

VIOLACIÓN Y ESTUPRO: COMPARACIONES ENTRE EL RÉGIMEN LEGAL ANTERIOR Y EL ACTUAL.

LAFFERRIERE, Augusto Diego

PELLICHERO, Carlos Andrés

LAFFERRIERE, Leandro Nicolás

(Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional del Litoral)

estudio@lafferriere.com.ar

*“...Se preserva la fidelidad del trato sexual en el matrimonio,
la libertad sexual amparando la reserva del trato sexual del individuo;
el desarrollo normal del trato sexual individual;
el derecho de la sociedad a que no se imponga a sus individuos
que soporten ciertas manifestaciones del sexo...”*
(Carlos Creus)

1.- Violación y Estupro.

Veremos, a continuación, cómo estaban reguladas las figuras de violación y estupro en el Código Penal argentino, anterior a la ley 25.087, para, posteriormente, tratar la nueva ley y poder percatarnos de las diferencias que, a nuestro criterio se destacan, dejando abiertas al lector sus propias comparaciones y conclusiones.

Las dos figuras que hemos de tratar, tienen como característica común que sus acciones están constituidas por el acceso carnal ilícito, y como diferencia central, la presencia o falta de consentimiento, según se trate de estupro o violación respectivamente.

Cuando el consentimiento de la víctima falta en absoluto, porque el autor le impone su voluntad, o porque aquélla no puede prestar un consentimiento mínimamente válido, se da la figura de la violación. Cuando la víctima ha prestado un consentimiento que la ley considera insuficiente por la calidad de

aquella, o lo ha prestado erróneamente a causa de las circunstancias que rodeaban el hecho, estamos ante la figura del estupro¹.

2.- Régimen Anterior a la ley 25.087.

La violación y el estupro se encontraban reguladas en los artículos 119 al 124 del Código Penal. El art. 119 sostenía: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con una persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

- 1- Cuando la víctima fuere menor de doce años;
- 2- Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiera resistir;
- 3- Cuando se usare de fuerza o intimidación”.

Este artículo nos presenta los casos en que nos hallamos ante la figura delictiva de violación.

El estupro figuraba regulado en el artículo 120, que enuncia: “Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números dos y tres del artículo anterior”.

Los dos artículos siguientes, 122 y 123, contenían los agravantes de estas figuras delictivas. El primero de ellos rezaba: “La reclusión o prisión será de ocho a veinte años, cuando en los casos del artículo 119, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquella o con el concurso de dos o más personas”. Por su parte, el artículo 123 sostenía: “Se impondrá reclusión o prisión de seis a diez años cuando, en el caso del artículo 120, mediare alguna de las circunstancias expresadas en el anterior.”.

¹ CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo I, 5ta. Edición, página 187. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

En estos dos artículos se impone una pena más grave, afectiva de la libertad, en función de la concurrencia de circunstancias agravantes, nombradas en el artículo 122, de la violación y del estupro; como sería, por ejemplo, si el autor de la violación sería el padre de la víctima, maestro o profesor.

El artículo 124 se refiere al caso de la muerte de la víctima: “Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida”. En este caso, se agrava la pena privativa de la libertad debido al resultado de la conducta delictiva, que es la muerte de la víctima.

3.- Régimen Actual: ley 25.087.

La nueva ley comienza por cambiar la denominación del Título III del Libro II del Código Penal. Anteriormente, éste se titulaba “Delitos contra la Honestidad”; a partir de la ley *sub examine* se titula “Delitos contra la Integridad Sexual”.

El viejo artículo 119 es sustituido por el nuevo texto dado por el artículo 2 de la nueva ley:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuere 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 dos 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 ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) el hecho fuere cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

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

El artículo 120 del Código Penal es sustituido por el siguiente: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare algunas de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e), o f) del cuarto párrafo del artículo 119.”

Finalmente, el artículo 4° de la ley en cuestión deroga los artículos 121, 122 y 123 del Código Penal.

4.- Los cambios realizados.

Trataremos las diferencias técnicas y legislativas con respecto a cada figura por separado, empezando por la de **violación**.

Con respecto a esta figura, vemos que la misma es tratada en el párrafo 3° del artículo 2° de la ley 25.087 y, manteniéndose en cuanto a su pena el mismo tiempo que nos da el artículo 119, las diferencias se dan en el plano de las circunstancias agravantes de la violación. Así:

- La pena es de ocho a veinte años en caso de que la violación se haya llevado a cabo o se emplearen “armas” agregado que hace el inciso d) del artículo 2° de la ley 25.087 y que no se encuentra en el artículo 122 del Código Penal que trata sobre los agravantes.
- También se agregan dos casos de agravación de la pena que no se encontraban en el artículo 122 del Código Penal, como son los incisos “e” (hecho cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad) y “f” (cometido contra menor de 18 años, aprovechándose de la situación de convivencia) del artículo 2° de la ley 25.087.
- Otro caso de agravación que se agrega, tal vez ya contemplado en el artículo 122 pero esta vez de una forma más específica y clara, es el del inciso “c” (autor portador de una enfermedad sexual grave con peligro de contagio) del artículo 2° de la nueva ley.
- Además, en el caso del agravante del inciso a) del artículo 2° de la nueva ley se eliminan todas las dudas con respecto al daño provocado en salud de la víctima distinguiendo y contemplando los casos de daño a la salud “física y psíquica” provocados sobre la víctima. Finalmente, en el inciso b) se agregan como causales agravantes el ser tutor o curador de la víctima casos que no

estaban contemplados en el tipo penal del antiguo artículo 122 del Código Penal.

