

## EL DELITO DE ESTUPRO

*Por Juan Manuel Yaj \**

El significado que el derecho ha dado al término ESTUPRO ha ido decreciendo con el correr de los tiempos.

Así ha servido para expresar cualquier concubito venéreo, incluyendo al adulterio (Carrara, *Programma* 1.481), quedando circunscripto luego a las relaciones entre personas libres, entendiéndose por tales aquellas no unidas entre sí o a otras por vínculo conyugal.

Enmarcado de este modo, el estupro fue calificado como: a) voluntario o simple y b) calificado.

a) El estupro simple pasó por tres etapas en la moral social, abandonando un excesivo rigor que lo caracterizó a principios de la era Cristiana: en una primera etapa eran punibles ambos participantes; en una segunda, solo se castigaba al hombre, ya que se presuponia que la mujer, a la que se excluía de la acción penal, necesariamente había sido víctima de las tramas amorosas masculinas; finalmente, el estupro voluntario no resulta punible.

b) El estupro calificado fue objeto de dos grandes divisiones: 1) estupro calificado por violencia, entendiéndose como tal la fuerza en las personas; y 2) estupro que no es ni violento ni voluntario, el que abarca una gama de figuras que no eran aborridas por la simple violencia.

Finalmente, se arriba a la división del estupro calificado en 1) Calificado por violencia, donde la violencia se iguala a ausencia de voluntad; y 2) Calificado por la seducción, circunscribiéndose en esta última fórmula al estupro propiamente dicho, tal como se lo entiende en nuestro ordenamiento legal.

Estupro es entonces, al decir de Carrara (*Programma*, 1.482) "Conocimiento carnal de mujer libre y honesta precedido de seducción, real o presunta y no acompañado de violencia".

La seducción que caracteriza al estupro propiamente dicho podrá ser real o presunta:

La seducción real o verdadera tiene por sustrato indispensable al engaño (Carrara, *Programma* 1.503).

La seducción presunta, lo será por las condiciones del sujeto pasivo, por las condiciones del sujeto activo y por las relaciones de este con aquél (Carrara, *Programma*, 1.503).

Profesor Titular de Derecho Penal II. Cátedra del Dr. Francisco P. Laguna

Nuestro ordenamiento legal adopta el sistema de la seducción presunta por las condiciones del sujeto pasivo. En efecto, si el sujeto pasivo de un acceso carnal es mujer honesta, mayor de doce años y menos de quince, no habiendo mediado violencia o intimidación, y habiendo estado en condiciones de resistirse, nos encontramos frente al tipo legal del estupro.

## CONCEPTO

Coincidente entonces con lo antes expresado, en nuestro ordenamiento legal, estupro es: "el acceso carnal de un varón, logrado sin fuerza ni intimidación, con mujer honesta, mayor de doce años y menos de quince, que no estuviera privada de razón o de sentido y que hubiere podido resistirse al acto". (Nuñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, T<sup>o</sup> IV, pág. 288).

## ACCESO CARNAL

Nuñez (*Der. Penal Argentino*, T<sup>o</sup> IV, p. 288), Ure, Ernesto (*Los delitos de violación y estupro*, p. 69), Soler, Sebastián (*Derecho Penal Argentino*, T<sup>o</sup> III, p. 301), admiten que el acceso carnal del estupro es el mismo que en el delito de violación, -vale decir la penetración del órgano sexual masculino en cavidad natural femenina (vagina, ano y boca) o la penetración del órgano sexual masculino en la vagina o el ano (excluyéndose la boca por carecer de glándulas erógenas), según sea la posición a la que se adhiera-, oponiéndose a esta tesis Fontan Balestra, Carlos (*Delitos Sexuales*, p. 113) quien argumenta que la relación no natural, o sea vía no vaginal por parte de la mujer sujeto pasivo implica en la misma deshonestidad. Postura ésta refutada por Ure al decir que bien puede ser la misma honestidad, traducida en inexperiencia sexual, la que le puede llevar a aceptar como naturales cosas que no lo son.

Nada nos autoriza a encontrar en el tipo del art. 120 del Código Penal un acceso carnal distinto del expresado en el art. 119 del mismo cuerpo legal, máxime si se tiene en cuenta que ambos artículos conforman un único desarrollo reuniéndose en el art. 120 el legislador a la expresión "acceso carnal" utilizada únicamente en el 119.

No obstante, es de advertir que una penetración por una vía que no sea la vagina, (aninatural), dada la temprana edad de la víctima (prematura), muy probablemente llegara a configurar el tipo penal de la corrupción, art. 125 inc. 2<sup>o</sup> del Código Penal, al que por la regla del art. 54 del cuerpo legal citado habrá de estarse.

