

LA MUJER EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO (p. 173)

Zulita Fellini
Virginia Sansone

SUMARIO: *I. Introducción. II. Disposiciones Internacionales. a. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. b. Declaración sobre la violencia contra la mujer. c. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belém do Pará. III. Políticas diferenciadoras de las cuestiones de género: a. Política de la igualdad. b. Política de la diferencia. IV. Recepción de estas cuestiones en la legislación argentina: a. Infanticidio. b. Aborto. c. Delitos contra la integridad sexual. V. Conclusiones.*

I. INTRODUCCION.

Las diferentes teorías acerca de los fines de la pena, no han abordado la distinción respecto del género hombre o mujer. El Derecho penal del siglo XIX y XX contribuyó a reproducir las mismas estructuras donde la mujer es considerada históricamente como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad. Este Derecho penal establece tradicionalmente controles sociales sobre la sexualidad de las mujeres, que se perciben a través del rigorismo de las distintas formas de penalización del aborto y de la prostitución femenina entre otros por ejemplo; además de conformar una serie de estereotipos sobre su sexualidad.

(p. 174) Algunas figuras penales, como la violación, no respondieron en su origen a garantizar la libertad de elección sexual de la mujer, sino que tendieron fundamentalmente a la protección del honor del hombre.

Paulatinamente, deben reconocerse avances en el sentido de proporcionar igualdad de trato jurídico en los casos que estamos mencionando, y esto se pone de manifiesto en las modificaciones legislativas que lentamente operan

en distintos países en el ámbito de los llamados delitos contra la libertad sexual, o contra la integridad sexual¹.

Si bien hemos de referirnos en este trabajo a la desigualdad que a través de los años ha recogido la legislación penal respecto de cuestiones de género, - aún no resueltas totalmente- no es posible dejar de reconocer que el problema no es, ni ha sido privativo de esta parte del ordenamiento jurídico. Desde siempre la mujer fue postergada en el reconocimiento de sus derechos y de sus intereses.

En la actualidad, distintas instituciones en los ámbitos civil y de familia han evolucionado equiparando derechos entre el hombre y la mujer.

Así en el régimen legal sobre la capacidad civil de las mujeres, en la legislación argentina, pueden distinguirse tres etapas; la primera se produjo con la sanción del código civil de 1871, donde se les reconocía escasa capacidad, al punto de que era tutelada por el padre y una vez casada, por el marido. La segunda etapa data del año 1926 cuando se sanciona la Ley N° 11.357, denominada «Ley de ampliación de la capacidad civil de la mujer» que reconoce igualdad de capacidad con los hombres a la mujer que no estuviere casada, para ejercer sus derechos². Esta disposición resultó de suma importancia, pues implicó la abrogación de toda diferencia entre hombre y mujer en punto a sus derechos civiles. Desaparecieron incapacidades de derecho que les impedían, por razones de sexo por ejemplo, ser tutoras, curadoras o testigos en instrumentos públicos³.

No obstante ello, la mujer casada permanecía en condiciones de inferioridad, era considerada incapaz de hecho relativa ⁴, a quien se le reconocía capacidad **(p. 175)** para ser titular de derechos, pero se le vedaba la posibilidad de ejercerlos por ella misma, quedando esta función a cargo del marido.

¹ Cfr. FELLINI, 1999.

² Cfr. Código Civil de la República Argentina, 1999, p. 704, art. 1° de la Ley N° 11.357 –previo a la reforma de Ley 17.711- «...La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que la Leyes reconocen al hombre mayor de edad»

³ Cfr. LLAMBIAS, p.574.

⁴ Cfr. Código Civil de la República Argentina, p. 26: texto anterior a la reforma de la Ley N° 17.711 del art. 55 que rezaba :»... son incapaces respecto de ciertos actos del modo de ejercerlos; 1) los menores adultos, 2) las mujeres casadas...»

A modo de ejemplo, se le prohibía realizar actos administrativos sobre sus bienes propios o gananciales adquiridos por ella, la celebración o rescisión de contratos, la adquisición de bienes o acciones a título oneroso o gratuito, etc. Estas restricciones se basaban en la conveniencia de concurrir a la consolidación del núcleo familiar, en obsequio de lo cual se imponía a la mujer el sacrificio de su autonomía⁵.

La tercer etapa se considera a partir del año 1968, con la sanción de la Ley N° 17.711. Esta Ley ha hecho desaparecer todo rastro de incapacidad de la mujer en razón de su estado civil, estableciendo que al cumplir la mayoría de edad adquiere plena capacidad⁶

A la par de esta evolución, también ha habido transformaciones en el régimen de la patria potestad; en el año 1985 se sancionó la Ley N° 23.264, que estableció que el ejercicio de la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos progenitores, situación que hasta entonces estaba a cargo del padre⁷.

La Ley de adopciones en el año 1997, estableció que una mujer soltera podrá ser adoptante⁸.

⁵ Cfr. LLAMBIAS, p.567.

⁶ Cfr. Código Civil de la República Argentina, p. 704, redacción actual del art. 1° de la Ley N° 11.357, luego de la reforma de la Ley 17.711 «La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado civil, tiene plena capacidad civil»

⁷ Cfr. Código Civil de la República Argentina, pág. 72, redacción del art. 264 conforme Ley N° 10.903: «...la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado. El ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos corresponde al padre y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercitarla a la madre»; actual art. 264, reformado por Ley N° 23.264, «La patria potestad....su ejercicio corresponde 1- en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo que mediare expresa oposición»

⁸ Cfr. Código Civil de la República Argentina, p.82; actual redacción del art. 315, conforme a la Ley N° 24.779, «Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos por este código, cualquiera fuese su estado civil»

(p. 176) El derecho laboral y el de la seguridad social han adaptado su reglamentación hacia posiciones de equiparación de derechos y obligaciones. La Ley de contrato de trabajo – nro. 20.744- en vigencia, en nuestro ordenamiento nacional, establece la prohibición de hacer discriminaciones entre los trabajadores, entre otras cuestiones por motivos de sexo⁹ y la igualdad de trato¹⁰.

Específicamente establece en el Título VII - denominado «Trabajo de mujeres»-, disposiciones generales que parten de la premisa de la prohibición del trato discriminatorio en su empleo, fundado en el sexo o el estado civil ¹¹. Estas prescripciones se vinculan con derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución, como el de igualdad ante la Ley, el de igual remuneración por igual tarea, entre otros.

No obstante los esfuerzos que puedan hacerse desde el ámbito jurídico penal para establecer situaciones de igualdad de género, debe tenerse en consideración que la consecución de la paridad de los sexos en estas disposiciones no implica la igualdad material de ellos ante el derecho, los niveles formales no son equivalentes a los materiales puesto que normas iguales son aplicadas a grupos con profundas desigualdades sociales; así las mujeres criminalizadas deben enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionales profundamente marcadas por las relaciones preexistentes, por lo que sufren una mayor discriminación y marginación. Ejemplo de ello puede observarse en mujeres en prisión, o en distinto tratamiento de las mujeres ante los Tribunales penales, etc., por lo que se puede afirmar que el Derecho penal no ayuda a resolver los conflictos discriminatorios en los que intervienen mujeres, sino que la aplicación del mismo origina nuevas discriminaciones.

