer Enrique y Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pag. 61, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 34, Valencia, 2001

¹⁵⁸ Una amplia referencia sobre los elementos subjetivos de lo injusto en la conocida monografía de POLAINO NAVARRETE Miguel, Los elementos subjetivos del injusto en el código penal español, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, N° 13, 1972. Los delitos que requieren de elementos subjetivos de lo injusto suelen agruparse -en una clasificación que tiene su origen en Mezger-, en delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión, véase, ampliamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, Los elementos subjetivos del tipo de acción (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), disponible en: <http://0-www.tirantasesores.com.fama.us.es/tase/documento/show/3785931>, en bib.us.es. Igualmente, ROXIN Claus, Derecho penal, parte general, T.I, pags. 307 y sig., Edición Civitas, Madrid, 1997.

tipo ¹⁵⁹, o “intención delictuosa o voluntad de yacer” ¹⁶⁰, postura que se repite en doctrina más reciente, que entiende implícito en estos delitos un elemento subjetivo de lo injusto, calificándolos, siguiendo la doctrina alemana, como delitos de tendencia interna intensificada ¹⁶¹.

El problema que se presenta con aquella doctrina que exige la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo –representado por un especial ánimo lúbrico, lascivo, voluptuoso o libidinoso-, reside en que la inexistencia de este particular ánimo (subjetivo) en el agente al llevar adelante la conducta sexual -como con razón ha puesto de relieve Polaino Navarrete-, decide el tipo de injusto del delito en cuestión ¹⁶², es

¹⁵⁹ Así, Bajo Fernández Miguel, Manual de derecho penal, parte especial, vol.III, pag. 182, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989.

¹⁶⁰ Con esta opinión, Cuello Calón Eugenio, Derecho penal, parte especial, T.II, pag. 531, Bosch, Barcelona, 1949.

¹⁶¹ Con esta opinión, Morales Prats Fermín y García Albero Ramón, en Comentarios a la parte especial del Derecho penal (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), pag. 232, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996. En parecidos términos, Díaz-Maroto y Villarejo Julio, en Compendio de Derecho penal, parte especial (Dir.: Miguel Bajo Fernández), Vol. II, pag. 102, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998, en el que dice que, “normalmente, los delitos contra la libertad sexual exigen una tendencia lasciva o ánimo libidinoso, es decir, aquella finalidad consistente en aspirar a excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno”, pero más adelante afirma, que en las agresiones sexuales agravadas sólo cabe la comisión dolosa, dada la configuración del tipo -con violencia o intimidación- (pag. 111).

¹⁶² Conf. Polaino Navarrete Miguel, El injusto típico en la teoría del delito, pags. 193 y sig., Mave Editora, Corrientes, Argentina, 2000. En un mismo sentido, Polaino-Orts Miguel, Los delitos sexuales a la luz del código penal de 1995, Cuadernos de Política Criminal, N° 67, Separata, pag. 166, Madrid, 1999. De otra opinión, Suárez Rodríguez Carlos, El delitos de agresiones sexuales asociadas a la violación, pag. 306 y sig. y 313, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995. Con la tesis de que la violación admite únicamente la forma dolosa, sin que se requiera dolo específico (es totalmente indiferente que el inculpado haya actuado para desahogo de su líbido, por pasión amorosa, por venganza o superstición, o por el deseo de tener descendencia o de deshonorar a la víctima o para decidirla a consentir en el matrimonio propuesto) , Ure Ernesto J., Los delitos de violación y estupro, pags.55 y sig., Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952. Modificando su anterior opinión en favor de la tesis subjetivista, expresada en Delitos Sexuales, 2da. ed., N° 106, 1953 y adhiriendo a

decir, que si existe tal ánimo lúbrico hay delito, si no existe, se da una situación de atipicidad, aunque el autor hubiera actuado con el dolo propio del delito.

La tesis que defiende la idea del elemento subjetivo específico, como se podrá suponer, es insostenible, por dos razones que no nos parecen de recibo: una, porque en ninguna fórmula legal referida a los delitos sexuales en el Código penal, se exige como elemento del tipo subjetivo la presencia de un elemento subjetivo del injusto en la conducta del agente; y la otra razón, radica en que, si exigiéramos la concurrencia del tal elemento subjetivo del injusto (lúbrico, libidinoso, etc.) para configurar el tipo subjetivo del delito, dejaríamos fuera de la previsión penal a otras formas del ánimo como pueden ser los deseos, impulsos, finalidades, etc., que pueda perseguir el autor del delito, generándose una laguna legal de insospechables consecuencias, pese a haberse realizado el tipo dolosamente¹⁶³. Por ejemplo, quedarían al margen de la intervención penal todas aquellas conductas que, invadiendo la libertad sexual del sujeto pasivo –sea como abuso sexual simple, sea como abuso sexual agravado-, y llevadas a cabo dolosamente, hayan sido realizadas con la finalidad de gastar una broma, con ánimo de lucro, intención lúdica, menosprecio, venganza, etc.

En la doctrina se ha exigido la concurrencia de ésta forma del ánimo o “tendencia voluptuosa” en el sujeto activo, alegándose que la existencia de este particular elemento subjetivo del injusto es el elemento que permite distinguir la acción sexual tipificadora del

la tesis objetivista, Fontán Balestra Carlos, Tratado de derecho penal, T.V, pag. 122, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969. Idéntica opinión, en Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, 18 ed., pag. 225, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010

¹⁶³ Conf. Polaino Navarrete Miguel, El injusto típico en la teoría del delito, pags. 197 y sig., Mave Editoria, Corrientes, Argentina, 2000. En el mismo sentido, García Pérez Octavio, La regulación del derecho penal sexual en España, en Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, Enfoque dogmático y jurisprudencial (Dir.: Luis Reyna Alfaro), pag. 249, Jurista Editores, Lima, Perú, 2005.

delito sexual con otras conductas similares pero que están al margen del derecho penal, como por ejemplo, la exploración médico-ginecológica ¹⁶⁴.

Sin embargo, aun cuando pudiera existir en la mente del sujeto activo el logro de una satisfacción de la libido o de un apetito sexual particular –intención que no es descartable, naturalmente-, nos nos parece que se tenga que recurrir al auxilio de este elemento subjetivo del injusto para delimitar una acción sexual ilícita de una impune, como sucede, ciertamente, con el examen médico-ginecológico.

Dos son las razones que creemos suficientes para deslindar los confines de la conducta sexual típica de la que no lo es: una, la lesión de la libertad sexual del sujeto pasivo, lo cual se produce independientemente de que el agente haya actuado con una intención o tendencia sexual guiada por un ánimo lúbrico o libidinoso¹⁶⁵; la otra razón estriba en que, en la exploración médica (siguiendo con este ejemplo) no habrá, en principio, delito sexual –aun cuando el profesional explore o palpe zonas sexuales del paciente-, por mediar el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido, elemento que, como sabemos, tiene la virtualidad de producir la atipicidad de la conducta. Y decimos en principio, por cuanto el consentimiento implica una acción aprobatoria limitada a las zonas autorizadas por el paciente. Si el médico traspasa dichos límites, por ej. realiza un contacto físico en partes del cuerpo que no han sido permitidas por el titular del bien jurídico, entonces será responsable del delito sexual cometido. De manera que, si la conducta médica

¹⁶⁴ Conf. en este sentido, Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, pag. 430, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008. Una opinión similar en Politoff Lifschitz Sergio, Los elementos subjetivos del tipo legal, IBdeF, pag. 149 y nota 76, Montevideo-Buenos Aires, 2008, quien finca en la lesión a la libertad sexual la necesidad de exigir la finalidad de satisfacer un impulso libidinoso en este tipo de delitos, agregando que la presencia o ausencia de estos elementos subjetivos es relevante en los casos de intención lasciva; así –afirmará– habrá agresión antijurídica, susceptible de defensa legítima, en la palpación del cuerpo de una mujer hecho con propósito voluptuoso, lo que no acontece con el reconocimiento médico con fines terapéuticos.

¹⁶⁵ Similar opinión en Polaino-Orts Miguel, Los delitos sexuales a la luz del código penal de 1995, Cuadernos de Política Criminal, N° 67, Separata, pag. 166, nota 43, Madrid, 1999

se ajusta a la *lex artis* y el paciente prestó su consentimiento para el examen ginecológico, la intervención o exploración del galeno quedará al margen del derecho penal, aún en aquellos casos en los que el profesional hubiera actuado con ánimo libidinoso, excitando su propia lascivia o experimentando placer sexual con el contacto de las partes sexuales del paciente.

