

EL DELITO DE VIOLACION

ANTECEDENTES GENERALES

I. ETIMOLOGIA

La palabra *violación* proviene del latín *violatio-onis*, que significaba, recordamos, “acción y efecto de violar”. Conforme la semántica castiza, la “violación” tiene cuatro acepciones diferentes:

- a) Infringir o quebrantar una ley;
- b) Gozar sexualmente a una mujer mediante fuerza física o moral: contra su voluntad o “sin” su voluntad; no se olvide aquí que en España sólo la mujer puede ser víctima de este delito contra la libertad sexual de las personas (art. 429, Código Penal);
- c) Profanar una iglesia u otro lugar sagrado; y
- d) Ajar o deslucir alguna cosa.

Rastreado en los orígenes latinos de la palabra, y observando qué significaba o daba la idea tanto de “violentar” como de “fuerza” o “vigor” (*vis*), se ha sostenido, con acierto filosófico, que “Creemos que pueden diferenciarse dos grupos de palabras; así, por una parte, violar, violación y violador, y por la otra, violento y violentar, que con el decurso del tiempo y su uso, fueron adquiriendo significación pro-

pia y singular" (1). En otras lenguas latinas —por ejemplo: italiano y francés— se da también esta dicotomía: *Violare, violazione, violenza, violento; viol, violation, violenter*.

2. LA VIOLACION EN LA BIBLIA

El Antiguo Testamento, bien sabemos, era catónico respecto de los *pecados sexuales*, casi todos acreedores a la pena de muerte. Así por ejemplo, y aludiendo a las *Infracciones contra la castidad*, se sancionaba con el *exterminio* las siguientes *abominaciones* (*Levítico* 18, 29):

- a) Fornicar con mujer que menstrua (*Levítico* 18, 19);
- b) Pecar con la mujer del prójimo (*Levítico* 18, 19); re-
cuérdese aquí que el noveno mandamiento veda: “No desearás la mujer, ni el esclavo, ni la esclava, ni el buey o el asno de tu prójimo...” (*Exodo* 20, 17), cometiéndose adulterio, conforme al magisterio de la Iglesia, incluso con el corazón o la mirada;
- c) Cometer pecado de sodomía (*Levítico* 18, 22);
- d) Cometer pecado con bestia; en la mujer será “horrible maldad” (*Levítico* 18, 23); amén de todo ello, los supuestos referidos a los grados del parentesco, discriminados al comienzo de este capítulo 18 del *Levítico*, tercer libro del Pentateuco.

En muchos pasajes la Biblia alude al delito que hoy nosotros llamaríamos *estupro*; sin embargo, los textos atinentes a la violación son ya más escasos; por ejemplo, en los versículos concernientes a las “Faltas contra el matrimonio” (*Deuteronomio* 22, 13 y sigtes.), y luego de legislar sobre el repudio de la mujer no virgen y sobre el adulterio,

(1) ТРЕЩИ, Osvaldo Nelo, *Etimología y concepto jurídico de violación*, La Ley, 1981-D-848; ver también Joan-Corominas, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madrid, 1974, vol. IV, p. 743.

y siempre imponiendo la pena de muerte, obsesión dentro del rigorismo sexual de la sinagoga, se alude a la violación en versículos consecutivos:

“25. Pero si el hombre halla en el campo a la doncella desposada y la fuerza, él ha de morir”; ante esta redacción, claro, nuestros dogmáticos, y no sin razón, encontrarían atípica a la violación urbana o suburbana;

“26. La doncella ninguna pena sufrirá, ni es culpada de muerte; porque así como un salteador se arroja sobre su hermano y le quita la vida, de la misma manera fue asaltada la doncella”;

“27. Estaba sola en el campo, dio voces, y no apareció nadie que la valiese”;

“28 29. Si un hombre hallare a una doncella virgen que no está desposada, forzándola la desflora y es sorprendido, dará el agresor al padre de la doncella cincuenta siclos de plata, y la tomará por mujer, porque la desfloró; y no podrá repudiarla en todos los días de su vida”. Vemos así que el delito de violación contra la mujer virgen soltera era de sanción sensiblemente más leve: pecuniaria y matrimonial. Esto dice a las claras acerca de la injusticia judaica de la época; cuando, como suele pasar ahora, el Derecho penal solía estar sólo para los pobres y para los zonzos.

3. EGIPTO, GRECIA Y ROMA. LA MODERNIDAD

Entre los egipcios, el delito de violación se castigaba con la castración del autor. Tal pena fue incluso aplicada por Guillermo el Conquistador, duque de Normandía, hacia el año 1070; quien además de la castración —un caso de pena conjunta— imponía se cegara al violador. Hace pocos años, recuérdese, ligas feministas inglesas propugnaban la sanción de castración para los violadores, no sin apoyos científicos.

En Grecia, la violación se castigaba en un principio con pena de multa, pero con el transcurso del tiempo ya se imponía la pena capital al autor del hecho (2).

En Roma la violación era considerada un delito "malo en sí" (*malum in se*), tal como el homicidio y el robo. Se conocía el estupro sin violencia (*stuprum cum masculino*) y el violento (*stuprum violentum*); en el *Digesto* 48, 6, 3, 4, respecto *Ad legem Iuliam de vi publica* se estatuyó que *Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum, vel feminam, vel quemquam per vim stupraverit* (3). Sin embargo, ya en el *Codicis repetitae praelectionis* 9, 9, 7, se lee que *Ad legem Iuliam de adulteriis et stupro. Propter violatam virginem adultam, qui postea maritus esse coepit, accusator iustus non est, et ideo iure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa eius fuerit...* (4).