⁹ Cfr. Ley N° 20.774 de Contrato de Trabajo, art. 17: «Por esta Ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad

¹⁰ Cfr. Ley N° 20.774, art.81: «El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razón de sexo, religión o raza»

¹¹ Cfr. Ley N° 20.774, art. 172: «La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo, no pudiendo consagrarse por las convenciones colectivas de trabajo reglamentaciones autorizadas ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral»

De lo expuesto, se desprende que es errónea la creencia - de algunos sectores feministas- de que sólo luchando contra las disposiciones discriminatorias conte **(p. 177)** nidas en el Derecho penal respecto de las mujeres, se instalaría un Derecho penal neutro e igual para todos y todas.

El sistema penal no parece ser solución a ninguno de los problemas de discriminación planteados en el seno de la sociedad, de manera que su intervención tiene un sentido más simbólico que material. Intrasistémicamente se cuestiona la ineficacia de sus propios objetivos; el sistema penal no puede resarcir a la víctima, ni solucionar el conflicto que da origen a la situación problemática y en cualquier caso, el funcionamiento normal de la justicia penal provoca nuevos problemas compatibles con la extensión de los mecanismos punitivos y la criminalización - victimización de las partes.

No obstante este punto de partida, y tras reforzar la idea de las dificultades que plantea abordar la relación de la mujer y el sistema penal, hemos de intentar buscar distintos intereses en sus disposiciones, miradas desde la óptica de la mujer.

II. DISPOSICIONES INTERNACIONALES SOBRE DISCRIMINACION DE LA MUJER

Diversos instrumentos internacionales se han ocupado de la cuestión, uno de ellos es la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", ratificada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, que fue suscrita por la República Argentina el 17 de julio de 1980; cuyo texto forma parte de la Ley 23.179, sancionada el 8 de mayo de 1985.

En la década del 90 han sido ratificados dos documentos más; la "Declaración sobre la violencia contra la mujer" el 20 de diciembre de 1993 y la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Convención de Belém do Pará-" el 9 de junio de 1994.

Los mencionados instrumentos parten del denominador común del respeto de los derechos humanos fundamentales, de la dignidad y el valor de la persona humana y de la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Extienden dicha igualdad a todos los ámbitos de que se trate, el económico, social, cultural, civil y político, a fin de poder garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos sus derechos.

Velan para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole, basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en la atribución de papeles estereotipados al hombre y a la mujer.

(p. 178) La primer Convención citada, define la expresión discriminación contra la mujer como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera¹².

Establece la importancia social de la maternidad, reafirmando que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación.

En el orden penal, en su artículo 2, inc. g, establece que deben derogarse todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer; y en su artículo 6 determina que se tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución.

Por su parte, los restantes instrumentos, en idénticos términos definen por violencia contra la mujer todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada¹³

El objeto de ambas declaraciones de derechos consiste en aportar una definición precisa y completa de la violencia contra la mujer y la formulación clara de los principios que han de aplicarse a fin de lograr su eliminación y un compromiso por parte de los Estados y de la comunidad internacional de asumir responsabilidades para que ello se logre.

¹² Cfr. Art. 1° de la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹³ Cfr. Art 1° de la «Declaración sobre la violencia contra la mujer» y art 1° de la «Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belém do Pará-«

Consiguientemente, establecen que los Estados Partes deberán prever en sus legislaciones nacionales, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de la violencia; ello implica un compromiso tendiente a la protección de la mujer **(p. 179)** contra toda forma de violencia a fin de evitar eficazmente la reincidencia en la victimización.

La violencia contra la mujer, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y una limitación total o parcial, del goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

Como hemos afirmado, el lento avance anterior a estas Convenciones en el orden nacional, y aún en la actualidad con posterioridad a las mismas, no ha impedido que las mujeres sigan siendo objeto de importantes discriminaciones, lo que viola los numerosos principios humanos fundamentales enunciados.

III. POLITICAS DIFERENCIADORAS DE LAS CUESTIONES DE GENERO

Es importante distinguir en este punto, dos líneas concretas que surgieron en Italia, en la década del noventa, en ocasión de la reforma de los delitos contra la libertad sexual, en cuanto que representan expresiones de la temática actual. La primera de ellas se orienta en la búsqueda de la igualdad en la defensa de los intereses de las mujeres respecto a los hombres y la segunda, respetando la diferencia, resalta la especificidad de la problemática.

a. Política de igualdad

Parte del principio de que todas las personas son iguales y persigue la plena «ciudadanía» de las mujeres y la aplicación igualitaria de los instrumentos jurídicos incluido el penal. Ello supone la supresión de aquellas normas protectoras, inspiradas en una tutela de la debilidad de las mujeres, y la normalización en la concepción de sus derechos. Así, la violación se concibe como delito contra las personas y siempre perseguible de oficio. Con ello se quiere aprovechar el carácter simbólico del Derecho penal, la fuerza emotiva y el carácter de universalidad que confiere la amenaza penal al reconocimiento de un principio, el de igualdad a todos los efectos. La deseada intervención del Derecho penal, con penas graves, pretende poner de manifiesto la opresión de las mujeres.

b. Política de la diferencia

Plantea la necesidad del pleno reconocimiento legal y paritario de ambos sexos como diferentes. En el plano penal, en materia de agresiones se destaca el carácter sexual y sexuado de la violación; no puede equipararse a otras agresiones contra las personas porque la violación simboliza otras violencias y opresiones que **(p. 180)** sufren las mujeres, y expresa con crudeza el conflicto entre los dos sexos, la pretensión del hombre de utilización y sometimiento de la mujer. El Derecho penal, construido a imagen del hombre y para resolver los conflictos entre hombres - históricamente los únicos protagonistas en la vida pública- se considera un instrumento incapaz para abordar correctamente los conflictos entre hombres y mujeres. De acuerdo con estas propuestas, la intervención del Derecho penal quedaría relegada a un papel residual¹⁴.

Tamara Picht, ha planteado también esta discusión en los siguientes términos: ¿debemos nosotras y (podemos nosotras) deconstruir el sujeto de derecho masculino a través de políticas basadas en el principio de igualdad o a través de políticas que busquen construir un sujeto de derecho femenino?¹⁵.

Estas dos posiciones, no son contradictorias ni excluyentes. Su punto de partida es la idea de que la diferencia sexual no es una cuestión biológica u ontológica, sino política, que privilegia determinadas relaciones y construcciones sociales. Al respecto ella recuerda la polémica sobre la Ley contra la violencia sexual en Italia, cuando por un lado una posición feminista pidió el reconocimiento de la violación como un acto grave de violencia contra las personas, y por otro, otras mujeres querían mantener el carácter sexual de la violación.

La primera posición correspondería a las políticas de la igualdad, racionalización del Derecho penal, suprimiendo normas específicas o protectoras hacia las mujeres. La segunda posición, que responde a la idea de la diferencia sexual, crítica al Derecho penal como instrumento incapaz de resolver los conflictos entre hombres y mujeres.