Toda esta cuestión relativa a si resulta o no exigible un particular elemento subjetivo (ánimo libidinoso o lúbrico) en los delitos sexuales, ha dividido a la doctrina en dos grandes grupos antagónicos: subjetivistas y objetivistas.

Si bien es verdad que la discusión se centró, particularmente, en el delito de abuso deshonesto de los viejos digestos, no lo es menos que –según nos parece- no ha perdido vigencia y puede ser trasladable a los ataques sexuales cualificados que hoy ocupan nuestra atención, tanto que –como ya se dijo- existe doctrina que en la actualidad defiende la idea de que el ánimo libidinoso debe concurrir para afirmar la existencia del delito ¹⁶⁶

Para la doctrina llamada *subjetivista*, el delito se caracteriza –en el plano subjetivo- por la concurrencia de un singular ánimo lúbrico o libidinoso perseguido por el autor (lascivia, lujuria, apetito sexual desordenado, etc.), ánimo que pasa a configurar un elemento subjetivo del injusto típico distinto del dolo (tipo subjetivamente configurado)¹⁶⁷. El dolo, para esta postura doctrinal, se define por la dirección intelectual dada al acto: el propósito de excitar la propia lascivia, quedando caracterizado –como se dijo- como un elemento subjetivo del injusto típico.

En la vereda contraria encontramos a la otra propuesta doctrinaria: la llamada doctrina *objetivista*, para la cual es suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor. Basta con que el acto, aun cuando no fuera libidinoso, ofenda la libertad sexual de la víctima; vale decir, que es suficiente con un acto

¹⁶⁶ Conf. en este sentido, , Suárez Rodríguez Carlos, El delitos de agresiones sexuales asociadas a la violación, pag. 306 y sig. y 313, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

¹⁶⁷ Conf. Fontán Balestra Carlos, Tratado de derecho penal, parte especial, T.V, pag. 121, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969. En el mismo sentido, Gómez Eusebio, Tratado de derecho penal, T.III, pag. 225, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940.

“objetivamente impúdico”. La búsqueda o la obtención de placer sexual por parte del sujeto activo en la realización de la conducta típica, no forma parte de la infracción criminal. Ni siquiera el placer (también posible) de la víctima puede ser incardinado típicamente¹⁶⁸.

El delito -como se dijo anteriormente- es eminentemente doloso, y el dolo consiste –como con tanta simpleza lo define Carmona Salgado- en el conocimiento y voluntad por parte del agente de atentar contra la libertad sexual de la víctima, utilizando violencia o intimidación sobre ella, con la finalidad de realizar alguna de las modalidades de conducta sexual que el art. 179 señala¹⁶⁹ (entre nosotros se debería mencionar el art. 119 CP). Con otros términos, el dolo comprende la conciencia y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo, sin que se requiera la concurrencia adicional de algún elemento subjetivo del injusto.

¹⁶⁸ Véanse interesantes reflexiones, en Orts Berenguer Enrique y Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 34, pags. 59 y sig., Valencia, 2001, quienes formulan una propuesta orientada a la determinación de los actos típicos de agresión sexual, sugiriendo: 1) Debe comprobarse la naturaleza objetivamente sexual de la acción ejecutada: para ello será útil verificar la zona corporal afectada, la importancia del hecho, su intensidad, su duración, su frecuencia, el contexto en que se desarrolla., su parentesco con los patrones sexuales de la comunidad tanto mayoritarios como minoritarios, las relaciones autor-víctima, etc., 2) una vez verificado lo anterior, y habiendo depurado aquellos actos de significación dudosa (cuya calificación en uno u otro sentido jamás debe hacerse depender de la intención del autor, sino de un proceso de interpretación objetivo), se procederá a analizar el ánimo del agente. Nuestra cautela al procedimiento desechado en relación con los actos dudosos – afirman estos autores- encuentra fácil explicación: si su objetiva naturaleza es tan dudosa, quizá no sean muy graves ni lesivos para la libertad sexual de la víctima, y entonces faltaría un elemento valorativo de primer orden para la afirmación de la antijuridicidad, no debiendo depender ésta de una intención sólo subjetivamente saláz (pag. 63).

¹⁶⁹Conf. Camona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, pag. 312, Marcial Pons, Madrid, 1996. Con similar postura, Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, pags. 113 y sig., Tirant Monografías, N° 392, Valencia, 2005; Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18 ed., pag. 225, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

En otro momento dijimos que el dolo exige el conocimiento de la ilicitud del acceso por falta de consentimiento de la víctima, o sea, el conocimiento cierto, o dudoso, cuando menos, de las circunstancias y calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente ese consentimiento, de la voluntad contraria de ella o la previsibilidad de esa voluntad contraria (por ej. en los casos de ataques sorpresivos). La duda sobre la calidad (edad) o condiciones de la víctima, equivale a ese conocimiento, pero no es suficiente para él la existencia de un deber de saber. La creencia errónea de la ausencia de tales calidades o condiciones o en la prestación del consentimiento para el acceso puede excluir la culpabilidad (por ej. creer que la mujer que en realidad tiene once años, y que ha prestado su consentimiento, tiene catorce, en cuyo caso el tipo aplicable podría ser el de estupro).

Para algunos autores, el error puede referirse a la acción material misma (por ej. creer que se abusa sexualmente consumando un coito *inter femora*, cuando en realidad se había producido la penetración). Asimismo, el error puede referirse a la prestación del consentimiento (por ej. actitudes inequívocas de la víctima), en cuyo caso, si no se llega a la impunidad, puede también variar el tipo de violación por el de estupro, si se dan sus requisitos¹⁷⁰.

X. ITER CRIMINIS

Las etapas de realización del delito.

La vida del delito –por decirlo de alguna manera- transcurre por diversas etapas, que son progresivas, ascendentes, que van desde lo más interno del ser humano hasta su manifestación hacia el mundo exterior, en las que alcanza u obtiene distinta significación

¹⁷⁰ Conf. Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, Derecho penal, parte especial, 7° ed., T.I, pags. 216 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

dogmático-penal. Es en esta última etapa -su realización en el mundo exterior- en la que adquiere justificación y relevancia la intervención penal, esto es, cuando en el *iter criminis* o vía que recorre un sujeto en la realización del delito se manifiesta en el exterior del individuo, momento en que la conducta puede ser sometida a una pena.

En el transcurrir de dichas etapas, la idea criminal va adquiriendo forma y alcanzando grados de realización que pueden implicar, según el momento y su significación, conductas susceptibles de ser penadas o mantenerse en el marco de la impunidad.

De este modo, el *iter criminis* se bifurca en dos partes netamente diferenciadas: una parte, que comprende la *faz interna* del sujeto, un mundo en el que se alimenta la idea criminal, el pensamiento deliberativo, los deseos, la reflexión, la toma de decisión en cometer el delito, etc., que, en algunos casos, puede llegar a manifestarse hacia el exterior, pero que no indica ni pone de manifiesto una voluntad criminal (son los actos preparatorios del delito). Esta etapa se caracteriza por la impunidad, pues no implica, siquiera, un principio de ejecución de la idea criminal (*cogitationis poenam nemo patitur*, nadie debe sufrir pena por el pensamiento).

La otra parte es la *faz externa*, en la que el sujeto pone en marcha el plan ideado para concretar el delito. Comienza la preparación del plan criminal, etapa en que, por lo general, no se produce una penalización anticipada a las etapas de tentativa o consumación del ilícito. Se trata de actos preparatorios impunes, pero que pueden ser penados en la medida que inequívocamente estén dirigidos a la ejecución de un delito y el castigo esté expresamente previsto como tal en la ley.

La punición comienza en esta etapa, más precisamente con los actos de tentativa, esto es, cuando la decisión (la idea y el plan) de cometer el delito se convierte en acción, es decir, en una conducta que se desarrolla en el mundo exterior implicando el comienzo de ejecución del delito.

Luego viene la etapa de *consumación* delictiva, que significa su perfección normativa, en la que concurren todos los elementos del tipo, objetivo y subjetivo. En la etapa de la

consumación el tipo se realiza plenamente, por cuanto se trata de un momento en el que el sujeto ha desplegado toda su capacidad de acción, cumpliendo con todos los actos ejecutivos para arribar al resultado delictivo. Finalmente, el proceso del delito puede terminar en una última etapa que es la etapa del *agotamiento* del delito, el momento en que se concretan las finalidades u objetivos perseguidos por el autor, por lo general, innecesarios a los efectos de la consumación típica.

