

Enfoque interdisciplinario de los delitos sexuales

## FELLATIO IN ORE

*¿'Un supuesto de 'Violación'?*

*¿Una interpretación que viola el Principio de Legalidad?*

**Claudio Scapolan**

### Introducción

El abuso deshonesto se define como la realización de contactos corporales con contenido sexual sobre el cuerpo de una persona de un u otro sexo, sin que se haya alcanzado el acceso carnal o su tentativa.

Para Carrara es “todo acto impúdico que sin constituir tentativa de violencia carnal se comete sobre otra persona, contra la voluntad de ella”<sup>1</sup>

Así, se señala que comete abuso deshonesto tanto aquel que realiza tocamientos sobre la víctima, como quien se hace tocar por la víctima (la obliga a tocar partes pudendas) o la obliga a realizar tocamientos a un tercero<sup>2</sup>, siendo entonces necesaria la existencia de contacto corporal, excluyéndose de la figura, en consecuencia, el abuso deshonesto de palabra (palabras obscenas o piropos) y las exhibiciones obscenas -más allá de la tipicidad penal específica que pudiera caberles-.

Constituye entonces un delito doloso, que solo requiere el propósito impúdico constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias, como por el simple conocimiento del significado impúdico que el hecho tiene para la víctima.

En el Código Penal Argentino, el abuso deshonesto se encontraba tipificado en el art. 127, que reprimía a quien abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, sin que hubiere acceso carnal.

---

<sup>1</sup> Carrara, Francesco (1956) “*Programa de Derecho Criminal*”, Bogotá, Ed. Temis, T. IV, pág. 296.

<sup>2</sup> Nuñez, Ricardo C. (1987) “*Derecho Penal Argentino*”, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, T. IV, p. 310; Creus, Carlos (1998) “*Derecho Penal Parte Especial*”, Bs. As. Ed. Astrea T. 1, pág. 210.

Con posterioridad a la reforma de la ley 25.087, se ha optado – legislativamente – por un único concepto, el Abuso Sexual, que integra una figura progresiva que admite tres grados:

- a) Abuso sexual simple (reemplazando al abuso deshonesto) – art. 119 1er. Párrafo-.
- b) Abuso sexual gravemente ultrajante (agregado por la reforma) – art. 119 2do. Párrafo-.
- c) Abuso sexual con acceso carnal (reemplazando a la violación) – art. 119 3er. Párrafo -.

La violación es el acceso carnal obtenido contra la voluntad del sujeto pasivo.

No existe discusión en Doctrina y Jurisprudencia al definir al acceso carnal como la introducción del pene por vía anal o vaginal, existiendo, en cambio serias posiciones encontradas respecto de si debe – o puede – incluirse en tal definición al sexo oral (*fellatio in ore*).

La Jurisprudencia, con anterioridad a la reforma de la ley 25.087, sostenía que la *fellatio in ore* no era violación considerando, en consecuencia que debía ser tipificado como abuso deshonesto.

### **Los textos legales**

El texto anterior del art. 119 del Código Penal establecía: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes...”

Luego de la reforma, el texto ha quedado redactado: “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.”

### **La razón de ser de la reforma**

Existe unanimidad en la doctrina al sostener que el principal objetivo de la reforma introducida por la ley 25.087, ha sido el de incluir dentro de la figura de la violación al sexo oral, mas, mayoritariamente se ha dicho que el modo elegido a tal fin no ha sido el correcto, pues sólo se ha conseguido al agregar la frase “cualquier vía”, introducir incertidumbre y mayor amplitud en la posibilidad de interpretación por parte de quienes deben aplicar las normas penales.

### Interpretaciones jurisprudenciales

El Tribunal Oral N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires<sup>3</sup>, condenó al imputado a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional por haber cometido el delito de abuso deshonesto, por haber obligado a realizar sexo oral a una pasajera de había ascendido al taxi que manejaba, intimidándola mediante el uso de un instrumento con apariencia de arma de fuego.

Allí se sostiene que el significado del término “acceso carnal” debe resolverse desde una mira teleológica, señalando que las acciones de contenido sexual pueden clasificarse conforme el grado de compromiso físico o espiritual que éstas importen, y que parece no haber discusión en la doctrina respecto a que tal término resultaría equivalente de cópula, coito, concúbiteo, conjunción o unión sexual.