¹⁴ Cfr. ORTUBAY FUENTES, 1993.

¹⁵ Cfr. PICTH, 1992. p. 265.

IV. RECEPCION DE ESTAS CUESTIONES EN LA LEGISLACION ARGENTINA

a. Infanticidio

Por Ley N° 24.410 del 27 de enero de 1995 fue derogado en la República Argentina la figura del infanticidio, que estaba contemplada en el art. 81 inc. 2ª del Código Penal¹⁶.

(p. 181) La Ley que enunciamos no se pronunció en sus fundamentos sobre la motivación que impulsó la derogación; por el contrario, a pesar de que la temática no es unitaria, se limitó el legislador a justificar la norma en la necesidad de erradicar el grave flagelo del tráfico de niños solamente. Esta Ley ha sido objeto de severas críticas de técnica legislativa y de contenido¹⁷.

Tal como estaba contemplado en el Código Penal se trataba de un homicidio atenuado, cuestión criticable desde antiguo, ya sea desde puntos de vista dogmáticos o desde perspectivas político criminales en general.

Nuestra opinión ha sido crítica con respecto a la consideración de un tipo autónomo que atenuara el carácter criminoso del homicidio simple; por el contrario hemos sostenido la posición que entiende que causar la muerte de un niño debe ser siempre una figura agravada, por lo que consideramos que la reforma ha sido acertada.

No obstante ello, la doctrina se ha dividido entre quienes sostienen que se trata de una figura atenuada del homicidio; y por ende constituye en tipo penal autónomo¹⁸ y quienes sustentan la posición de que la muerte de un niño conduce siempre a la alevosía¹⁹.

Gran interés suscita el fundamento de la atenuación; para buena parte de la doctrina alemana²⁰, reside en la menor culpabilidad de la madre, a la que por obrar presionada por el reproche que es de esperar del medio social, se le

¹⁶ Cfr. art. 81 inc. 2, del Código Penal Argentino, anterior a la reforma de Ley N° 24.410: «...Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos, que para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito...»

¹⁷ Cfr. FELLINI, 1999.

¹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, 1976, p. 40.

¹⁹ Cfr. GARCÍA MAAÑÓN, 1990.

²⁰ Cfr. SHMIDHÄUSER.

reconoce en la Ley penal una menor capacidad de motivación para actuar conforme a derecho. Rodríguez Ramos, considera la extensión del conflicto de bienes jurídicos que da lugar a la atenuación, que son el honor de la madre y la vida del recién nacido²¹.

Sin duda este es un punto de vista que se refiere más al hecho que al autor del infanticidio²². Esta explicación presupone que el disvalor del resultado es menor (**p. 182**) en la medida en que sirvió para salvar otro bien jurídico: el honor de la madre; sin embargo desde el punto de vista de la Ley, el honor de la madre ya está perdido si se considera que la motivación del hecho es precisamente ocultar dicha pérdida. Desde esta óptica, tampoco puede basarse la atenuación en un menor disvalor de la acción, pues la finalidad específica perseguida por el autor o autores no es en sí misma menos disvaliosa que la de cualquier homicida, por lo que no parece acertado considerar la causa de honor como elemento subjetivo del tipo o de la antijuridicidad. Estos argumentos han sostenido nuestra posición en el sentido enunciado más arriba, tendiente a la despenalización del infanticidio por esta causal²³.

Por lo tanto al no comprobarse un menor disvalor de resultado ni un menor disvalor de acción solo cabe considerar el fundamento de la atenuación dentro del marco de la culpabilidad.

Argumentos sólidos, llevaron a Bustos²⁴ a sostener que en la actualidad, resulta imposible dar una fundamentación plausible al extraño privilegio en la pena que supone este delito (que en caso contrario tendría la pena del parricidio)²⁵. Por ello, Bustos y otros autores han propiciado la supresión de la figura, y apuntan en los casos concretos que puedan presentarse a su inclusión dentro del trastorno mental transitorio o del estado de necesidad²⁶, conforme a la reglas generales que se aplican en estos casos.

El sólo hecho de tratarse de un recién nacido no puede ser privilegio alguno, ya que implicaría una discriminación entre las personas y por lo tanto una violación flagrante de la Constitución.

²¹ Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, 1984, p. 42.

²² Cfr. COBO DEL ROSAL, 1991, p. 289.

²³ Cfr. FELLINI, , 1991, p. 163. También , en igual sentido Bacigalupo, 1989.

²⁴ Cfr. BUSTOS, 1984, p. 39.

²⁵ Cfr. FELLINI, 1991.

²⁶ Cfr. BAJO FERNANDEZ, 1990, p. 104.

Tampoco en la actualidad se puede sostener, como fundamento de tan exagerado privilegio el móvil de ocultar la deshonra, si bien se podrán considerar circunstancias de carácter emocional, no ya en relación con la deshonra, pero que no permitirán plantear un límite temporal²⁷.

Estos argumentos, pensamos que deben haber influido fuertemente para que en las legislaciones señaladas y también en la nuestra, se decidiera la despenalización de la figura del infanticidio como atenuante, no obstante que como hemos afirmado los legisladores no se manifestaron fundamentando este criterio.

(p. 183) Por ser esta realidad legislativa tan reciente, hemos creído conveniente plantear la controversia sostenida por años, porque refleja de alguna manera, circunstancias de vulnerabilidad del género humano, en las que entre otras manifestaciones el «honor femenino» podía considerarse más importante que la vida de un recién nacido. Es descalificante para la mujer esta creencia, ya que en todo caso se trataba de un sentimiento asesino.

b. Aborto

El tema del aborto, como es bien sabido, está lleno de polémicas y en él inciden problemas de diversa naturaleza y consideración.

Por encima de todo, hay que señalar que su no punición, en los supuestos generales que la Ley contempla o que pueda contemplar en el futuro, o en los casos especiales, que derivan de hacer uso de determinadas instituciones penales configuradas en las Leyes por los Tribunales de Justicia, no supone otra cosa que decidir por razones de política criminal en el primer caso y, de aplicación del sistema penal vigente en el segundo, que al hecho de abortar en las circunstancias concretas que sirven de presupuesto a la exclusión, no deben asociarse consecuencias penales.

En el derecho comparado es admitido en algunos casos, tratados preferentemente en España, que ciertos derechos fundamentales pueden dar lugar a causas de justificación, separándose de esta manera del punto de vista de la dogmática alemana, que, en principio niega esta posibilidad. Si embargo, es importante destacar que el conflicto de derechos fundamentales no se resuelve siempre mediante la justificación del comportamiento amparado por el derecho fundamental preponderante, sino también mediante

²⁷ Cfr. Bustos, 1984, p. 40.

otras formas de renuncia a la aplicación de la pena que no implican necesariamente justificación (es decir aprobación del orden jurídico), ni tienen cabida adecuada entre las causas que excluyen la culpabilidad.