Como señala Cerezo Mir, el problema fundamental, desde el punto de vista político-criminal, consiste en determinar desde qué momento debe intervenir el Derecho penal, dónde debe situarse la línea de separación entre actos impunes y actos punibles ¹⁷¹.

a) **Tentativa.**

Precisamente, es en el campo de los delitos sexuales en donde se plantean las más controvertidas opiniones en torno de la posibilidad de la tentativa y de la frustración delictiva.

Entre nosotros –al igual que en otros ordenamientos¹⁷², los actos de tentativa se regulan en el código penal a partir del principio de ejecución delictiva, lo cual permite

¹⁷¹ Conf. Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, pag. 899, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

¹⁷² Por ejemplo, **Brasil**: “Se dice que el crimen es tentado, cuando iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente” (art. 14.II, CP). **Paraguay**: “Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación de hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal” (art. 26 CP). **Perú**: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo” (art. 16 CP). **Francia**: “Hay tentativa cuando, habiendo dado comienzo la ejecución del hecho, ha sido suspendida o no ha causado el resultado por circunstancias ajenas a la voluntad de su autor” (art. 121-5 CP). **Alemania**: “Intentará realizar un hecho penado que, de acuerdo con su concepción del hecho, se pone directamente a realizar el hecho típico” (par.22 CP). **Italia**: “Quien realiza actos idóneos, dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito, responde por delito tentado si la acción no se realiza o el resultado no se verifica” (art. 56 CP). **España**: “Hay

sostener la regla general de la impunidad de los actos preparatorios. Así, en artículo 42 prescribe: *“El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art.44”*.

El problema que se presenta en los delitos sexuales en general, y en particular en el tipo de agresión sexual constitutiva de violación, reside en determinar si se admite o no la tentativa, lo cual nos lleva a indagar, previamente, si se trata de un delito de pura actividad o de un delito de resultado material, pues de tal distinción dogmática se podrá determinar, en principio, la existencia o no de los actos imperfectos de ejecución, aun cuando también existen autores que –analizando la vieja redacción– no obstante entender de que se trata de un delito de mera conducta o de mera actividad, la tentativa resulta admisible, pero se torna problemática la posibilidad de la frustración ¹⁷³.

La violación –lo hemos dicho repetidas veces– es un atentado contra la libertad sexual de otra persona, que el código penal la califica como una agresión sexual consistente en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o en introducir objetos o partes del cuerpo por las dos primeras vías, mediante, entre otros actos comisivos, violencia o amenaza.

Como se puede apreciar claramente, el delito no consiste solamente en atentar contra la libertad sexual de otra persona empleando violencia o amenaza –lo cual se puede realizar en una infinidad de formas, siendo, precisamente, la penetración sexual una de ellas–, sino que la ley exige algo más que eso, requiere que el agente haya accedido carnalmente a la víctima por la vías típicamente establecidas o haya introducido objetos o partes del cuerpo

tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicados todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor” (art. 16 CP).

¹⁷³ Con esta opinión, ante el viejo art. 429 CP español, Ruiz Antón Luis Felipe, en Código penal comentado (varios autores), pag. 814, Ediciones Akal, Madrid, 1990.

del agente también por la vías típicas establecidas normativamente. Esta situación es la que justifica el incremento punitivo.

En este caso, la ley considera tal atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo como una modalidad de abuso sexual, que debe medirse con una dosis de mayor gravedad penológica por cuanto dicha acción sexual se lleva a cabo “mediante” (se da una situación de sinonimia entre acción y medio utilizado) acceso carnal o introducción de objeto o partes del cuerpo humano.

Con otros términos, el atentado sexual, en este supuesto, “es” el acceso carnal, a través del cual se exterioriza o manifiesta la lesión del bien jurídico protegido, siendo tal resultado suficiente a los fines consumativos. Pero, ello no quiere decir de que se trate de un resultado material, que requiere una mutación en el mundo exterior, empíricamente demostrable y que pueda ser separable en el tiempo de la conducta. Los delitos de mera actividad –en puridad, todos los delitos lo son, dice con razón Polaino Navarrete¹⁷⁴-, también tienen un resultado “jurídico”.

Esta modalidad de agresión sexual pone de relieve que no es suficiente para la consumación del delito con el solo atentado contra el bien jurídico protegido (desvalor de acción), sino que se requiere de la producción de un resultado (desvalor de resultado), en este caso, la penetración del órgano sexual masculino o la introducción de un objeto o de una parte del cuerpo en alguna de las vías establecidas normativamente. Se trata –como se explicó- de un resultado jurídico, no material.

Por lo tanto, no obstante tratarse la violación de un delito de mera actividad, es posible la tentativa, la cual se da cuando se despliegan los actos ejecutivos de la cópula sin que se llegue a la penetración.

¹⁷⁴ Conf. Polaino Navarrete Miguel, Derecho penal, parte general, Teoría Jurídica del Delito, T.II, Vol. I, pag. 437, Bosch, barcelona, 2000. Una conclusión parecida, en Alcalá Sánchez María, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, pag. 92, Editorial Comares, Granada, 2000,

Para que estemos frente a una hipótesis de tentativa, no basta la mera finalidad de lograr cualquier acercamiento sexual; es necesaria la finalidad de lograr el acceso o de conseguir la introducción de objetos o partes del cuerpo en alguna de las vías preestablecidas normativamente. Constituyen actos ejecutivos los inicios de las acciones de violencia o intimidación que alcancen a recaer sobre el mismo sujeto pasivo, directa o indirectamente (sobre terceros que lo protegen, por ej., o sobre aquellos que el agente utiliza como vehículo de intimidación).

La tentativa puede ser imposible por falta de idoneidad del medio (por ej. la amenaza inidónea), en la que caben los casos de incapacidad fisiológica del sujeto activo para llevar a cabo el acceso, siempre y cuando no se trate de una incapacidad transitoria originadas por las mismas circunstancias del hecho (por ej. por el cansancio derivado de una prolongada resistencia de la víctima), ya que, en este último supuesto, estaríamos ante la tentativa común.

El desistimiento voluntario, que elimina la punibilidad de la tentativa, deja vigente, por supuesto, la punibilidad de los delitos que se han consumado por medio del despliegue de los procedimientos encaminados a lograr el acceso, como serían las lesiones causadas por las violencias ¹⁷⁵.

b) Consumación

¹⁷⁵ Conf. Creus Carlos y Buompadre Jorge Eduardo, Derecho penal, parte especial, 7° ed. actualizada, T.I., pag. 213, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007. En el mismo sentido, Suárez Rodríguez Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, pags. 360 y sig., Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995; Monge Fernández Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas, pags. 143 y sig., Tirant Monografías, N° 392, Valencia, 2005; Orts Berenguer Enrique y Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pag. 103, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 34, Valencia, 2001; Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, pag. 312, Marcial Pons, Madrid, 1996

El delito de violación se consuma cuando el agente cumplió con todos los elementos del tipo de injusto: empleo de violencia o amenaza (que reclama como contracara la voluntad contraria del sujeto pasivo), o de otros de los medios típicos, penetración del órgano sexual masculino en alguna de las tres vías indicadas por la ley (vaginal, anal o bucal), o introducción de objetos o partes del cuerpo humano en alguna de las dos primeras vías (art. 119 CP).

Tratándose de un delito de mera actividad¹⁷⁶, la consumación coincide con la realización del atentado sexual, el cual se manifiesta con el acceso carnal, vale decir, que se torna necesario un contacto corporal efectivo entre el autor y la víctima, independientemente de que el autor logre los fines sexuales propuestos (por ej. que no logre satisfacer su libido sexual). Pero es imprescindible la penetración del pene en alguna de las cavidades preestablecidas, siquiera parcialmente, al igual que para los supuestos de introducción de objetos o partes del cuerpo. La consumación delictiva no requiere de resultado material alguno, por ej. la eyaculación o el ulterior embarazo de la mujer¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Coinciden en que se trata de un delito de mera actividad, Orts Berenguer Enrique, Delitos contra la libertad sexual, pag. 134, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1995; Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, pag. 312, Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹⁷⁷ Conf. Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, pag. 312, Marcial Pons, Madrid, 1996. En un mismo sentido, Díaz-Maroto y Villarejo Julio, en Compendio de derecho penal, parte especial (Dir.: Miguel Bajo Fernández), Vol.II, pag. 111, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998. También, Maggiore Giuseppe, Derecho penal, parte especial, Vol. IV, 2da. ed., pag. 60, Editorial Temis Bogotá, 1972. En opinión de Muñoz Conde, puede ser necesario exigir en los casos de penetración bucal la eyaculación o *immissio seminis*, para obviar las dificultades probatorias que ello representa (conf. Derecho penal, parte especial, 18 ed., pag. 228, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010. Sin embargo, tal postura no puede compartirse, puesto que la consumación del delito nunca puede hacerse depender de las “dificultades probatorias” que la conducta respectiva presenta en el caso judicial. La cuestión debe ser resuelta desde lo dogmático, no desde lo procesal. En la doctrina argentina, Tomás Jofré ya afirmaba, en 1922 que, para que exista violación, no era necesaria la eyaculación (conf. El Código penal de 1922, pag. 227, Sociedad de Abogados Editores, Buenos Aires, 1922).