Para que exista acceso carnal, cópula, coito, concúbiteo, conjunción o unión sexual, es necesaria la intervención de dos personas y que una de ellas introduzca el pene en el cuerpo de la otra. Tampoco cabe duda en cuanto a que el acceso carnal violento con persona de uno u otro sexo, la penetración anal queda incluida en el concepto.

Resulta luego diferente, la cuestión en la *fellatio in ore*. Ninguna duda cabe respecto de que es un acto con contenido sexual, pero no tiene el significado de cópula, sino un sustituto de ella. Difícil resultaría decir que existe cópula cuando en forma voluntaria dos personas mantienen sexo oral, de tal modo, la obtención violenta de tal acto tampoco puede interpretarse en tal sentido<sup>4</sup>.

Por su parte, el Tribunal Oral N° 14 de la Ciudad de Buenos Aires<sup>5</sup>, ante un supuesto similar (un sujeto resultaba imputado de haber obligado a una mujer, mediante amenazas utilizando un cuchillo, a succionarle el pene), calificó el hecho

---

<sup>3</sup> “Rey”, Sentencia dictada el 3/4/1997.

<sup>4</sup> Este fallo fue confirmado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, señalando que “acceso carnal” alude a penetración sexual en una cavidad que presente una receptividad sexual funcional en el sujeto pasivo, pero ello no puede hacerse extensivo a la boca pues las prácticas de contenido erótico que forman parte del acervo sexológico de muchas parejas (digitación, uso de la boca en su multiplicidad de posibilidades) no logran identificarse con la unión sexual ínsita en el concepto de acceso carnal, que requiere actos que por su propia naturaleza representen iniciación o ejecución específica de la cópula.

<sup>5</sup> Sentencia N° 479 del 10/11/1997.

como violación. Allí se señala, recurriendo a los antecedentes legislativos, que en el C.P. de 1886, la unión sexual violenta era regulada mediante dos ilícitos penales: la violación propia – art. 127 – y el atentado sodomítico o violación impropia –art. 129– y en el Código de 1921 se reemplazó tal fórmula por la de “acceso carnal”, desapareciendo entonces la diferenciación entre violación propia e impropia; por lo tanto, al no incluir la ley ninguna acotación excluyente debe comprendérsela en su cabal sentido y plena acepción abarcativa<sup>6</sup>.

### **Conceptos de la doctrina**

Núñez señala que si bien el ano no es el órgano destinado por naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular, por tener, al igual que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, cumple una función semejante a la de la vagina; mas ello no ocurre con la boca, pues al carecer de este tipo de glándulas no resulta apta como elemento constitutivo del concúbiteo, aunque puede ser utilizada para el desfogue libidinoso del actor y del sujeto pasivo<sup>7</sup>.

Según Manzini “acceso carnal” es el acto por el cual el órgano genital de una persona es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

Sostiene Donna que: “El acceso carnal es sin duda un concepto normativo del tipo, cuyo contenido debe ser buscado en lo que culturalmente se entiende por tal, en relación al bien jurídico protegido. Volvamos al proyecto de 1891, en donde se equipara el acceso carnal con el acto de yacer. La fórmula intentaba diferenciarse del Proyecto Tejedor en cuanto se castigaba solamente la aproximación sexual. Está claro entonces que en la interpretación dogmática no fue un acto sexual más, sino que se tenía en claro que era el yacer con otra persona”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Este fallo fue confirmado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, momento en el que se sostuvo que resultaba correcto incorporar al sexo oral como integrante de la expresión acceso carnal, pues era inconducente que la boca estuviera o no dotada de glándulas erógenas, pues lo importante era la anomalía del conducto y la función, ya que es usado por el autor del delito como sustituto de la vagina, sin importar cómo reaccionará sexualmente el sujeto que lo soporta.

<sup>7</sup> NUÑEZ, Ricardo C., op. cit., T. IV, p. 249/250. En igual sentido URE, Ernesto J. (1952) “*Los delitos de violación y estupro*”, Bs. As. Ed. Ideas, p. 15.

<sup>8</sup> DONNA, Edgardo Alberto, (2001) “*Delitos contra la integridad sexual*”, Santa Fé, Ed. Rubinzal Culzoni, 2da. Edición, pág. 60.