No existe definición jurídica del término aborto en la legislación penal argentina. La doctrina y el derecho comparado permiten entender que se trata de la interrupción voluntaria del embarazo en cualquier momento de la preñez, o del *iter gestationis*²⁸.

(p. 184) El aborto constituye un mal que sólo excepcionalmente puede causarse, y en esto la opinión legislativa es unánime.

Las discrepancias surgen en orden a las modernas tendencias de política criminal para establecer qué requisitos han de recurrir para que se considere la excepción ²⁹. En este sentido son aceptados universalmente, con ligeras variantes, dos sistemas: la solución de los plazos y la solución de las indicaciones³⁰.

Es pacífico que el derecho a la vida es digno de protección fundamental. Incluir al feto como legítimo titular de este derecho, sería entrar en una discusión que lleva largos años de vigencia en los debates de los juristas, y que no será fácilmente superada, en función de que contra la racionalidad de ella influyen argumentos no sólo jurídicos sino también religiosos, políticos, éticos, económicos, raciales, etcétera³¹.

²⁸ Algunos códigos penales contiene la figura del aborto como el español en un título particular, así en el Libro II, Título II, está regulado el Aborto arts. 144 a 146, no existe definición de él. El Código Penal chileno, lo regula dentro del Libro II, Título VII «Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, pto. 1 Aborto , arts. 342 a 345, tampoco existe definición de él. El Código Penal de Costa Rica le dedica el Capítulo VI, de la Sección Decimoprimer, arts. 267 a 271. El Código Penal mexicano (Distrito Federal) lo regula en el Título XIX, Delitos contra la vida y la integridad corporal, capítulo VI, arts. 329 a 334; define en el art. 329: aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

²⁹ Cfr. HUERTA TOCILDO, 1983.

³⁰ Cfr. FELLINI, 1987.

³¹ Distintos bienes jurídicos son objeto de protección, de acuerdo a necesidades de política criminal, además de la vida del feto o del ser en formación, así el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia o el interés demográfico de la colectividad.

Lo actual sin embargo, reside en la controversia acerca de los métodos que se deben utilizar para la protección del derecho a la vida. Los controles formales en este sentido, no han sido adecuados para evitar las lesiones a este bien jurídico, prueba de ello es la cantidad de casos que el sistema de enjuiciamiento no llega a conocer. Las consecuencias de esta ineficacia se traducen además, en peligro de muerte para la madre, dadas las condiciones en que frecuentemente debe realizarse la intervención clandestina, sobre todo en las mujeres de menores recursos.

Por el contrario el control informal, o sea aquel que no recurre a la amenaza de una sanción por medio de los órganos de justicia, podría suponer una protección real del bien jurídico, superando así la antinomia entre la formulación protectora y la realidad social.

(p. 185) En el Derecho argentino la fórmula de penalización del aborto es casi cerrada, admitiéndose sólo el aborto terapéutico que consiste en la no penalización sólo cuando corre peligro la vida de la madre³².

Es interesante determinar cual es la solución que el código penal argentino establece para la hipótesis contemplada en el inc. 2 del art. 86; cuál es la interpretación adecuada posible y cuál es el criterio de política criminal dominante para esas situaciones en que la doctrina confunde frecuentemente el aborto eugenésico con el ético, como consecuencia de una defectuosa técnica legislativa del tipo penal.

El art. 86, inc. 2 establece la no punibilidad del aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación o de una atentado al pudor, cometido sobre una mujer idiota o demente. Esta norma es susceptible de profundas críticas, ya que su difícil interpretación resta seguridad jurídica, tornándola inaplicable, no obstante los esfuerzos de algunos juristas por tratar de otorgarle razonabilidad³³.

³² Cfr. Código Penal Argentino, 1999; art. 86 «... El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1- si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios, 2- si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

³³ Cfr. NUÑEZ, 1976, p. 37.

Al respecto, dice el legislador argentino de 1921, que el médico diplomado, cuando obrare con el consentimiento de la mujer, no realizará un aborto punible, si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente³⁴.

En principio, parece inoportuno hablar de ausencia de punibilidad, pues daría la sensación de que nos encontramos ante una excusa absolutoria, situación excepcional que si bien excluye la aplicación de una pena con fundamento en circunstancias concreta de política criminal, deja subsistente el carácter delictivo del acto por considerarlo típico y antijurídico, y a su autor, culpable.

La redacción en cuestión sólo permite sostener que la acción de la mujer que causa su propio aborto o consiente en que otro se lo cause, así como la del médico diplomado que realiza el aborto de una mujer cuyo embarazo ha tenido por origen una violación, no está justificada³⁵.

(p. 186) Solo está justificada cuando la mujer violada es demente o idiota, y en este caso el fundamento no es ético sino que tiene como razón evitar la posible transmisión de las taras de origen genético, que bajo el nombre de indicación eugenésica o eugénica, se contempla en las legislaciones más avanzadas³⁶.

El problema de difícil solución se circunscribe a la mujer que en la misma situación, no es demente ni idiota. La norma en cuestión no le permite interrumpir su embarazo. En derecho comparado, esta hipótesis se resuelve mediante formulas claras que consagran la justificante con basamento en indicaciones éticas o morales³⁷.

La doctrina argentina se refiere al tema bajo el nombre de aborto sentimental³⁸. Algunos autores han explicado lo inexplicable, como por

³⁴ Cfr. CREUS, 1983, p. 70.

³⁵ Cfr. FELLINI, 1988, p. 11.

³⁶ Este es un problema que debería considerarse no sólo desde la posibilidad de transmisión materna ya que en todo caso si por ejemplo el padre fuera demente o idiota el riesgo sería el mismo.

³⁷ Cfr. BAUMAN, 1978, p. 122.

³⁸ Coincidimos con la Dra. Florentina Gómez Miranda en la consideración de que no se trata de un aborto sentimental. Cfr. Fundamento al proyecto de Ley que lleva su firma», publicado en Trámites parlamentario N° 31 del 9 de junio de 1989.

ejemplo que debe entenderse por atentado al pudor lo mismo que por abuso deshonesto, que son situaciones excluyentes de la cópula propiamente dicha, que por su definición difícilmente podrían generar un embarazo.

No obstante ello, se han sostenido opiniones en sentido contrario afirmando que el abuso deshonesto, menos extraño a nuestra legislación que el atentado al pudor, podría conferir esa posibilidad.

Otros autores han sostenido que cuando la Ley dice: "Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor..." no es posible leer: "de una violación o de un hecho que excluya la copula"; sería preciso pensar, se sostiene, que más bien puede decir..."de una violación o de un acceso carnal que ...".

Algunos rechazan la formulación, en virtud de que no existe coma antes de la disyuntiva "o", y otros sostienen que debe leerse una coma después de la «o»; se afirma en definitiva, que podría referirse a dos violaciones, una en la mujer sana y la otra en la demente o idiota³⁹.

(p. 187) Como analizaremos más adelante en este trabajo, la modificación reciente, por la Ley N° 25.087 de fecha 7 de mayo de 1999, de los delitos mal llamados contra la honestidad, ahora contra la integridad sexual, no modifica sustancialmente el análisis de esta cuestión planteada con anterioridad a la reforma, motivo por el cual no la hemos dejado de lado.

