

El origen de las modificaciones a los artículos 119 y 120 del Código Penal argentino y la influencia del Código Penal español (arts. 178 a 181)¹

Rodrigo Delgado²

Resumen

Inserto en el marco del proyecto de investigación sobre la reforma del artículo 119 del Código Penal de la Nación, tenemos como punto de partida el Decreto 340/2017, publicado el 17/05/17 en el Boletín Oficial, en el que el Poder Ejecutivo Nacional promulgó la Ley 27.352 que modifica este artículo del Código Penal de la Nación, con el objetivo de precisar las acciones que comprende el delito de abuso sexual. Concretamente, la parte más trascendente de la modificación es su primer párrafo, pues el resto del artículo permanece intacto. En primer término, lo que se observa en el párrafo inicial es que se ha suprimido la frase “persona de uno u otro sexo” reemplazándose por la palabra “persona”. La modificación sustancial estriba en el saneamiento de una discusión doctrinaria y jurisprudencial, en cuanto a que la frase “por cualquier vía” se prestaba a dos interpretaciones (una amplia y otra restrictiva) al entenderse que ciertos actos abusivos eran considerados dentro del párrafo segundo del art. 119 “abuso sexual gravemente ultrajante” conformando la interpretación restrictiva; en tanto, otros autores entendían que la “vía bucal” se consideraba un abuso sexual con acceso carnal “violación”, conformando la interpretación amplia. La norma modificada aclara que el abuso sexual con acceso carnal “violación” conserva la misma penalidad, esta frase varias veces debatida “acceso carnal”; pero se aclara enfáticamente que el mismo puede ser “por vía anal, vaginal o bucal” y se agrega otros conceptos tales como: “o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”, que no son novedosos pues ya figuraban en el Código Penal español (art. 179) y también en la disidencia que había realizado la Dra. María Elena Barbagelata en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014.

Palabras clave: Código penal; abuso sexual; reforma.

¹ Este trabajo forma parte de la investigación que se realiza en el marco de un proyecto de UFLO Universidad.

² Alumno de Derecho en UFLO Universidad. Contacto: rodrigodelgado@hotmail.com/1535829804

I. Introducción

Inserto en el marco de la nueva regulación del artículo 119 del Código Penal de la Nación, tal modificación se da con el objetivo de precisar las acciones que comprenden al delito de abuso sexual, alejado de la lacónica referencia dada previamente por el viejo art. 119 modificado por la Ley 25.087 de 1999.

La parte más trascendente de la modificación es en el primer párrafo del art. 119 –pues el resto del articulado permanece intacto– hay una controversial referencia al sujeto pasivo en dicho delito, ya que en el párrafo inicial es que se ha suprimido la frase “persona de uno u otro sexo” reemplazándose por la palabra “persona”.

Si bien la redacción anterior dejaba perfectamente aclarado que el sujeto pasivo de este tipo de delitos podía ser tanto varón como mujer, estimo que la nueva formulación no altera en su esencia lo dicho, pues al hablar simplemente de “persona” se sobreentiende que genéricamente abarca tanto el género femenino como el masculino.

A su vez, resulta menester hacer referencia al artículo 120 del mencionado Código, el cual se mantiene vigente desde la reforma de la Ley 25.087 de 1999, ya que mantiene relación directa con el art. 119, si bien se tipifica a la misma conducta, en ambos artículos. Estamos ante el mismo tipo penal, pero es clara la distinción en cuanto a la edad del sujeto pasivo

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

Más luego de que se articulara la reforma antes mencionada, la cuestión no se advertía tan clara. En una tesis restrictiva se consideraba que el autor material del hecho solo podía ser el hombre porque es el único que puede penetrar y el que posee el miembro viril que sirve para aquello. En el caso de la mujer, la cuestión pasaba por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrarla. En la medida en que el legislador insistía en usar las palabras “acceso carnal” de modo que cuando un hombre o una mujer son penetrados por objetos, el tipo se desplaza al sometimiento sexual gravemente ultrajante. El problema se suscita en los casos en que la mujer actúe como autor mediato, esto es, valiéndose de un inimputable o de alguien que actúe por error. En estos casos, si la violación es un delito de propia mano, no podría tipificarse el art. 119, párrafo tercero del CP.