Así, el autor describe la discusión existente en la doctrina española antes de la última reforma, explica que una parte de los autores había sostenido que el término yacer incluía solamente los accesos heterosexuales vaginales –vgr. José Luis Diez Ripolles –, otro sector sostenía que se incluían los accesos heterosexuales no vaginales, especialmente el coito anal heterosexual – vgr. Ferrer Sama, Cobo del Rosal y González Rus-, pues el término yacer, como trato carnal con alguna persona, no obsta a tal interpretación.

Agrega entonces que “La introducción del órgano sexual por la boca es otra cosa, tiene otra identidad, tanto física como valorativa y, cuando es forzada, se trata de una acción que degrada de alguna manera a la víctima...”, “por cualquier vía” tiene este sentido y no habilitar analógicamente y con una interpretación absolutamente ilógica otras aberturas del cuerpo y no sólo la boca. Porque en este punto, la doctrina que avala esta posición, no explica el motivo por el cual la expresión “cualquier vía” no habilita otras partes del cuerpo, como ser la oreja, una herida, etcétera.”<sup>9</sup>

### **Luego de la reforma**

“Indudablemente, la finalidad perseguida por ambas Cámaras del Congreso al sancionar la ley era que la *fellatio in ore* fuera reprimida con la misma pena que la violación...La pregunta que formulamos debe tener una respuesta negativa. En efecto, hemos demostrado que la expresión “acceso carnal” no contempla de ningún modo la *fellatio in ore*. Al mantenerse la misma redacción tras la reforma, el agregado “por cualquier vía” aparece como sobreabundante o aclaratorio de lo que no cabe duda: la expresión se refiere solo a l coito vaginal y anal.”<sup>10</sup>

“Mientras el Código mantenga la expresión “acceso carnal”, que como se ha visto tiene una larga tradición en nuestros proyectos, y en el sentido de lo que significa la expresión, no hay otra alternativa que sostener que es la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal, no entrando, en consecuencia, la vía bucal, o la llamada *fellatio*, por más que el legislador haya inventado esta reforma para solucionar este problema, al agregar “por cualquier vía”, ya que, de tomarse literalmente la expresión se ampliaría el tipo de manera descomunal”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> DONNA, Edgardo Alberto, op. cit., pág.61/62.

<sup>10</sup> TENCA, Adrián Marcelo, (2001) “*Delitos Sexuales*”, Bs. As., Ed. Astrea, pag.85/87.

<sup>11</sup> DONNA, ob.cit, pág. 66.

Una opinión diversa de la descripta sostiene que: “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 esta una definición restrictiva, a la cual se llega por vía de interpretación. Decíamos el 5 de mayo, criticando esta formulación, que nada obstaba a que por igual vía se ampliara el concepto para extenderlo a la noción de otros vasos idóneos, no solamente ano y vagina. Esta noción ha sido receptada 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...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”<sup>12</sup>.

### **INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA a la Luz de los Principios Constitucionales**

Explicando la utilidad del método dogmático se ha dicho que: “El método jurídico es fundamentalmente de interpretación de la ley y ésta se expresa en palabras (lenguaje escrito). Ese camino conduce a un objetivo práctico –que es orientar las decisiones de la jurisdicción- y, por ende lo alcanza conforme al modo en que se conciben esas decisiones...Se afirma que la dogmática jurídica establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo sustrae de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. Pero lo cierto es que no basta con la previsibilidad de las decisiones ni con la construcción conceptual para proveer seguridad jurídica, sin perjuicio de que muchas veces la dogmática ni siquiera permitió esta previsibilidad”.<sup>13</sup>

Uno de los elementos básicos del sistema dogmático, impuesto por la Constitución Nacional, es el Principio de Legalidad -inicialmente formulado por Feuerbach, enunciado como *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legale*, consagrado en el art. 18 de tal cuerpo-, el que impone

---

<sup>12</sup> FELLINI, Zulita, (1999) “Comentarios a la ley 25.087 sobre Delitos contra la integridad Sexual, Modificaciones al Código Penal”, *La Ley*, Año LXIII N° 226, del 25/11/1999.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (2000) “*Derecho Penal Parte General*”, Bs. As. Ed. Ediar, pág- 74/75.

que la única fuente productora de ley penal en el sistema constitucional argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, ello significa que la doctrina y la jurisprudencia no pueden habilitar la aplicación de poder punitivo. Un tipo penal no puede ser un instrumento para que el poder sorprenda a los ciudadanos con su arbitrariedad, por ende, deben excluirse todas las leyes penales no emanadas de los órganos legislativos del estado dentro de sus respectivas competencias, en ningún caso pueden producir leyes penales el poder ejecutivo, los jueces ni la administración.