## SUJETO ACTIVO

El texto legal del art. 120 del Código Penal determina que víctima del delito de estupro sólo podrá serlo una mujer, luego, y recordando lo visto más arriba en cuanto a que para que haya acceso carnal se necesita la penetración del órgano sexual masculino, forzosamente, el sujeto activo solo podrá serlo un varón.

## SUJETO PASIVO

Habrà de ser una mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince, tal como lo requiere expresamente el tipo del art. 120 del Código Penal; asimismo, esta mujer no debe estar privada de razón o de sentido y debe haber podido resistirse al

acto y no haber mediado sobre ella fuerza o intimidación, porque en tales supuestos nos encontraríamos en presencia de los tipos determinados en los incisos 2º y 3º del art. 119 del Código Penal.

## BIEN PROTEGIDO

El consentimiento para el acto sexual prestado por el menor de doce años carece de valor alguno para la ley penal, y de allí que el acceso carnal con el mismo configure el delito de violación; ahora bien, no reflejaría la realidad el legislador, si ergase protección a una menor que ha entrado en la pubertad frente a su consentimiento dado para ser accedida carnalmente. Cuando en su cuerpo y en su mente recién se están produciendo las modificaciones que caracterizan el paso de la niñez a la edad adulta, no puede presuponerse que la joven tenga cabal idea de lo que el sexo significa y por consiguiente disponer libremente de su cuerpo.

Por consiguiente el tipo del estupro tutela la reserva sexual por presunto viciado el consentimiento para ser accedida sexualmente dado por una mujer, inocente al trato carnal y que por su corta edad carece de otros elementos de valoración que le permitan disponer a plena conciencia y voluntad de su cuerpo.

En similar sentido, Rodolfo Moreno (*El Código penal y sus antecedentes*, Tº IV, p. 246) afirma que "el tipo legal tiende a proteger a la inocencia contra la seducción; Ricardo Nuñez, (*Der. Penal Argentino*, Tº IV, p. 287), "en el marco de la honestidad, lesiona específicamente la reserva sexual", Mario H. Posa: "el bien protegido por el tipo penal del estupro es la impolitez".

## LA HONESTIDAD

Este elemento configura la piedra angular del tipo, no obstante, resulta como poco difícil de precisar. De los diversos aspectos de la conducta humana en los que se emplea el término honestidad, a los fines del estupro, lógico es que habremos de centrar nuestro objetivo en el pudor sexual.

Encontramos las siguientes pautas de aproximación al tema:

La honestidad al decir de Nuñez (*Der. Penal Argentino*, Tº IV, p. 292) es "un estado moral de inexperiencia o de incontaminación sexual, determinable por su conducta. La honestidad se define como recato, pudor, castidad, pureza, y virginidad moral".

Para Soler, (*Der. Penal Arg.*, Tº III, p. 304) "la honestidad es un estado moral y un modo de conducta que corresponde a ese estado".

Para Von Liut es el propósito dirigido a la conservación de la pureza sexual y la conducta que a ese propósito corresponde.

Según Fontan Balestra, (*Der. Sexual* p. 105) la honestidad debe ser estimada, en cada caso, sin someterse a cánones rígidos y apreciando la conducta de la mujer en todas las manifestaciones en cuanto de ella pueda resultar la condición requerida.

A su vez, Cuneo, Libarona, (*Ensayos de honestidad de la virgine, Reglas prácticas para su investigación y estudio*) sostiene la conveniencia de que las investigaciones judiciales, en determinados casos, se apoyen en informaciones idóneas de las visitadoras sociales especialmente capacitadas para apreciar las condiciones del mundo circundante en que actúa la menor, e incluso, propone un examen psiquiátrico de la

personalidad de la víctima. Afirmando también, que resulta aconsejable a los juzgadores, se exijan a sí mismos, un máximo de cautela, prudencia y objetividad pues tanto los puritanismos, cuanto las liberalidades excesivas en la apreciación de los hechos, circunstancias y condiciones, pueden conducir a irremediables errores.

No obstante, frente al delito consumado, a un imputado y una víctima en carne y hueso, transportados del mundo de la doctrina al mundo de los hechos, concluimos que las definiciones que señalamos, son ambiguas, ¿con qué se condenará o absolverá? . ¿con los comentarios? . ¿con la impresión personal del juzgador? Nadie se aventuraría a considerar honesta a los fines del estupro, a una viuda de hábitos serios y de 14 años de edad, o a una lesbiana que conserve íntegro su himen, o a una menor que hubiese mantenido acceso carnal vía oral o anal, pero nunca por la vagina; como así tampoco, podrá considerarse que no es honesta una joven, que a temprana edad fue víctima de una violación, o que inocente al trato carnal se exprese en forma impúdica, o regrese en horas de la noche a su hogar. Debemos entonces recurrir a lo ya dicho respecto del bien protegido y tratar de lograr una fórmula que, sin hesitar, nos determine en un caso concreto, si nos encontramos ante una mujer honesta a los fines del delito de estupro.