Remontarnos al origen de la norma jurídica, que se encuentra en la versión francesa del proyecto suizo de 1916, que a su vez sigue en esta parte al derecho alemán, no ayuda más que para ilustrarnos acerca del origen de la confusión.

Ante tal situación jurídica, o bien puede hacerse una rebuscada interpretación del texto legal para que opere la violación como fundamento de la causa de justificación del aborto o de lo contrario puede acudir al juicio de reproche, sosteniendo que a esa mujer no se le puede exigir que de a luz a un ser no deseado, de quien lo más probable es que desconozca quién es el padre y a quién rechace durante el resto de su vida por el horrible trauma de una concepción ultrajante y una maternidad no querida.

Es indudable que la construcción de una causa de inculpabilidad supralegal, basada en la no exigibilidad de otra conducta, nos coloca en una posición

³⁹ Cfr. SOLER, 1967, tomo III, p. 110.

jurídica diferente, en la que aún dogmáticamente se podría seguir sosteniendo que ni siquiera es una causa de inculpabilidad, ya que el autor es culpable pero no merecedor de pena por su escaso grado de culpabilidad.

En cualquiera de estos casos estaríamos ante una causa de exclusión de la punibilidad.

Si a una mujer se la disculpa por no poder exigírsele otra conducta, o no se la pena, por su escaso grado de culpabilidad, no se reconoce por ello que haya actuado jurídicamente. Es evidente que el Estado no puede forzar a una mujer a aceptar al hijo que le fue impuesto por la violencia.

La exclusión opera para el autor y no abarcara a los terceros partícipes, cómplices o instigadores. La causa de justificación en cambio, determina que la acción no es contraria al derecho y por lo tanto sus consecuencias jurídicas también varían.

Lo aconsejable, desde una posición acorde con las corrientes modernas de políticas criminal y, desde una dimensión de justicia que contemple la humanización del derecho y resuelva problemas ontológicos, que en definitiva resguarde **(p. 188)** el bien jurídico vida como fundamental, sería modificar el art. 86, inc 2 del código penal.

Deberán deslindarse los supuestos que en él se encuentran confundidos estableciendo claramente la no punibilidad del aborto ético y del aborto eugenésico. Dentro del aborto ético deberán contemplarse los casos de embarazos originados en un delito sexual, abarcando de esta manera la hipótesis tan frecuente de menores estupradas; y el aborto eugenésico no debe restringirse a los casos de demencia o idiotez, sino comprender otros supuestos de la enfermedad mental, y también las anomalías graves del feto, cuyo pronóstico descarta el nacimiento con vida o su continuación.

El hecho de que el legislador no haya contemplado en el art. 86 inc. 2 la posibilidad del estupro afirma la tesis de que solamente estuvo dispuesto a reconocer la indicación eugenésica como causa de justificación. La conclusión, consiguientemente aquí también, es que si una menor de dieciséis años, es víctima de un delito como el estupro y como consecuencia de ello queda embarazada, tampoco puede abortar, ni aún en el caso de ser demente o idiota, hipótesis que caería en el art. 86 inc. 2 si hubiera sido violada pero no estuprada.

La consideración eugenésica es restringida sin fundamentación actual, a las mujeres dementes e idiotas. La terminología del texto es incorrecta

científicamente y por lo demás merecerían incluirse otras situaciones de posibles anomalías del feto como las malformaciones mencionadas.

No resultará suficiente modificar el precepto jurídico, deberá hacerse compatible con disposiciones de régimen procedimental que determinen cuales son los pasos a seguir para que llegado el momento, se establezca quien, en que oportunidad, y que requisitos deberán cumplirse para que la operación no se torne imposible o ilegal.

Es razonable pensar que cuando se actúa en presencia de una causa de justificación no se requiere de una autorización previa para obrar porque ese solo hecho le quitaría el carácter de inminencia y necesidad.

Por lo tanto, si la fórmula del artículo en cuestión ofreciera claridad también arrojaría seguridad jurídica en los supuestos en que la mujer requiera del auxilio de otro que le practique la intervención.

Lo cierto es que la prescripción legal adolece de un procedimiento para estos casos, y dadas las características del planteo actual, lo más probable es que una **(p. 189)** mujer embarazada como consecuencia de una violación no encuentre respuesta favorable a su solicitud fuera de la clandestinidad.

Este problema se ha solucionado en los países que admiten el sistema del plazo o de las indicaciones, mediante una reglamentación que establece el proceso a seguir cuando la Ley autoriza el aborto, estableciendo disposiciones detalladas y precisas.

En este sentido generalmente la autorización es otorgada por uno o dos médicos, por comisiones especiales previstas al efecto de resolver la apelación de la decisión adoptada, conforme a las formalidades establecidas en las Leyes.

Se contempla también la obligación de practicar la intervención bajo la forma hospitalaria, en establecimientos reconocidos por autoridad competente, quienes tienen obligación de declarar los casos de aborto, ya sean en situaciones practicadas de emergencias, así como los supuestos que hicieran presumir la necesidad de intervención de la justicia penal.

Es evidente lo contradictorio que resultaría, que el derecho de fondo conceda una autorización para actuar y, disposiciones de carácter procesal establezcan que previamente se deba requerir una sentencia condenatoria

donde se acredite la violación, para lo cual tuviere que llevarse a cabo la substanciación de un proceso que dure más que el embarazo⁴⁰.

c. Delitos contra la integridad sexual

Con fecha 14 de abril de 1999, fue sancionada la Ley N° 25.087, promulgada el 7 de mayo, modificadora del Código Penal en materia de los llamados «delitos contra la honestidad» que ocupaban el Título III del Libro Segundo.

Debe considerarse un acierto la nueva denominación de «Delitos contra la integridad sexual», comprensiva de bienes jurídicos que permiten una comprensión más precisa del tipo penal, no obstante ello, hubiera sido preferible la utilización lisa y llana de «Delitos sexuales».

Es criticable el término honestidad como objeto de protección penal, por entender que es un concepto ambiguo, cambiante en el tiempo de acuerdo a **(p. 190)** distintas pautas culturales y derivado fundamentalmente de usos y costumbres morales y religiosas.

Debe entenderse que los bienes jurídicos en juego en ésta clase de delitos están constituidos por violaciones a la dignidad, la intimidad, la libertad sexual y en el ámbito de niños y jóvenes, también el desarrollo psíquico y físico de su personalidad.

La denominación que tutela mejor los bienes protegidos en ésta materia es la de «Delitos Sexuales», que está de acuerdo por lo demás, con el enunciado que consagra el Código Penal español de 1995: «Delitos contra la libertad sexual».

Es aceptable esta fórmula comprensiva de las figuras de violación, estupro, corrupción y abuso deshonesto; incluyéndose también las exhibiciones obscenas y la provocación sexual.

La figura del rapto como veremos más adelante, ha sido conservada en la reforma aludida dentro de la Ley argentina, situación que debemos apuntar como innecesaria y rescatar como una ventaja de la legislación española que la haya quitado en el año 1995.