La realización de todos estos elementos, más la verificación del elemento subjetivo (conducta dolosa), perfecciona el delito, aun cuando el agresor no haya experimentado (o no haya logrado) –como se dijo- satisfacer sus motivaciones sexuales, o no haya conseguido la *inmissio seminis* o *seminatio intra vas* (orgasmo).

Ahora bien, algún problema se ha suscitado en el nivel o grado de penetración sexual para deslindar los actos de tentativa de los actos de consumación, si bien existe consenso en que la consumación requiere el logro del acceso carnal, cualquiera sea el grado de penetración (coito vulvar o vestibular) sin que se requiera que el acto alcance su perfección fisiológica¹⁷⁸.

Sobre ello, la jurisprudencia tiene resuelto que “si se produce la conjunción de los órganos genitales del varón y la hembra con penetración del pene, más o menos perfecta, en la cavidad genital femenina, se ha de estimar alcanzado el grado de consumación del delito, sin precisarse para ello que la penetración sea completa, ni que se llegue a la perfección fisiológica del coito, debiendo entenderse que la vía vaginal a que, con diferenciación de la bucal y anal, se refiere el texto del art. 429 CP (español) está constituida por la cavidad genital femenina, sin señalamiento de límites anatómicos que distingan entre las diversas zonas más o menos internas de esa cavidad, habiendo declarado la jurisprudencia que se atenta plenamente contra la libertad sexual de la mujer y se lesiona su intimidad sexual por la sola penetración violenta de dicha cavidad, aun sin traspasar su zona vestibular” (STS, de 29 de marzo de 1996)...comprende la *coniunctio membrorum*, es decir, la penetración más o menos perfecta del miembro viril en la cavidad genital femenina, que no tiene inicio en la

¹⁷⁸ Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, T.IV, pag. 281, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964; Fontán Balestra Carlos, Tratado de derecho penal, parte especial, T.V, pag. 89, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969. Una reseña de la doctrina y jurisprudencia argentinas con anterioridad a la reforma de 1999, en Tieghi Osvaldo N., Delitos sexuales, T.1, pag. 370 y sig., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1983.

vagina, sino en los labios mayores (STS, de 22 de septiembre de 1992, 7 de marzo de 1994 y 31 de mayo de 1995) ¹⁷⁹

XI. AUTORIA Y PARTICIPACION.

a) El delito de violación como delito de propia mano.

Los delitos sexuales –en particular, la agresión sexual constitutiva de violación–, como muchos otros, pueden ser cometidos en forma individual o mediante la participación de varios individuos, esto es, en forma plural, circunstancia que ha dado pie a la doctrina y a la jurisprudencia para enarbolar diversas teorías acerca de la distribución de roles y funciones de cada interviniente, de modo de posibilitar el encaje en las distintas formas de autoría previstas en la ley. Sin embargo, el camino no ha estado libre de dificultades¹⁸⁰.

El problema que se presenta en el delito de violación reside en determinar si autor del hecho puede ser sólo quien ha tenido acceso carnal en forma directa (o ha realizado las otras conductas previstas en el tipo penal directamente) o bien también podrían serlo terceras personas que hayan participado en la comisión del delito, aun cuando no hayan

¹⁷⁹ Fallos citados por Begué Lezaún J.J., Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, pag. 47, Bosch, Barcelona, 1999. En este sentido, Muñoz Conde expresa que si se admite que el acceso carnal incluye también las prácticas fricativas en el caso de acceso carnal entre mujeres, bastará para la consumación la mera *coniunctio membrorum*” (Derecho penal, parte especial, 18 ed., pag. 228, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010).

¹⁸⁰ Confr. una breve reseña en Aboso Gustavo Eduardo, Código penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia, pags. 296 y sig. y 314 y sig., IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012. Igualmente en Suárez Rodríguez Carlos, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, pags. 28 y sig. y 366 y sig., Aranzadi Editorial, Navarra, 1995.

tenido intervención en los actos ejecutivos directos de acceso carnal o de penetración de objetos o partes del cuerpo en el sujeto pasivo. O, con otros términos, si se puede seguir entendiendo que estos delitos son *delitos de propia mano*¹⁸¹, como lo hizo la doctrina y jurisprudencia tradicional interpretando los viejos digestos, o si, por el contrario, hoy por hoy debemos entender que estamos frente a delitos que también pueden ser cometidos por extraños al acto sexual en sí mismo, con lo cual se podría admitir los casos de coautoría y de autoría mediata, y aún algunas formas de participación criminal.

Son “delitos de propia mano” aquellos que sólo pueden ser llevados a cabo mediante la propia ejecución corporal de las acciones típicas (Maqueda Abreu), circunstancia que ha determinado que se sostenga, en este tipo de infracciones, la imposibilidad de aplicación de las reglas de la coautoría y de la autoría mediata ¹⁸².

Ahora bien, atendiendo la relativa amplitud que presenta la acción punible en el art.119 CP, se puede sostener la idea de que, en estos casos y como antes ya anticipáramos, sujetos activo y pasivo del delito pueden ser cualquier persona, sin distinción de sexo, raza, profesión, etc., así como que puede ser cometido tanto por una sola persona o por un grupo de individuos en el que cada miembro juegue un rol determinado.

Vale decir, que el delito puede ser cometido tanto por el autor directo como por terceras personas, por ej. la víctima que es penetrada sexualmente mediante el empleo de

¹⁸¹ Una detallada exposición crítica sobre estos delitos, en Gómez Rivero Ma.del Carmen, ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?, Revista Penal, ISSN,1138-9168, N° 18, 2006; también, de obligada consulta el trabajo de Maqueda Abreu María Luisa, Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político criminal, Madrid, 1992.

¹⁸² Conf. Bacigalupo Enrique, Principios de derecho penal, parte general, 5ta. ed., pags. 373 y sig., Akal Ediciones, Madrid, 1998; Moreno y Bravo Emilio, Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), pag. 72, Dykinson, Madrid, 1997; Aboso Gustavo Eduardo, Código penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia, pag. 297, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

violencia u obligada a realizar tocamientos impúdicos al autor de la agresión o a un tercero (autoría directa o inmediata), o el empleo de violencia ejercida por un tercero en la fase de ejecución del acceso carnal llevado a cabo por otro (coautoría)¹⁸³, o bien el uso de un menor (que sirve de instrumento), mediante amenaza, para agredir sexualmente a otra persona, en el que el hombre de atrás controla la situación (autoría mediata). Por lo tanto - como se puede apreciar-, resultan admisibles las distintas formas de autoría, inclusive la autoría mediata, situación que impide que la infracción pueda ser considerada como delito de propia mano.

En el caso que la agresión consista en alguna de las modalidades típicas previstas en el art.119 CP, hay que distinguir: si se trata del delito de violación en sentido propio (mediante acceso carnal) o si, por el contrario, el delito consiste en la introducción de objetos o partes del cuerpo en las señaladas cavidades del sujeto pasivo.

En el primer caso (violación), el delito es común y consiste en (mantener) acceso carnal, con otra persona, por vía vaginal, anal o bucal, y, por tal razón, puede ser cometido por cualquiera sobre el cuerpo de cualquier persona. En suma, los sujetos activo y pasivo son indiferenciados, tanto un hombre como una mujer pueden ser autores del delito pero, como la acción (acceder carnalmente) implica penetración, en el contexto sexual siempre debe de haber un hombre, circunstancia que excluye de los límites del delito las relaciones lésbicas (entre mujeres).

Esto es así por cuanto, en realidad, el delito no consiste en “tener” acceso carnal forzado con otra persona, pues no es eso lo que dice la norma; lo que dice es que, cuando se den las circunstancias del primer párrafo (abuso sexual) “hubiere” acceso carnal por vía vaginal, anal u oral...”, vale decir, que lo que la norma prescribe es una “situación” (genérica) de relación sexual con otra persona en la que se da un acceso carnal, sin otras mayores especificaciones. Es por ello que la situación de los sujetos activo y pasivo es indiferenciada.