II. Desarrollo

Quizás el legislador ha perdido una oportunidad más para suprimir de la norma el tan controvertido concepto “acceso carnal” que tanto debate ha suscitado en la doctrina, para sustituirlo por el término “penetración”. La acepción “acceso carnal” se entiende como la penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal.

Núñez³ consigna que no obstante la carencia de antecedentes explicativos de la fórmula no ha impedido a la doctrina llegar a un absoluto acuerdo, por lo menos acerca de que “tener acceso carnal” significa introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima. Agrega que: “La posibilidad de que el acceso sea con ‘persona de uno u otro sexo’ (art. 119), señala en forma indudable que la ley no solo se refiere al ayuntamiento carnal, según natura, entre un varón y una mujer, por la vía copulativa de ésta, sino también el concubito contra natura por vía rectal”.

Donna⁴ entiende que no hay duda de que el acceso carnal es la penetración del órgano masculino en la vagina de la mujer, considerando de esta manera el concepto básico de acceso carnal, dentro de una concepción cultural más conservadora. Ahora, si se busca un concepto más amplio que abarque una idea de lo sexual no discriminadora del otro, se puede extender la idea de acceso carnal a la penetración del órgano masculino vía anal. En estos dos conceptos se engloba la idea de acceso carnal como forma análoga de cópula sexual. Como el término es normativo, varía según las épocas, de allí que el legislador debe esforzarse en conceptualizarlo más. Pero está claro que se trata de un concepto de claro contenido sexual y que además tiene que ver con el acto sexual básico.

Finalmente, Creus y Buompadre⁵ sostienen en forma contundente que como el acceso carnal abusivo tiene como sujetos pasivos tanto la mujer como el hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se realiza por vía vaginal como cuando se realiza por vía anal.

En relación a ello, es importante destacar que la introducción de objetos es tipificada como violación en el art. 179 del Código Penal de España; en el art. 164 inciso b) del Código Penal de Portugal; en el art. 308 del Código Penal de Bolivia, y en el Anteproyecto de Reforma del Código penal de la República Oriental del Uruguay –art. 50 –, entre otros. Por otra parte, la introducción de objetos por vía vaginal o anal configura violación en los términos de los Artículos 7 1) g); 8 2) b) xxii; y 8 2) e) vi del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conforme los Elementos de los Crímenes aprobados en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte (3 al 10 de septiembre de 2002) ([8]). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por su parte, ha establecido que “las variaciones en el acto de violación pueden incluir actos que incluyen la inserción de objetos y/o el uso de orificios del cuerpo que no se consideran intrínsecamente sexuales”.⁶

En cuanto a lo referente a la conjunción copulativa existen dos concepciones que se han dado a través de tiempo y que en cierta forma han determinado el alcance del concepto: a) La biológica, que atiende a la problemática desde un ángulo eminentemente fisiológico que impone el acoplamiento por vía naturales del cuerpo de la víctima sean normales o anormales. De esta manera, a la primera la ubica únicamente en el conducto vaginal, es decir, que accede el hombre y es accedida la mujer, o sea, es el denominado coito normal. Pero ante la posibilidad de reacciones eróticas similares, ya sea por dotación glandular o sensibilidades de zonas erógenas se admite también la vía rectal femenina o masculina. Este criterio imponía una visión concreta y aproximada del órgano apropiado para el coito propiamente dicho; b) La otra concepción es la jurídica, que es donde los límites del acceso carnal se amplían en forma considerable admitiendo toda actividad directa de la libido, natural o no en que exista una intervención de los genitales del actor que pueda representar el coito, o una forma degenerada o equivalente de éste.

³ NÚÑEZ, Ricardo (1987). *Tratado de Derecho Penal*. Córdoba: Lerner, pág. 248.

⁴ DONNA, Edgardo (2005). *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pág. 61.

⁵ CREUSS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge (2018). *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea, pág. 209.

⁶ AA. VV. (2016) “Ley 27.352. Abuso sexual. Reforma Código Penal”. En Revista *Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/43278-arts-119-120-abusos-sexuales>.