La Ley N° 25.087 suprime las rúbricas, es decir los capítulos que definían con su nombre algunas figuras concretas, así los artículos 119 a 124 integraban el capítulo II, llamado «Violación y Estupro».

⁴⁰ Cfr. FELLINI, 1988.

Esta técnica legislativa ha variado las formas que acabamos de mencionar, para comprender todas las figuras dentro de un mismo capítulo.

El nuevo artículo 119 contiene tres párrafos; el primero de ellos se dedica al antiguo abuso deshonesto contemplado en el artículo 127 y que ahora hace referencia al abuso sexual; no se modifica la pena a imponer, reclusión o prisión de 6 meses a 4 años, pero se aumenta la edad de la víctima de 12 a 13 años y se amplían los medios comisivos, en el mismo sentido que estaba contemplado en el derogado artículo 119 para la violación, éstos son: violencia, amenaza, abuso coactivo e intimidante de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovecharse de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Este párrafo del artículo comentado, contiene la figura del acoso sexual, que se contempla expresamente con éste nombre en el nuevo Código Español en el **(p. 191)** Capítulo III bajo ésa denominación, inserto en el título VIII, al que hemos hecho referencia anteriormente redactado en forma ampliamente descriptiva; obviamente, no es requisito el acceso carnal, que se expresa en el mismo tipo penal con una sanción más grave.

El segundo párrafo del artículo 119 es nuevo en su redacción, se refiere a lo que podríamos llamar ultraje sexual, ya que el legislador ha considerado más grave el sometimiento reiterado y prolongado en el tiempo de la situación de abuso señalada anteriormente, cuando éste se realice en circunstancias gravemente ultrajantes para la víctima, la pena en éstos casos se eleva de 4 a 10 años de reclusión o prisión. A pesar de que el reformador no ha previsto de modo explícito las formas denominadas ultrajantes, debe entenderse que se refiere a aquellas en que el autor coloca a la víctima en situación humillante, la agravia, la desprecia o la maltrata simultáneamente. Se trata entonces de una figura intermedia entre el abuso sexual y la corrupción que incidiría fundamentalmente en la configuración de un daño psíquico o emocional en el sujeto pasivo que puede ser tanto un hombre como una mujer de cualquier edad.

En el párrafo 3ro. del mismo artículo se contempla la antigua figura de la violación con la misma pena, de 6 a 15 años de reclusión o prisión, cuando se den las circunstancias enumeradas en el párrafo primero. Se amplía concretamente el tipo penal haciendo lugar al acceso carnal por cualquier vía.

En efecto, el delito de violación se ha caracterizado desde sus orígenes por requerir el acceso carnal, elemento que era necesario definir y acotar para

poder distinguirlo del núcleo típico de otras figuras delictivas como el estupro, el abuso, o la corrupción, siendo importante también ello para el deslinde de las formas tentadas.

En principio, debería entenderse que no toda relación sexual constituye una violación, se requieren otros elementos, para los cuales la doctrina ha utilizado los términos de coito o cópula como equivalentes.

En gran parte los estudios sobre el tema y también la jurisprudencia han sostenido que el acceso carnal, coito o cópula, se produce cuando existe introducción del órgano sexual masculino en vasos idóneos de otra persona. Es ésta una definición restrictiva, a la cual se llega por vía de interpretación. Nada obsta a que por igual vía se amplíe el concepto para extenderlo a la noción de otros vasos idóneos no solamente ano y vagina.

(p. 192) Esta noción ha sido consagrada en la Ley de reforma que ahora analizamos, y en buena medida define la cuestión tan debatida de la «*fellatio in ore*», que diera lugar a controversias importantes en los últimos tiempos, que recordamos como casos trascendentes en el ámbito judicial.

Por un hecho ocurrido en octubre del año 96, la Sala III de la Casación Penal ratificó un fallo que condenó como delito de violación el sexo oral ejercido por medio de la fuerza; el autor portaba un cuchillo aserrado para intimidar y fue condenado a 10 años de prisión, las víctimas fueron 3 mujeres; la más joven fue obligada a mantener sexo oral; otra fue manoseada y la tercera penetrada: 2 violaciones y un abuso deshonesto.

En un fallo de diciembre de 1997, la Sala IV de la Casación, con la disidencia de uno de sus miembros entendió que la práctica forzada de la *fellatio* consistía en abuso deshonesto y no en violación. En esa oportunidad confirmaron una condena de 3 años de prisión en suspenso contra el taxista que obligó a una pasajera a mantener sexo oral. Ese fallo provocó una controversia que trascendió el ámbito judicial y que tuvo como origen que se renovara la discusión sobre la amplitud y el alcance del concepto acceso carnal que exigía el tipo del art. 119 del Código Penal, derogado.

La norma, que data del año 1921, señalaba que sería castigado el acceso carnal, lo que según una estricta doctrina incluye la penetración anal o vaginal. La otra postura, sostiene que la reducción desconoce como delito una afectación de la condición humana producida también en un vaso natural que constituye la cavidad bucal. En éste último sentido ha operado la reforma legislativa que modificó el art. 119, estableciendo que constituye delito de violación cuando existe acceso carnal por cualquier vía, junto a los

demás requisitos del tipo. El Código Penal Español del año 1995 señala entre las posibilidades de la violación el acceso bucal en el artículo 179; los artículos 182 y 183 del mismo cuerpo legal, en ocasión de legislar sobre el abuso sexual se refieren también a la misma práctica.

La modificación es un logro en el tema que nos ocupa, ya que permite resolver controversias de interpretación mediante una solución acorde con la realidad de nuestra época y como consecuencia atrapar conductas que lesionan gravemente el bien jurídico tutelado. No ha habido variación en cuanto a la pena, que sigue siendo de 6 a 15 años de reclusión o prisión.

En el mismo artículo 119 se introducen figuras agravadas respecto del ultraje sexual y la violación propiamente dichas, contemplando algunos casos ya **(p. 193)** previstos en el viejo artículo 122. Se aclara de ésta manera, que el grave daño en la salud de la víctima puede ser tanto físico como mental, causado no sólo por las personas previstas en ése tipo penal, sino también por el tutor o curador o ministro de algún culto reconocido o no, ampliando la formulación anterior que hacía solo referencia a sacerdote, tal vez pensando restrictivamente en la Iglesia Católica como única hipótesis.

Un nuevo apartado del mismo artículo prescribe sobre el peligro de contagio de una enfermedad grave cuando el autor tuviere conocimiento de ser portador de ella.

En el artículo 202 del Código Penal, en los delitos contra la salud pública, se establece reclusión o prisión de 3 a 15 años para el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas. Es evidente que en la época de la sanción del Código las enfermedades graves y peligrosas de contagio eran otras, como sífilis, tuberculosis, lepra y las vías de transmisión no eran solamente sexuales.