¹⁸³ Aboso Gustavo Eduardo, Código penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia,pag. 319, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

Si el tipo penal hubiera consistido, por el contrario, en “tener” acceso carnal con otra persona, y como sólo puede “tener” quien se encuentra en condiciones anatómicas de hacerlo, entonces la conclusión hubiera sido que sólo el hombre puede ser sujeto activo, circunstancia que hubiera determinado, seguramente, que el delito sea concebido en términos de autoría como delito de propia mano.

No obstante ello, alguna doctrina entiende que el delito de violación es un delito de propia mano, pero admite que en el caso de accesos o introducción de objetos realizado por varios sujetos activos sucesivamente, alternándose en el ejercicio de la fuerza o intimidación y en la penetración o introducción, responderán todos ellos de las sucesivas agresiones sexuales, como autor principal el que realiza el acto sexual concreto y como cooperadores los demás ¹⁸⁴.

Una postura similar es sostenida por Diez Ripollés ¹⁸⁵ al afirmar que en esta clase de delitos el tipo presupone un comportamiento corporal o personal que el autor debe ejecutar por sí mismo de modo inmediato, dado que sólo así realizará el contenido de lo injusto de la acción específica de esta clase de delitos.

En la actualidad y debido a la transformación que ha experimentado el viejo delito de violación –que de una modalidad de yacimiento pasó a convertirse en una forma de

¹⁸⁴ Conf. Conde-Pumpido Ferreiro Cándido, Cód. penal comentado, T.I, (Dir.: Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), pag. 564, Bosch, Barcelona, 2004. Pareciera que reconoce a los abusos sexuales (arts. 181-183, CP español) como delitos de propia mano, Cerezo Mir José, Derecho penal, parte general, pag. 930, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008; igualmente, Quintero Olivares Gonzalo, Curso de Derecho penal, parte general (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut), Cedes Editorial, Barcelona, 1997, para quien es inconcebible la autoría mediata en las agresiones sexuales (pag. 482). Sostiene que el estupro (violación, art. 213 CP Brasileño) es un delito de propia mano, que no admite la coautoría ni la autoría mediata, Pierángeli José Henrique, en Escritos Jurídico-penais, pag. 79, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1999.

¹⁸⁵ Conf. Diez Ripollés José L., La protección de la libertad sexual. Induficiencias actuales y propuestas de reformas, pag. 101, Barcelona, 1985.

agresión sexual cualificada-, cuya configuración pone el acento-en cierta medida- más en la afectación del bien jurídico protegido que en la propia conducta típica, lo cual ha significado –como vimos- una ampliación del ámbito de los sujetos, nada impide que autor del delito no sólo pueda ser considerado aquél que ha realizado por sí mismo la acción directa que importa el contacto corporal con el cuerpo de la víctima, sino también todos aquellos que, de un modo u otro y con diferentes roles, han tomado parte en la ejecución del hecho.

Vale decir, si bien es verdad –a nuestro juicio- que siempre habrá de existir un contacto corporal entre un sujeto y el otro, no lo es menos que dicho contacto ya no habrá de ser, necesariamente, el directo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, pues bien pudo haberse trasladado en cabeza del coautor o del autor mediato.

En este sentido, Suárez-Mira Rodríguez entiende que en materia de autoría y participación caben todas sus formas, incluso la autoría mediata. En efecto, dado que no estamos ante un delito de propia mano –si bien ello no es conforme con lo que sostiene la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia¹⁸⁶-, la utilización instrumental de otro sujeto es posible y, en consecuencia, cabe la autoría mediata. Esta puede tener su base en la instrumentalización por vía de la inimputabilidad del autor inmediato, del error o del empleo de la violencia física o moral. Un supuesto particular de cooperación necesaria es la que se suele denominar “intimidación ambiental”, caracterizada por la presencia de una o varias personas distintas del ejecutor del núcleo del atentado sexual de modo que contribuyen a la creación de la situación intimidatoria que es aprovechada por el autor (vid. STS de 17-1-2001, ponente Ramón Gancedo). También cabe la cooperación necesaria por omisión¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Entienden lo contrario Gallego José Ignacio y Hortal Juan Carlos, en Derecho penal, parte especial (Dir.: Mirentxu Corcoy Bidasolo), T.I, pag.221, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, quienes sostienen que se cuestiona el hecho de que todas las figuras típicas contenidas en este grupo delictivo se configuren como delitos de propia mano, de ahí que se admita la posibilidad de autoría mediata (la doctrina mayoritaria lo acepta y la jurisprudencia lo hace cada vez en mayor medida).

¹⁸⁷ Conf. Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Manual de Derecho Penal, parte especial, T. II, 3ra. Ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pags. 155 y sig. En el mismo sentido, Suárez Rodríguez Carlos, El delito de

En una misma dirección, Orts Berenguer señala –aunque dando la impresión que se refiere al delito de art. 178 CP español-, que “No habiendo sido configurada la agresión sexual como delito de propia mano, toda vez que en su definición no se especifica que el atentado en que consiste, adopte una u otra forma, lo realizan exclusivamente actos del sujeto activo, nada impide que la infracción se ejecute por autoría mediata, pues tanto se atenta contra la libertad sexual del sujeto pasivo verificando la acción libidinosa personalmente como por medio de otro”. Puede darse también, en su opinión, el caso denominado “intimidación ambiental”, como un supuesto de cooperación necesaria, destacando la sentencia del TS, según la cual hay cooperación necesaria cuando en la violación se da la presencia de varios individuos que actúan como componente intimidatorio, porque la simple concurrencia de una o varias personas, distintas del agresor efectivo, produce en el agredido un estado de indefensión real o afectivo (SSTS 12/6/92, 8/2/91, 5/12/92, 22/2/04, 17/1/01, etc.)¹⁸⁸.

Por su parte, Ventura Püschel nos dice que “La tradición jurisprudencial restringía el ámbito de la autoría del viejo delito de violación al autor en sentido material, considerando que se trataba de un delito de propia mano porque el legislador exigía el “yacimiento”. Sin embargo, el delito de violación exige la conjunción de una acción “sexual” (tan amplia como se ha descrito ya) y un medio violento o intimidatorio. Ninguna dificultad plantea la asunción de la coautoría, aplicando la teoría del dominio del hecho, que exige una contribución esencial del partícipe. Dicha contribución puede referirse a los medios necesarios para vencer la resistencia de la víctima, es decir, la violencia o intimidación. Si dos sujetos deciden cometer una violación y uno de ellos sujeta a la víctima mientras el otro

agresiones sexuales asociadas a la violación, pags. 28 y sig. y 366, Aranzadi Editorial, Navarra, 1995; Carmona Salgado Concepción, Curso de Derecho penal, parte especial (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, pag. 313, Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹⁸⁸ Conf. Orts Berenguer Enrique, Derecho penal, parte especial, pág. 248, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Brinda este autor un ejemplo de cooperación necesaria en la jurisprudencia: uno de los agresores amenaza al marido de la víctima con un cuchillo mientras un tercero la viola (SSTS de 8/2/91, 18/3/92, 20/10/99, 5/10/01, 4/12/02, etc.).

la penetra, ambos sujetos son autores del hecho, aunque sólo uno de ellos haya penetrado. Lo mismo ocurriría en el delito de homicidio aunque sólo uno de los coautores el que efectivamente mate a la víctima. De igual modo, es perfectamente concebible la autoría mediata en aquellos casos en los que concurra la violencia o la intimidación tanto sobre el autor material como sobre la víctima, al convertirse aquél en un mero instrumento del autor “mediato”¹⁸⁹.

Finalmente, hay autores que, admitiendo la posibilidad dogmática de existencia de los delitos de propia mano, estiman que el problema que podrían presentar estas infracciones es ajeno al derecho penal español, por cuanto no existe ningún delito que pueda ser reconducible a esta categoría, entendiéndose –además– que la mayoría de los delitos que la doctrina considera como de propia mano son, en realidad, delitos especiales¹⁹⁰.