Este artículo 2° de la ley 25.087 que sustituye al artículo 119 del Código Penal también trata a nuestro criterio en el 1° y 2° párrafo el caso de abuso sexual sin acceso carnal, que era tratado en parte por el antiguo artículo 127 del Código Penal pero agregando otro agravante y alargando la pena, en su párrafo 2°, para el caso de que el abuso sexual haya sido “gravemente ultrajante” para la víctima.

Otra diferencia entre el antiguo artículo 119 y su actual redacción (dada por el art. 2° de la ley 25.087) es que en el primero se castiga con reclusión o prisión de 6 a 15 años al que tuviere acceso carnal con un menor de 12 años; mientras que hoy, según el régimen vigente (art. 2, 1° y 3° párrafo), se castiga con la misma pena privativa de la libertad al que tuviere acceso carnal con un menor de 13 años. Es decir, aumenta la edad en un año.

Un agregado interesante que aparece en la ley examinada, en artículo 2 párrafo 3° (que a su vez remite al 1°), es que castiga con prisión o reclusión de seis a quince años al que tuviere acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, “mediando abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder”.

La figura del **estupro**, por su parte, es regulada por el artículo 3° de Ley 25.087, la cual sustituye el antiguo artículo 120 del Código Penal. Respecto a esta figura, también encontramos varias novedades.

Una de las diferencias más destacables es el cambio de edad dentro del cual encuadra esta figura. Así, el ex artículo 120 del ordenamiento Penal consideraba “estupro” al hecho de tener acceso carnal con consentimiento de la víctima (“mujer honesta”), y que ésta a su vez fuere “mayor de doce años y

menor de quince”. Hoy la ley 25.087 en su artículo 3° eleva la edad, considerando estupro al caso de acceso carnal con persona de uno u otro sexo con consentimiento de la víctima cuando ésta fuere mayor de trece y menor de dieciséis años.

De esta manera vemos que el pensamiento del legislador se basa en su consideración de que en la actualidad es menos elevada la madurez con respecto al consentimiento para realizar el acto, criterio para nosotros poco acertado.

Por otro lado, es clara la innovación respecto a que en la nueva ley (artículo 3°), al regular la clásica figura de “estupro”, también se considera “estupro” al hecho de realizar la acción prevista en el párrafo 2° del artículo 2 de la Ley 25.087 (esto es, el que provocare un abuso sexual gravemente ultrajante para la víctima), y que a nuestro juicio, se diferencia del “acceso carnal”. Así, se daría el caso de un estupro jurídicamente “novedoso”, sin acceso carnal.

5.- Conclusión.

Hemos visto que la nueva ley es mucho más flexible, permitiendo castigar todo tipo de abuso o conducta que afecte la integridad sexual de la persona. Creemos que la ley 25.087 abarca mayor cantidad de figuras que las que encontrábamos tipificadas en el antiguo régimen.

Se puede sostener que el bien jurídicamente tutelado, “integridad sexual”, es protegido con mayor énfasis, con penas privativas de libertad quizás no más extensas en cuanto a tiempo (aunque exceptuando ciertos casos de delitos de corrupción y prostitución), pero sí abarcativas de mayor cantidad de casos.

No parece una solución racional ni razonable, en estos tiempos, la propuesta por el legislador en la ley nueva, en cuanto aumenta la edad a la víctima del estupro, y de esta manera considerar menor el nivel de madurez sexual del sujeto pasivo de la figura delictiva. En nuestra postura, la sociedad, al

igual que el conocimiento, la información y la experiencia progresan, en vez de retroceder.

No hay peor legislador que aquél que desconoce realidades; las mismas realidades que intenta regular, creando así “ficciones jurídicas” plasmadas en leyes que, luego, por su inaplicabilidad social, caen en desuetudo. El derecho es *para* la sociedad, y no la sociedad para el derecho.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

- ◆ CÓDIGO PENAL (anterior a la reforma)
- ◆ LEY 25.087 (régimen actual).
- ◆ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ta. Edición actualizada, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- ◆ SANCINETTI, Marcelo A., *Estupro y Estupro impropio (“violación”). Un caso polémico de error sobre la edad de la víctima.*