La adopción de cualquiera de estas dos hipótesis llevaría a determinar la ubicación legal de la *fellatio in ore*, cuestión dirimida por la reforma. Con esta anterior referencia, Buompadre⁷ esbozaba sus reparos tanto para el criterio biológico como el jurídico, ya que, según su apreciación, el primero resultaba demasiado estricto frente al texto de la ley, pues al hacerse referencia a la “persona de uno u otro sexo” se está admitiendo de manera expresa la posibilidad del acceso carnal por vía anal. De esto se concluye que el sujeto pasivo del delito también puede ser un varón –en efecto lo es, pues tanto ahora como antes se hablaba de que el sujeto pasivo podía ser persona de uno u otro sexo–.

En cuanto al segundo criterio, lo motejaba de excesivo debido a que su aceptación sin reservas llevaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden encuadrarse en este título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad (art. 18 de la CN) que prohíbe precisamente, la aplicación *analógica in malam partem* de la ley penal. De modo que al descartar el criterio biológico por insuficiente, consideraba que el criterio jurídico tampoco propone un concepto preciso de acceso carnal, del que podía inferirse que también quedan abarcados en la forma el coito oral y otras prácticas sexuales equivalentes, cuestión con la que no estaba de acuerdo. Soler⁸ define el acceso carnal como la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal. Es una enérgica expresión –refiriéndose al acceso carnal– que significa que la penetración sexual se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. Esta inteligencia se deduce, además, de la referencia que hace el CP a otros abusos deshonestos sin que haya acceso carnal; también aduce que ninguno de los dos criterios acierta con la precisión que concuerda con el principio de legalidad. El acceso carnal es sin duda un concepto normativo del tipo, cuyo contenido debe ser buscado en lo que culturalmente se entiende por tal, en relación al bien jurídico protegido.

III. Conclusión

Gran parte de la doctrina que entiende que el sujeto activo debe ser necesariamente un hombre por ser el que penetra con su miembro viril también lo interpretan a la inversa, ya que el sujeto activo –según la norma– puede ser tanto varón como mujer al consignar la frase “realizare otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías” (anal o vaginal). El sujeto pasivo no cambia, pues también puede ser un varón como una mujer.

Con respecto a los actos análogos, es decir, actos de penetración con objetos (sean estos palos, botellas, consoladores y la variedad que la imaginación perversa pueda poner en práctica) o partes del cuerpo, dice la ley, en esta situación se abarca tanto el miembro viril masculino como los dedos y la lengua, pues constituyen parte del cuerpo humano, lo que puede acontecer tanto por vía anal como vaginal, circunstancias que anteriormente se encuadraban en el abuso sexual gravemente ultrajante. A partir de la modificación, el legislador lo tipifica como abuso sexual con acceso carnal.

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

Con respecto al abuso sexual gravemente ultrajante, en la legislación española no se advierte una figura independiente

⁷ BUOMPADRE, Jorge (2003). *Derecho Penal. Parte especial*. Corrientes: Mave, págs. 391/393.

⁸ SOLER, Sebastián (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, pag. 281.

como la nuestra, sino que el ejercicio de violencia o intimidación que revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio constituyen agravantes de los delitos de violación y abusos sexuales (art. 180, inc. 1; art. 181, inc. 5). Y se aclara que no cabe, sin embargo, el concurso entre la cualificación 1ª (carácter particularmente degradante o vejatorio) y el delito contra la integridad moral del art. 173, inc. 1, pues el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual.

En conclusión, en el abuso sexual gravemente ultrajante quedan incluidos aquellos actos violentos o intimidatorios o a menores de trece años que impliquen, por su duración o por las circunstancias de su realización, un sometimiento o cosificación de la víctima que afecte física y psíquicamente a ésta y se descartan, como se venía haciendo antes, los actos en los que se utilizaban elementos análogos al miembro viril. Todo ello ya no constituye un abuso sexual gravemente ultrajante y pasa a ser abuso sexual con acceso carnal o violación con el consiguiente aumento de la pena.

Quizás, tal como se hizo con respecto al párrafo tercero del art. 119 al implementar una copia del art. 179 del Código Penal español, hubiera sido adecuado que el legislador suprima la figura del abuso sexual gravemente ultrajante dado que aún genera entredichos en la doctrina y jurisprudencia. En este sentido, tal como en el Código Penal español se podrían haber introducido las circunstancias vejatorias y degradantes como agravantes del abuso sexual (del primer párrafo del art. 119 del CP).