Aboso da cuenta de un fallo del Tribunal Supremo español que aceptó la autoría mediata en el delito de violación. Una mujer había logrado que otra ejerciera la prostitución, bajo amenaza de muerte y en dichas circunstancias había conseguido que un cliente mantuviera relaciones sexuales con la víctima sin percatarse de la situación coactiva

¹⁸⁹ Conf. Ventura Püschel Arturo, en Derecho penal español, parte especial (I) (Dir.: F. Javier Alvarez García), pags. 417 y sig. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. De similar opinión, Caruso Fontán María Viviana, Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, pags. 244 y sig., Tirant Monografías, N° 391, Valencia, 2006.

¹⁹⁰ Con esta idea, Zugaldía Espinar José M., en Derecho penal, parte general (varios autores), 2da. Ed., pag. 769, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Sostiene lo contrario, Quintero Olivares Gonzalo, en Parte General del Derecho Penal (con la colaboración de Fermín Morales Prats), pag. 625, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, para quien, al analizar la autoría y la participación en los delitos especiales, destaca que, al parecer, no hay obstáculo en admitir que un sujeto cualificado según el tipo pueda utilizar como instrumento a otro que no tiene tal cualificación. Se exceptúan –dice– aquellos delitos en los que además es necesaria una *actuación personal del autor* (por ej. violación), de tal modo que es inconcebible el uso de instrumento alguno. Esta clase de delitos se denominan *delitos de propia mano* (destacado del autor). Puede verse una posición diferente en Octavio de Toledo y Ubieto Emilio, La autoría conforme al Código penal, en El nuevo Derecho penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats), pag. 587, Aranzadi Editorial, Navarra 2001.

por la que atravesaba aquélla y así su falta de consentimiento. En este caso –señala este autor-, concurrían tanto el ejercicio de intimidación sobre la víctima como la utilización de un instrumento humano que actúa bajo error de tipo (puesto que desconocía la ausencia de consentimiento eficaz por parte de la víctima). Así, pues, se calificó de autoría mediata la conducta de la mujer que ejerció coacción sobre la víctima y de esa manera logró que ella mantuviera relaciones sexuales no consentidas con otra persona, que desconocía los extremos invocados. En otro fallo, el citado tribunal expresó que “es indudable que, reducido el problema a tales límites, a partir de la premisa sentada (sólo el varón podría tener acceso carnal), no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría, dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia (STS, Sala Penal, recurso 3749/1992, de 2 de noviembre de 1994) ¹⁹¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo –como se ha visto- ha admitido la posibilidad de la coautoría y de la autoría mediata en el delito de violación, arguyendo que si en este delito el ejercicio de la violencia es suficiente para la coautoría (puesto que toda cooperación necesaria en el momento de la ejecución constituye una manifestación del codominio del hecho y, consecuentemente, de la autoría en sentido estricto), también debe serlo para la autoría mediata, dado que tanto la coautoría como la autoría mediata presuponen, según sus reglas, que el coautor o autor mediato ostente los requisitos de la autoría del tipo concreto cuando éste exige alguna cualificación específica. Es obvio que si se admite la coautoría del que sólo aplica la violencia es porque la autoría no requiere una ejecución de propia mano; de lo contrario, la coautoría se debería excluir...se admite (en la doctrina española) la posibilidad de la coautoría, dado que la estructura del tipo permite que

¹⁹¹ Conf. Aboso Gustavo Eduardo, Código penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia, pags. 591 y sig., IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012. Muy interesante la monografía de Alcalá Sánchez María, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, pag. 285, Editorial Comares, Granada, 2000, en donde afirma que “no hay problemas particulares para admitir la autoría mediata en los delitos de mera actividad, sean o no de propia mano”.

la violencia sea ejercida por quién no realiza personalmente el acceso carnal. Del mismo modo también debería admitirse la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, sino por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia. Por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se la realiza a través de otro que opera como mero instrumento (STS, de 2 de noviembre de 1994, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo).

XII. PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

El régimen actual de la prescripción de la acción penal establecido en el Código penal para los delitos sexuales, puede ser dividido en dos categorías: una, para las infracciones cometidas entre personas adultas, para las que rige el sistema tradicional previsto en los artículos 62 y sig. del Código penal y la otra, derivada del régimen instaurado por la Ley 27.206 de 2015.

Sin perjuicio de ello, debemos recordar en términos generales que la extinción de la acción penal es de orden público y se produce de pleno derecho por el transcurso del tiempo, conforme con los plazos legales respectivos, de tal suerte que debe ser declarada de oficio por cualquier tribunal, en cualquier estado de la causa y en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo del asunto, es irrenunciable por el interesado o beneficiado y corre y se opera en relación a cada delito aun cuando exista concurso entre ellos (tesis del paralelismo), con la consiguiente intervención obligatoria del Ministerio Público, bajo pena de nulidad¹⁹². Se trata de un instituto que se encuentra incluido en la garantía de la defensa

¹⁹² Confr. jurisprudencia al respecto en Romero Villanueva Horacio J., Código penal de la nación, pag. 247, 5ta. ed., Abeledo Perrot, 2012. Ibidem, en Breglia Arias Omar y Gauna Omar R., Código penal y leyes

en juicio¹⁹³. A su vez, el cómputo del término debe efectuarse, en los delitos instantáneos, a partir de la medianoche del día en que se cometió el delito (o el último delito), mientras que en los delitos permanentes, a partir de la medianoche del día en que han cesado de cometerse (art. 6 CCyCN).

La segunda categoría a que hacemos referencia más arriba, contempla un régimen especial del cómputo de la prescripción para cuando la víctima del delito sexual fuera un menor de edad, esto es, para cuando aún no ha cumplido los dieciocho años de edad (art. 25 CCyCN), en cuyo caso rigen las disposiciones de los párrafos 4to y 5to. del art. 67 del Código penal introducidos por la Ley No. 27.206.

Con la reforma de la Ley N° 26.705 de 2011¹⁹⁴, se había modificado el segundo párrafo del art. 63 de Código penal, con el siguiente texto: “En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, y 130 —párrafos segundo y tercero— del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad”.

Vale decir, que en aquellos casos en los que el delito fuere de violación y se tratara de una víctima menor de edad, el curso de la prescripción de la acción penal comenzaría a correr recién desde la medianoche del día en el que el menor hubiere cumplido los dieciocho años de edad (mayoría de edad). Si, como consecuencia del hecho, hubiera ocurrido la muerte de la víctima, la prescripción de la acción penal hubiera comenzado a correr desde la medianoche del día en que el menor hubiere cumplido la mayoría de edad.

complementarias, comentado, anotado y concordado, 6ta. Edición, T. 1, pags. 596 y sig., Editorial Astrea, 2007.

¹⁹³ CSJN, ED,136-571 (31/10/89).

¹⁹⁴ Ley 26.705 (BO: 5/10/2011)

Esta normativa fue derogada por la **Ley N° 27.206**¹⁹⁵, cuyo texto introdujo, por un lado y al art. 20 bis del Código penal la pena de inhabilitación perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión del delito (sexual, y por otro lado, introdujo modificaciones a los párrafos 4 y 5 del art. 67, con el siguiente texto *En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 — in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.*

Como se puede observar, la normativa introduce una nueva causal de suspensión de la acción penal para los delitos en ella previstos, configurando el término *a-quo* de la prescripción penal “mientras la víctima sea menor de edad”, es decir, hasta que cumpla los 18 años, tiempo durante el cual el curso de la prescripción deja de correr (se suspende), mientras que el término *ad-quen* finaliza *en el momento en que la víctima formula la denuncia ante la autoridad competente o ratifica la que hubiere sido formulada por sus representantes legales cuando ella aún era menor de edad*, cualquiera haya sido su edad al hacerlo. Por lo tanto, caducarán sus efectos suspensivos cuando cese la causa que originó la suspensión (la falta de denuncia o ratificación por parte de sus representantes legales), debiéndose computar el tiempo anterior que hubiere transcurrido hasta el momento de aparecer la causal que motivó la suspensión. Vale decir, que la suspensión del término de la prescripción sigue activo hasta tanto la víctima haya formulado la denuncia ante las autoridades competentes o sus representantes legales no la hayan ratificado expresamente. Una vez formulada la denuncia o su ratificación, el curso de la prescripción continúa, debiendo computarse el tiempo ya transcurrido. Si, por el contrario, hubiere ocurrido la muerte del menor como consecuencia del delito sexual, la prescripción comenzará su curso desde la medianoche del día en que el menor hubiera cumplido los 18 años de edad.