Aunque pareciera que el artículo 202, de todas maneras sería comprensivo de cualquier contagio, sin duda el legislador de ésta época debe haber considerado especialmente el síndrome de inmune deficiencia adquirida (SIDA), como una enfermedad cuya transmisión debe ser sancionada más severamente y mediante una referencia legislativa expresa, lo que no parece tan acertado, toda vez que aún es inseguro que la vía sexual sea la única posible de contagio de la enfermedad y por otra parte tampoco resulta plausible que deba modificarse la legislación tantas veces como nuevos virus o enfermedades aparezcan como ataques a la salud. No deja de ser de todas maneras un ataque a la salud. Es probable que las formas de contagio

sean otras y en ése caso la prescripción del art. 202 abarca cualquier medio de propagación de enfermedad peligrosa para la salud, y por ello suficiente.

Cabría la posibilidad de que el artículo 119 en el supuesto que estamos analizando, concurse con el artículo 202 por ser enfermedad contagiosa y no necesariamente sexual.

Los incisos enumerados a continuación en la modificación del artículo 119, incluyen la comisión agravada del tipo penal cuando ocurra la violación o el ultraje sexual realizado por dos o más personas, o con armas. La comisión del hecho por dos o más personas ya estaba contemplada en el art. 122. Es de destacar que en éstos casos la víctima presenta un mayor grado de indefensión y sometimiento.

(p. 194) Se contempla también una nueva forma comisiva agravada, cuando el suceso se realice por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.

De igual manera se introduce la situación de: persona en un vinculo de convivencia anterior con la víctima menor de 18 años.

Es posible considerar incluido en ésta hipótesis supuestos de incesto que hasta ahora no constituían formas delictivas cuando no estuvieran comprendidos dentro de los hechos de corrupción y en todo caso deben analizarse concordantemente con lo previsto en el párrafo segundo de éste artículo, que hemos denominado «ultraje sexual», porque circunstancialmente puede tratarse de acciones coincidentes.

Cuando la realización de la práctica sexual no esté precedida de cópula o acceso carnal, ni sea ultrajosa para la víctima, es decir en los casos de abuso contemplados en el primer párrafo, mediando las situaciones analizadas como agravantes, la pena se reducirá de 3 a 10 años de reclusión o prisión. Se excluye la hipótesis de contagio de enfermedad grave.

Si algún acierto importante hemos de adjudicarle a la reforma del 99 es precisamente la modificación de la figura del estupro, ahora sin especificación nominativa tampoco.

Las críticas frecuentes a ésta parte de la legislación se fundaban en la distinción del sujeto pasivo que sólo podía ser mujer honesta; sin ninguna razón se dejaba fuera de la protección al sexo masculino en abierta contradicción con el delito de violación que sancionaba con pena más elevada que la del estupro el acceso carnal con persona de uno u otro sexo. Se requería además que la víctima fuere menor de 12 años o privada de

razón o de alguna manera no pudiese resistir; o cuando se usare la fuerza o intimidación.

En los casos en que el autor tuviere un error sobre la edad de la víctima, deben aplicarse como siempre las reglas generales que la teoría del delito prescribe mediante la teoría del error. Como ésta situación ha dado lugar a alguna conjetura equivocada en su resolución, es necesario recordar que en los casos en que por ejemplo la víctima aparenta tener más de la edad descrita para el estupro, cuando en realidad no la tiene, si por su fisonomía o textura física hubiere inducido a error en el autor, debe entenderse que el mismo es insalvable y que por lo tanto el tipo penal no se cumple. Por el contrario, si el agente cree estar **(p. 195)** cometiendo un estupro y la víctima entra dentro de los límites del delito de violación -objetivamente la viola-, no debe considerarse falta de tipicidad como algunos han sostenido, sino estupro, en razón de que el dolo del autor estaba dirigido en ése sentido y no tenía conocimiento entonces de las circunstancias que incluirían su conducta en la figura de violación.

La pena del estupro se mantuvo en parámetros menores que los de la violación.

Otro requisito descalificante era que la víctima fuera además de mujer, honesta, entre 12 y 15 años y no se encontrare privada de razón o sin posibilidad de resistir ni se hubiere utilizado violencia, porque en ésos casos se configuraba delito de violación. En realidad, como ya hemos afirmado, en cualquier caso debiera haber quedado inmerso en la violación, ya que ésta figura constituyendo un tipo más amplio, se refería a persona de cualquier sexo.

En el art. 120 reformado, se mantiene la pena de 3 a 6 años de reclusión o prisión, para el autor de ultraje sexual o acceso carnal con persona de cualquier sexo, sin necesidad del requisito de honestidad, término ampliamente criticado por su ambigüedad e idénticos motivos de los señalados anteriormente al hacer referencia al Título II suplantado.

No se establece edad mínima para la víctima y la máxima se eleva a un año, señalándose en 16. El tipo hace expresa mención a la inmadurez sexual del sujeto pasivo y a la mayoría de edad del autor, o a una relación de preeminencia o equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

Se establece una figura agravada, con reclusión o prisión de 6 a 10 años, si mediare alguna de las circunstancias contempladas en el artículo anterior,

con excepción del supuesto de la comisión por dos o más personas o con armas, caso en el cual se agrava aún más, considerándolo violación.

El estupro es un delito en el cual se vulnera principalmente el desarrollo psicofísico sexual de una persona que se entiende que por su edad no ha alcanzado el grado de madurez de un adulto.

Se trata de un ser humano en formación en el que las conductas sexuales prematuras pueden dejar huellas perjudiciales para el futuro, aunque esas conductas no sean de tal gravedad como para llegar a encuadrar en el tipo de corrupción.

Teniendo en cuenta éstas consideraciones en las cuales también queda involucrada la libertad sexual, no se encuentra una válida justificación para **(p. 196)** determinar una pena más benigna al estuprador que al violador que atenta contra la libertad de una persona si se dan determinadas condiciones ya enumeradas.

Se derogaron los artículos 121, 122 y 123 del Código Penal. El artículo 121 no tiene razón de existir en función de constituir una conducta totalmente desactualizada y que por otra parte conformaría un caso de fraude sexual producido mediante el engaño que conlleva al error en la víctima, que de ésta manera accede a una relación carnal; en todo caso, se hubiera podido enmarcar entre las formas de violación con una modalidad especificada mediante engaño o ardid⁴¹.

El artículo 122 quedó comprendido en la nueva redacción del 119 y el art. 123 en el 120, segundo párrafo⁴².

⁴¹ Cfr. Código Penal Argentino; arts. 121, 122 y 123 del Código Penal, actualmente derogados por Ley 25.087. Art. 121: «Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere con ella acceso carnal». Art. 122: «La reclusión o prisión será de ocho a veinte años, cuando en los casos del art. 119, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla o con el concurso de dos o más personas». Art. 123: «Se impondrá reclusión o prisión de seis a diez años, cuando en el caso de art. 120, mediare alguna de las circunstancias expresadas en el anterior».

⁴² Cfr. Código Penal Argentino, actual redacción del art. 119, reformado por Ley N° 25.087: «Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, esta fuera

(p. 197) El artículo 127 en su antigua redacción, se ocupaba del llamado abuso deshonesto, que en la reforma ha sido incluido en el primer párrafo del art. 119 bajo el concepto de abuso sexual⁴³.