Como derivación de tal principio se ha formulado el de máxima taxatividad legal e interpretativa, según el cual es necesario que la ley se exprese en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible. El principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía in malam partem, ello impide –entonces– la aplicación de la analogía si por ello se entiende completar el texto legal en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite.

Entiendo entonces que, más allá de la supuesta intención del legislador, en cuanto a abarcar en el tipo de Violación a la *Fellatio in ore*, deberá, respetando expresamente el principio de legalidad y la proscripción de la analogía, recurrirse a lo que la ley dice.

En tal camino, considerando que con anterioridad a la reforma efectuada por la ley 25.087 la doctrina y la jurisprudencia –al menos las mayoritarias – entendían que dentro del término “acceso carnal” solo se incluía a la penetración del órgano sexual masculino en vía vaginal o anal, descartando –por las razones que se describieran en la parte pertinente del presente trabajo–, la vía oral o bucal, la reforma realizada, en cuanto agrega “por cualquier vía”, sólo contribuye a generar más confusión.

Sostengo ello precisamente porque ya había sido explicado que la vía acceso carnal no incluía la vía oral, y pese a ello se ha mantenido, debiéndose entonces interpretar, conforme a los principios constitucionales expuestos, simplemente como una redundancia. Acceso carnal por cualquier vía solo puede interpretarse válidamente –desde el punto de vista constitucional– como acceso por vía vaginal o anal.

Conociendo todos los antecedentes interpretativos –reitero desde la Doctrina y la Jurisprudencia–, el Legislador debió, si su intención era incluir la *fellatio in ore*, dentro del tipo de la violación, dejarlo expresamente indicado, variando para

ello la fórmula legal elegida, si así no lo ha hecho, no resulta posible, por vía de interpretación –Doctrinaria y/o Jurisprudencial– ampliar el significado de las palabras o frases utilizadas en la configuración del tipo, si lo que se pretende es el respeto de la legalidad, de la Constitución Nacional y del Estado de Derecho.

De tal modo, entendiendo que actos como los descriptos pueden generar en la víctima las mismas consecuencias cualquiera sea el lugar de su cuerpo en el que reciba una agresión sexual del tipo de las tratadas –acceso carnal violento por vía vaginal, anal o bucal, y aún la introducción de objetos por alguna de aquellas vías–, resultaría necesario describir de un modo distinto la conducta penada por el tipo de la violación; sería entonces factible recurrir al modo en que ha sido descripto en el Código Penal Español, con una fórmula del tipo “Si en el caso del primer párrafo del art. 119, se produjere acceso sexual, por vía vaginal, anal o bucal, del órgano genital masculino, o cualquier otro objeto, con fines sexuales”, o aclarar la terminología utilizada –tal como se hace en el art. 78 del Código Penal respecto de otros términos utilizados en el texto legal– que la terminología “acceso carnal” se refiere a la penetración del órgano genital masculino por vía vaginal, anal o bucal.

Tales soluciones me parecen más adecuadas si lo que el legislador ha tenido en vista ha sido abarcar el acceso sexual violento por vía oral.

De todos modos observo que la inclusión del abuso sexual gravemente ultrajante –y la escala penal para él prevista– resulta una solución suficiente para hechos como el tratado.

### **Bibliografía**

- CARRARA, Francesco, “*Programa de Derecho Criminal*”, Bogotá, Ed. Temis, 1956.
- CREUS, Carlos, “Derecho Penal” Parte Especial, Bs.As., Ed. Astrea
- DONNA, Edgardo Alberto, “*Delitos Contra la Integridad Sexual*”, Santa Fé, Ed. Rubinzal Culzoni, Segunda Edición Actualizada, 2001.
- FELLINI, Zulita, “Comentarios a la ley 25.087 sobre Delitos contra la integridad Sexual, Modificaciones al Código Penal”, *La Ley*, Año LXIII N° 226, del 25/11/1999.
- NUÑEZ, Ricardo C., “*Tratado de Derecho Penal*”, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1987.
- TENCA, Adrián Marcelo, “*Delitos Sexuales*”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2001.
- URE, Ernesto, “*Los delitos de violación y estupro*”, Bs. As., Ed. Ideas, 1952.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "*Derecho Penal Parte General*", Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000.