BIBLIOGRAFIA

¹⁹⁵Ley 27.206 (BO 10/10/2015)

- ABOSO, Gustavo Eduardo, *Código Penal. Comentado y concordado*, B.deF., Julio César Faira Editor, Buenos Aires - Montevideo, 2012.
- ACHÁVAL ALFREDO, *Manual de medicina legal*, 2a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- ALCÁCER GUIRAO RAFAEL, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier Serfie Mayor, Barcelona, 2003.
- ALCALE SÁNCHEZ MARÍA, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- ALONSO DE ESCAMILLA Avelina, *El delito de violación: la conducta típica*, disponible en Dialnet-ElDelitoDeViolacion-46348.pdf, desde dialnet.unirioja.es.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier - GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010.
- AROCENA, Gustavo Albeto, *Ataques a la integridad sexual*, Astrea, Buenos Aires, 2012.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, parte general*, 2da. edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (director), *Compendio de Derecho Penal, parte especial*, vol. 1, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003.
- BEGUE LEZAÚN J.J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, 1999.
- BELLUSCIO AUGUSTO CÉSAR, *Derecho de familia*, Abeledo Perrot, Bs.As., 2016.
- BRAGE CENDÁN SANTIAGO B., *El delito de abuso sexual por el uso de sustancias químicas*, Diario La Ley N° 8216, Sección Doctrina, 20/12/2013, año XXXIV, Editorial La Ley, 2013.
- BREGLIA ARIAS, Omar, *Homicidios agravados*, Astrea, Buenos Aires, 2009.

BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA Omar, *Código penal*, comentado, 6ta. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

BOIX REIG JAVIER y ORTS BERENGUER ENRIQUE, “*Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la ley orgánica 11/1999*”, *Actualidad Penal*, No. 35, Madrid, 1999.

BOIX REIG JAVIER y ORTS BERENGUER ENRIQUE, *Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999*, en *El nuevo código penal español en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (Coord.: Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats), Aranzadi Editorial, Navarra, 2001.

BUOMPADRE Jorge Eduardo, *La fellatio in ore no es violación*, JA, 1984-A-861.

BUOMPADRE, Jorge E, *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*, “*Rev. de Ciencias Penales*”, 1999-2, Mave, Corrientes, 1999.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 1, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2009.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de derecho penal, parte especial*, Bosch, Barcelona, 1986.

CANCIO MALIÁ MANUEL, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, *La Ley Penal*, N° 80, marzo de 2011, Editorial La Ley, disponible en Internet en portal.uam.es

CARMONA SALGADO CONCEPCIÓN, en *Curso de Derecho penal, parte especial* (Dir.: Manuel Cobo del Rosal), T.I, Marcial Pons, Madrid, 1996.

CARMONA SALGADO CONCEPCIÓN, *Incidencias de la LO 15/2003 en la figura de las agresiones sexuales cualificadas: consideraciones críticas acerca de un nuevo error*

legislativo, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

CARMONA SALGADO CONCEPCIÓN, *Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho*, en El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada, 1999.

CARUSO FONTAN, María Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant Monografías, N° 391, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CARUSO FONTAN, Viviana, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor*, Revista Penal, N° 28, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CARRARA FRANCISCO, *Programa de Derecho criminal*, parte especial, Vol.II, Ed. Temis Bogotá, 1972.

CASAS BARQUERO ENRIQUE, *El consentimiento en el derecho penal*, Córdoba, 1987.

CEREZO MIR, José, *Derecho penal*, parte general, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2008.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO CÁNDIDO, *Código penal comentado*, T.I, Bosch, Barcelona, 2004.

CONTE-GRAND JULIO, *Tratado de Derecho Civil y Comercial* (Sánchez Herrero Andrés, Director; Sánchez Herrero Pedro, Coordinador), T.1, parte general, La Ley, 2016.

CUERDA ARNAU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas*, *Revista General de Derecho Penal*, 13 (2010), Revistas@iustel.com., disponible en bib.us.es

CUGAT MAURI MIRIAN, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Dir.: Francisco Alvarez García y José Luis González Cussac), Tirant lo Blanch Reformas, Valencia 2010.

CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.

CREUS CARLOS, *Delitos sexuales según la ley 25.087*, *Jurisprudencia Argentina*, N° 6151, 21/7/99, Buenos Aires, 1999.

CREUS CARLOS, *Coacciones y Amenazas*, en *Cuestiones Penales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1982.

CHRYSOLITO DE GUSMAO, *Delitos sexuales*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

CUELLO CALÓN EUGENIO, *Derecho penal, parte especial*, T. II, 7° ed., Bosch, Barcelona, 1949.

CLEMENTE JOSÉ LUIS, *Violación, Estupro, Abuso Deshonesto*, Marcos Lernes Editora, Córdoba, 1995.

CHIAPPINI JULIO O, *La fellatio in ore: una réplica*, *JA*, del 28/7/93, Buenos Aires, 1993.

DE LUCA JAVIER y LÓPEZ CASARIEGO JULIO, *Delitos contra la integridad sexual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

DE VICENTE MARTINEZ, Rosario, “*Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género*”, *Anuario de Derecho Penal*, N° 1999-2000.

DE VICENTE MARTINEZ ROSARIO, *Comentarios al Código penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1990.

DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ L., *Comentarios al código penal, parte especial*, pag. 292, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DIEZ RIPOLLÉS JOSÉ L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985.

DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, en *Delitos contra la libertad sexual*, Escuela Judicial, CGPJ, N° 21, Madrid, 1999.

DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual)*, Bosch, Barcelona, 1981.

DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, *Delitos contra la Libertad sexual: ¿libertad sexual o moral sexual?*, en *Nuevas tendencias en Política Criminal*, (Dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, Coord. Víctor Gómez Martín), IBdeF, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO JULIO, *Compendio de derecho penal, parte especial*, (Dir.: Miguel Bajo Fernández), Vol. II, colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998.

ESTRELLA Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

FERNÁNDEZ GONZALO, *Bien Jurídico y sistema del delito*, Editorial IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

FONTÁN BALESTRA CARLOS, *Tratado de derecho penal, parte especial*, T.V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.

FONTAN BALESTRA, Carlos - MILLAN, Alberto S., *Las reformas al Código Penal. Ley N° 17.567*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

GARCÍA ÁLVAREZ Pastora, *El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013*, Revista General de Derecho Penal 20 (2013), Revistas@iustel.com

GARCÍA PÉREZ OCTAVIO, *La regulación del derecho*

penal sexual en España, en Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Dir.: Luis Reyna Alfaro), pag.242, Jurista Editores, Lima, Perú, 2005.

GARCÍA VALDES CARLOS y FIGUEROA NAVARRO CARMEN, *El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la conducta típica*, en Estudios Penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

GARONA JOSÉ IGNACIO, *El delito de violación*, en Violación, Estupro, Abuso Deshonesto (Dir.: Jorge Daniel López Bolado), Lerner, Córdoba, 1971.

GALLEGO José Ignacio Y HORTAL JUAN CARLOS, en sus comentarios en *Derecho Penal, parte especial* (Dir.: Mirentxu Corcoy Bidasolo), T.I, Tirant lo Blanch, Vallencia, 201

GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *La mujer y el Código Penal*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La reforma de los delitos sexuales*, en Estado de Derecho y Ley Penal, La Ley Temas, La Ley, Madrid, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Los nuevos gestores de la moral colectiva*, en Estado de Derecho y Ley Penal, La Ley Temas, La Ley, Madrid, 2009.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG ENRIQUE, *Prólogo al Código penal*, edición Tecnos, 1996.

GÓMEZ EUSEBIO, *Tratado de Derecho penal*, T.III, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940

GÓMEZ PAVÓN PILAR, *El delito de violación: algunas cuestiones*. El código penal de 23 de noviembre de 1995, Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 5, Madrid, 1995.

GÓMEZ RIVERO Ma.del Carmen, *¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?*, Revista Penal, ISSN,1138-9168, N° 18, 2006.

GÓMEZ TOMILLO MANUEL, *Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político-criminal*, RECPC-04-2005.