El modificado artículo 127 de la Ley 25.087 se refiere a la explotación económica de la prostitución, castigando no al que la ejerce sino al autor de la explotación económica de la prostitución de otra persona, mediando engaño, abuso coactivo o intimidante de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción. El texto es ampliamente descriptivo en cuanto a la modalidad delictiva. Parece obvio que el consentimiento de la víctima excluye el tipo sistemático.

El legislador nada ha dicho respecto del consentimiento que pudieran prestar menores de 18 años y en tal supuesto debe entenderse, para ser

menor de trece años o cuando mediare violencia , amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder , o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. la pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía. En los supuestos de los párrafos anteriores la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima. b) el hecho fuere cometido por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor , curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia. 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 años , aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En los supuestos del primer párrafo , la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a),b),e) o f)».

⁴³ Cfr. Código Penal Argentino, art. 127, derogado por Ley 25.087, «Se impondrá reclusión o prisión de cuatro a diez años, al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, sin que haya acceso carnal...».

consecuente con el contexto de la reforma, que el consentimiento otorgado por menores de edad deja subsistente el tipo penal, porque ellos presuntamente, no serían conscientes por su inexperiencia o inmadurez de la acción que realicen. Por otro lado, por los mismos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad respecto del autor adulto, y así la conducta de éste resulta más grave, lo que no se ha visto reflejado en el nuevo tipo penal.

Es extraño que tampoco se haga mención entre los medios comisivos al vínculo existente entre el autor y la víctima, a pesar de que en una interpretación amplia pudiera considerarse incluido, pero llama la atención sin embargo, por el hecho de encontrarnos ante un legislador eminentemente descriptivo.

Por último debemos advertir, que ésta figura sanciona con menor pena a quien explota económicamente a una persona, que a quien facilita o promueve la corrupción o la prostitución de jóvenes o adultos.

Un tema distinto, que ha recibido amplia crítica por la doctrina nacional e internacional al ser incluido dentro de los delitos sexuales, es el del rapto. Llama poderosamente la atención en este sentido, que el legislador no haya aprovechado la oportunidad de la reforma para entender que el bien jurídico, en estos casos, **(p. 198)** es la libertad y por lo tanto se encuentra ya previsto en los delitos que protegen la libertad ambulatoria comprendidos en el Título V del Código Penal.

No obstante ello, es importante destacar que se establece en el art. 130 que la víctima de este delito puede ser tanto el hombre como la mujer; el término miras deshonestas se sustituye por el de intención de menoscabar su integridad sexual y se deroga el agravante previsto en el segundo párrafo del anterior artículo cuando la mujer es casada⁴⁴.

El antiguo artículo 131 forma parte ahora, del segundo párrafo del art. 130. Se refiere al rapto impropio, con consentimiento de la víctima, conservándose la misma pena, y eliminando la edad mínima. Al mismo tiempo se sube la edad máxima prescrita a los 16 años, igual que en la figura del estupro.

⁴⁴ Cfr. Código Penal Argentino, art. 130: «Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual...».

En el último párrafo del artículo, se prevé la forma agravada cuando se trate de una persona menor de 13 años, y se utilicen los medios establecidos en el primer párrafo del mismo, consistentes en el empleo de la fuerza, intimidación o fraude.

El artículo 132 fue derogado, dejando sin efecto la excusa absolutoria que suponía el matrimonio posterior del autor con la víctima.

La reforma mantiene explícito el derecho de la víctima al ejercicio de la acción penal pública, pero introduce un elemento nuevo que es la conciliación de las partes, como extintivo de la acción, cuando la víctima tuviere más de 16 años. Se establece a continuación, que el Juzgador podrá excepcionalmente aceptar la propuesta cuando ella implique un mejor resguardo del interés de la víctima, mediando circunstancias de preexistencia afectiva. En estos casos también podrá disponerse la suspensión del juicio a prueba, previamente a la extinción de la acción.

No se trata entonces de una excusa absolutoria sino de una facultad que como se ha dicho claramente, solo puede invocarse en casos excepcionales, mediante una formulación libre y en condiciones de plena igualdad⁴⁵.

(p. 199)

V. Conclusiones

Para concluir debemos reconocer que los documentos internacionales sobre el tema, han reafirmado el principio de la no discriminación en función del género y por lo tanto, han consagrado el valor de la persona humana en la igualdad de hombre y mujeres.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, ellos pueden ser invocados sin distinción alguna y, por ende sin distinción de sexo.

La discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre en todos los ámbitos de realización. Ello constituye un obstáculo para el bienestar de la sociedad y de la familia, a la vez que entorpece las posibilidades de la mujer para contribuir al desarrollo de la humanidad.

⁴⁵ Cfr. FELLINI, 1999.

De cuento hemos expuesto, puede colegirse que el trato de la mujer en la legislación penal argentina, ha sufrido modificaciones permanentes, algunas de ellas recientes y otras no tanto, pero en todo caso, aún no ha sido posible lograr en realidad la equiparación en el nivel de eficacia deseado.

Las reformas aludidas, deben llevarnos a la conclusión de que un trato discriminatorio, reduce siempre a una condición de sumisión e inferioridad al ser humano, aunque en algunos casos concretos, muy puntuales, pareciera desprenderse de ello una situación ventajosa.

Lo cierto es que los conceptos de honestidad por ejemplo -aún no abandonados totalmente- fueron restrictivos de conductas que limitaron fundamentalmente el ejercicio de los derechos de la mujer con respecto al hombre. En el campo de los delitos sexuales se le exigió comportamientos heroicos, o por el contrario se desvalorizó su condición humana.

En el delito de infanticidio, la atenuante para salvar su buen nombre y honor, significaba que la relación sexual fuera del matrimonio la denigraba, o afectaba el honor de su marido, verdadero fundamento de la disminución de la pena en el supuesto de que matara a su hijo.

Debe anotarse una consideración especial para la mujer que en cualquier circunstancia deba llevar adelante un embarazo. En el transcurso de este trabajo **(p. 200)** hemos sido contestes en no pronunciarnos en favor de la liberalización lisa y llana de la interrupción voluntaria del embarazo, pero también en la necesidad de ampliar el sistema de las indicaciones y en modificar el inciso 2° del art. 86 del Código Penal. Esta resolución permite además de arribar a una maternidad responsable, valorizar el vínculo filial, colocando a la madre en circunstancias dignas.

Esto forma parte de la función que la propia Ley está llamada a ejercer dentro de la sociedad.

Finalmente por Ley N° 24.453, en el año 1995, se desincriminó la figura del adulterio que establecía sanciones para la mujer que tuviese relaciones sexuales fuera de matrimonio -aún por una única vez-, sin distinción de lugar, privacidad o reserva, situación que contrastaba con la del hombre, quien era únicamente sancionado cuando la relación fuera estable, «...tuviere manceba...», rezaba la letra del Código, y en este supuesto se penalizaba también a la manceba.

Por último en el año 1999, se equiparon hipótesis de rapto; sin embargo en este punto la única conclusión posible es aludir al error legislativo que supone haber mantenido la figura a propósito de la reforma.