Si la menor que se pretende proteger ha adquirido conciencia de lo que el sexo significa, y consiguientemente, dispone libremente de su cuerpo, sabiendo en forma cabal qué es el acceso carnal que consiente, su voluntad no adolecerá de ningún vicio, luego su consentimiento resulta válido y no existe razón alguna para proteger a la joven en su reserva sexual, y este conocimiento, tal como se sostuvo en Primera Instancia en los Autos "Nelly Rivas s/estupro", solo se logra al mantener una experiencia sexual compartida.

La mujer que se entrega a una experiencia sexual brindándose en plenitud y tomando en igual forma a su compañero, aunque esta relación sea homosexual, o no haya penetración vaginal, adquiere la conciencia incontestable de lo que el sexo significa y consiguientemente, sin perjuicio de la reputación que pudiere merecer, no puede considerarse ya honesta, a los fines del delito de estupro.

## SEDUCCION

Se denomina así la actividad que despliega el sujeto activo para vencer la reserva sexual de la menor.

El código de 1886 y el Proyecto Tejedor requerían la necesidad de que el acceso a la mujer virgen se lograra mediante seducción real, vale decir que mediante ardides o engaños se obtuviese que la mujer virgen admitiera su defloración, circunstancia ésta de muy difícil acreditación, cuando estas maquinaciones no han transcendido a las personas de víctimas y victimario; siendo mucho menor la posibilidad de hallar casos de fácil probanza como aquellos en que el hombre se compromete solemnemente a la boda como ardido tendiente a obtener el consentimiento a ser acogida de su pareja.

Nuestro sistema actual se basa en la seducción presunta de la víctima, cuando ésta tiene la edad comprendida entre los doce años y los quince años, se presume, *forti et de jure*, que si es honesta, el hombre solo pudo acceder a ella por su inexperiencia y desconocimiento de lo que significa el trato sexual.

En ambos sistemas señalados, las dificultades prácticas recaen, en el primero en acreditar la existencia de seducción; y en el segundo en acreditar que no existe honestidad, lo que en principio se debe presumir.

## EL DOLO

Se requiere dolo específico y el mismo consiste en que con conocimiento, (o la posibilidad representada) que la mujer es menor de quince años y honesta, se consuma con ella el acceso carnal.

No siendo el estupro atribuible a título de culpa, el error razonable sobre la edad y/o sobre la honestidad de la víctima, hacen excusable al sujeto activo. (Nuñez, *Der. Penal Arg. T° IV*, p. 295; Ure, *Los delitos de violación y estupro*, p. 77).

## TENTATIVA

Cuando un hombre ha comenzado a ejecutar sobre una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince años, sin mediar fuerza o intimidación, que no estuviere privada de razón o de sentido y pueda resistirse, actos corporales de índole sexual, que indudablemente son tendientes a lograr el acceso carnal, el que no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, nos encontramos ante un estupro en grado de tentativa.

El estupro se consuma con el acceso carnal, y es entonces que son los actos que inequívocamente conllevan al mismo en su forma material, que siendo frustrados nos pondrán ante una tentativa de estupro. No pueden computarse como inicio de la perpetración del ilícito actos de seducción, que aunque permitan advertir claramente las intenciones carnales de los mismos, no son, en modo alguno, la materialidad del hecho que ha comenzado a ocurrir.

Camara, (*Programma*, 1510) se pregunta si cabe la posibilidad de tentativa de estupro cuando éste es por seducción real, ya que "cualquier amorio podría por un Juez gárrulo ser convertido en tentativa de estupro". No obstante, no descarta la posibilidad, aunque remota que se configure el delito en grado de tentativa, esta dificultad obedece a que en las legislaciones en las que, para configurar el tipo legal del estupro, era necesaria la fórmula: Seducción + cópula carnal, es en la práctica sumamente difícil distinguir un amorio de un acto preparatorio o de un principio de ejecución.

En nuestro medio, admiten la tentativa, Nuñez, (*Der. Penal Argentivo, T° IV*, p. 296/7). "El autor puede comenzar a llevar a efecto su finalidad de acceder carnalmente a la mujer mediante actos inequívocamente dirigidos a lograrlo de inmediato". Soler, (*Der Penal Argentino, T° III*, p. 305), "voluntate los actos inmediatos al hecho podrán ser considerados como tentativa".