- GONZÁLEZ RUS JUAN JOSÉ, *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982.
- GONZÁLEZ RUS JUAN JOSÉ, *El bien jurídico protegido en el delito de violación*, en Estudios penales, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.
- GONZÁLEZ RUS JUAN JOSÉ, *¡No!, y basta (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)*, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T.II, Edisofer, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ RUS JUAN JOSÉ, *Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995*, Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 1996.
- HERRERA MORENO, Myriam, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, t. 1, Tecnos, Madrid, 2010.
- HERRERA MORENO, Myriam, *Violencia en la violación: Aspectos dogmáticos y victimológicos*, junio de 2002, disponible en Internet en noticias.juridicas.com
- JAKOBS Günter, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2da. edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS GÜNTHER, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, 1ra. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mandoza, 2002.
- JESCHECK HANS H., *Tratado de derecho penal, parte general* (trad. y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), vol. I, pag., Bosch Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *EL Criminalista*, 2da. serie, Buenos Aires, vol. III.
- JOFRÉ TOMÁS, *El Código penal de 1922*, Sociedad de Abogados Editores, Buenos Aires, 1922.
- KINDHÄUSER URS, *El consentimiento en el derecho penal*, Reflexiones desde la teoría de las normas, Boletim Da Faculdade de Direito, N° 99, Universidad de Coimbra, 2000.
- KRASNOW ADRIANA N. (Directora), *Manual de derecho de familia*, Ed. Astrea, 2016.
- LAMARCA PÉREZ CÁRMEN, *El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual*, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, N° 35, año IV, febrero de 2007, La Ley, Madrid, 2007.
- LARRAURI, Elena, “*La mujer ante el derecho penal*”, disponible desde

www.nodo50.org/feminismos.

LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, siglo XXI de España Editores S.A., Madrid, 1994.

LUZON PEÑA Diego-Manuel, *Curso de derecho penal, parte general*, I, Editorial Universidad S.A., Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, *El consentimiento en derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal*, *Revista General de Derecho Penal*, 18 (2012), Revistas@iustel.com

LLOVERAS NORA (Directora), *Manual de derecho de las familias*, Mediterránea, 2016.

MAGGIORE GIUSEPPE, *Derecho penal, parte especial*, 2º ed., Vol.IV, Editorial Temis Bogotá, 1972.

MAQUEDA ABREU MARÍA LUISA, *La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores*, *El nuevo código penal y la Ley del jurado*, Sevilla, 1996.

MAQUEDA ABREU MARÍA LUISA, *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político criminal*, Madrid, 1992.

MIR PUIG SANTIAGO, *Derecho penal, parte general*, 5ta. edición, Barcelona, 1998.

MONGE FERNÁNDEZ ANTONIA, *Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 179 y 179 CP conforme a las LO 15/2003, de 25 de noviembre)*, Tirant Monografías, Nº 392, Valencia, 2005.

MONGE FERNÁNDEZ ANTONIA, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los arts. 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/ 2010*, JB Bosch Editor, Barcelona, 2011.

MONGE FERNANDEZ ANTONIA, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010*, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* Nº 15 (85-103), Universidad San Sebastián, Chile, 2010, disponible en Internet en dialnet.unirioja.es.

MORALES PRATS FERMÍN Y GARCÍA ALBERO RAMÓN, *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), Pamplona, 2011.

MORAS MOM Jorge R. Los delitos de violación y corrupción, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1971.

MORENO y BRAVO EMILIO, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Dykinson, Madrid, 1997.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Los delitos contra la libertad sexual*, en Estudios Penales y criminológicos, N° 13, 1988-1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco- GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1993.

NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino, parte especial*, t. V, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.

NUÑEZ , Ricardo C., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. IV, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO EMILIO, *La autoría conforme al Código penal*, en El nuevo Derecho penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats), Aranzadi Editorial, Navarra 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique - SUAREZ MIRA-RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, N° 34, Tirant lo Blanch, “Colección Los delitos”, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC José L., *Compendio de derecho penal, parte general*, 2da. Edición actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ORTS BERENGUER ENRIQUE, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, 1995.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE - SUÁREZ MIRA-RODRIGUEZ, CARLOS, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, N° 34, Tirant lo Blanch, “Colección Los delitos”, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER ENRIQUE, en *Derecho penal, parte especial*, 3ra. Edición, pags. 213 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1999.

ORTS BERENGER, Enrique, *El delito de violación*, Comentarios a la legislación penal, Edersa, Madrid, t. XIV, vol. 1.

PIERANGELI José Henrique, *Escritos Jurídico-penais*, 2da. ed., Editora Revista Dos Tribunais, Sao paulo, 1999.

POLAINO NAVARRETE MIGUEL, *Derecho Penal, modernas bases dogmáticas* (con la colaboración de Miguel Polaino-Orts), presentación de José antonio Caro John, Editora Jurídica Grijley, Lima-Perú, 2004;

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, N° 25, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975.

POLAINO NAVARRETE, Miguel,, *Derecho penal. Parte general*, t. II - Teoría Jurídica del delito, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el código penal español*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, N° 13, 1972.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción al derecho penal* (con la colaboración de Miguel POLAINO- ORTS), Universidad de Huánuco, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Editorial Jurídica Grijley,Lima, Perú, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Mave, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2000.

POLAINO- ORTS, Miguel, “*Sobre el injusto de la violación en la pareja*”, Cuadernos de Política Criminal, N° 87, Madrid, 2005.

POLAINO ORTS MIGUEL, en *Violar a la pareja: ¿injusto atenuado o agravado?*, Femicidio y discriminación positiva en derecho penal, Colección Dogmática Penal, N° 9, ARA Editores, Lima, Perú, 2012.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*

1, Tecnos, España, 2010.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad*, Cuadernos de Política Criminal, segunda época, N° 82, CESEJ, Madrid, 2004.

POLAINO-OTRS MIGUEL, *Libertad como autodeterminación personal* en Derecho penal, en *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Colección Dogmática Penal, N° 8, Ara Editores, Lima, Perú, 2012.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, IBdeF, Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ JOAN J., *Derecho penal español, parte especial*, 3ra. Edición, JM Boch Editor, Barcelona, 1996.

QUERALT JIMÉNEZ JOAN J., *Algunos aspectos de la reciente reforma de la LO 5/2010*, en *Derecho penal español*, 6ta. edición, revisada y actualizada, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES GONZALO, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

QUINTEROS OLIVARES GONZALO (Director), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010.

QUINTERO OLIVARES GONZALO (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Camut), *Curso de Derecho Penal, parte general*, Cedes Editorial, Barcelona, 1997.

REINALDI Víctor F., *Los delitos sexuales en el código penal argentino, Ley 25.087*, Lerner, Córdoba, 1999.

REYNA ALFARO LUIS, en *El derecho penal sexual frente a la discusión de género, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial* (Dir.: Luis Miguel Reyta Alfaro), Jurista Editores, Lima, Perú, 2005.

RIBAS EDUARDO RAMÓN, *Minoría, sexo y Derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

RIBAS EDUARDO RAMÓN, *La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad*

sexual, en Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RIVERA JUIO CÉSAR y GRACIELA MEDINA, Derecho de familia, Abeledo Perrot, Bs.As., 2016.

RODRIGUEZ DEVESA JOSÉ MARÍA, *Derecho penal español, parte especial*, Madrid, 1971.

RODRÍGUEZ RAMOS LUIS, *Código penal, comentado y con jurisprudencia*, 2da. Edición, La Ley, Madrid, 2007.

ROMERO VILLANUEVA HORACIO J., *Código penal de la nación*, pag. 247, 5ta. ed., Abeledo Perrot, 2012.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, T.I, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, séptima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

SÁNCHEZ DEFAUCE MARIO, *Libertad e indemnidad sexuales: arts. 178 y 180*, en Comentarios a la reforma penal de 2010 (Dir.:Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac), Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010

SAINZ CANTERO JOSÉ A., *La reforma del derecho penal sexual*, en Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

SERRANO GÓMEZ ALFONZO, *Derecho penal, parte especial*, 2da. Edición, pag. 181, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, TEA, Buenos Aires, 1970.

SUAREZ RODRIGUEZ CARLOS, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ CARLOS, *Manual de derecho penal, parte especial*, T.II, 3ra. Edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

TAMARIT SUMALLA JOSÉ MARÍA, *Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183 y 183 bis)*, en La Reforma Penal de 2010: Análisis

y Comentarios (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010.

TENCA Adrián Marcelo, *Delitos sexuales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

TIEGHI OSVALDO N., *Delitos sexuales*, T.1, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1983.

URE ERNESTO, *Los delitos de violación y estupro*, Ideas, Buenos Aires, 1952.

URE ERNESTO, *Once nuevos delitos*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

VALLE MUÑIZ JOSÉ MANUEL, en *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

VILLADA, Jorge Luis, *Delitos Sexuales*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

VIVES ANTÓN TOMÁS S. Y GONZÁLEZ CUSSAC JOSÉ L., *Derecho penal, parte especial*, 3º ed., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1999.

ZUGALDÍA ESPINAR José Miguel., en *Derecho penal, parte general* (varios autores), 2da. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, 3ra. ed., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1993.