El delito fue recogido por el Derecho canónico y también por el *Fuero Juzgo*; que en la ley xiv, título iv del libro iii disponía, recordamos, que "Si algún omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la muier libre, si el omne es libre reciba Cazotes, é sea dado por siervo a la muier que hizo fuerza; é si es siervo, sea quemado en fuego. Hy el omne libre que por malfecho fuere metido en poder de la muier, en ningún tiempo non pueda casar con ella. E si por ventura ella se casar con él en alguna manera, pues quel recibiere por siervo, por pena de este fecho sea sierva con todas sus cosas de los herederos mas propinquos".

El *Fuero Viejo* de Castilla, por su lado, imponía la muerte del violador de mujer, sea la misma virgen o no: "Que si alguno fuerça muger, e la muger dier querella al

(2) Ver MARTÍNEZ, Lisandro Z., *Derecho penal sexual*, Bogotá, 1977 p. 176; Carlos Fontán Balestra, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, 1953, p. 39, etc.

(3) "Además, es castigado con la pena de esta ley el que con violencia hubiere estupro a un joven, a una mujer o a otro cualquiera".

(4) "No es legítimo acusador de haber sido violada una virgen adulta el que después comenzó a ser su marido, y por lo tanto, no puede ejercitar la acción criminal con el derecho de marido, sino si la joven violada hubiera sido su esposa".

merino del Rey, por tal raçon como esta, o por quebrantamiento de camino, o de Ygresia, puede entra el Merino en las behetrias, o en los solares de los Fijosdalgo empo del malfechor para facer justicia, e tomar conducho, mas de velo pagar luego: e aquella muger, que dier la querella, que es forçada, si fuer el fecho en yermo, á la primera Viella que llegare, deve echar las tocas e entierra arrastrarse, e dar apellido diciendo: Fulan me forçó, si le conoscier; si non conoscier, diga la señal de él; e si fuer muger virgen, deve mostrar suo corrompimiento a bonas mugeres, las mejores que fallare; e ellas probando esto, devel responder aquel, a que demanda: e si ella ansi non lo ficier, non es la querella entera; e el otro puedese defender; e si lo conoscier el facedor, o mugeres de buelta, cumpre sua prueba en tal raçon. E si el o ella lo provare con dos varones, o con un varón, echo fuer en logar poblado, deve ella dar voces, e apellido, allí dó fue el hecho, e arrastrarse diciendo: Fulan me forçó, e cumpir esta querella enteramente, ansi como sobredicho es; e si non fuer muger, que non sea virgen, deve cumpir todas estas cosas, fuera de la muestra de catarla, que deve ser de otra guisa; e si este que la forçó, se podier auer, deve morir por ello, e si non lo podieren auer, deven dar a la querellosa trescientos sueldos, e dar a él por malfechor, e por enemigo de los parientes della; e quandol' podieren auer los de la justicia del Rey, matarle por ello”.

Las *Partidas*, igualmente, imponían la pena de muerte conforme esta disposición: “Robando algund ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con algunas dellas por fuerça, si le fuere prouado en juyzio, deue morir por ende; a demas deuen ser todos sus bienes de la muger que assí ouesse robada, o forçada. Fueras ende, si despues desso ella de su grado, casasse con el que la robó o forçó, non auiendo otro marido. Ca estonce, los bienes del forçador deuen ser del padre, e de la madre de la mujer forçada, si esos non consintiessen en la fuerça, nin el casamiento Ca, si prouado les fuese que auian con-

sentido en ello: estonce deuen ser todos los bienes del forçador, de la cámara del Rey. Pero destos bienes deuen ser sacadas las dotes, e las arras de la muger del que fizo la fuerça” (ley II, título xx, partida VII).

En América, la violación era castigada, entre las tribus primitivas, con la pena capital. Entre los *cunas*, por ejemplo, si la víctima era mujer casada al autor se lo enterraba vivo; y entre los *caribes*, al violador de una doncella se le introducía una vara por la uretra⁽⁵⁾. Entre los *incas*, si la violada era una mujer de la nobleza, al autor se lo sancionaba con la pena de muerte; en cambio, si era una mujer plebeya, la pena capital llegaba sólo en caso de reincidencia.

Durante todas las épocas de la historia, se consideró que la violación era un derecho de la soldadesca vencedora sobre la población vencida o invadida; esta aberración llega hasta nuestros días. De allí que con dicacia se haya apuntado: “Por consiguiente, podemos concluir que así como se ha dicho con algún sentido de humor, que el estupro es delito de *donjuanes*; la corrupción de menores, delito de *viejos verdes*; los abusos deshonestos en la forma homosexual, delito de *artistas*; el incesto, delito de *aristócratas*, la violencia carnal es delito de *soldados vencedores*”.

4. EVOLUCION DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

El delito de violación se encuentra actualmente previsto, sabemos, por el artículo 119 del Código Penal, sin perjuicio

(5) Se trata de primitivas derivaciones de la ley del Talión, que, recordamos, hace sufrir al condenado el mismo daño que éste causó (“ojo por ojo, diente por diente...”). Se remonta al Código de Hammurabi, medio milenio anterior a la legislación mosaica (*Exodo*, cap. 21; *Levítico*, cap. 24, etc.). Como a veces esta pena (o “venganza”) no es posible de aplicar, se recurre a las “penas-espejo” (*spiegelnde Strafen*): cortar la lengua al calumniador y al falso testigo (o la mano que firmó la falsedad). etc.; cfrar. Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires, 1976, p. 577. Ver también Rodolfo G. Pessagno y Humberto P. J. Bernardi, *Temas de historia penal*, Buenos Aires, 1953, p. 24, y la cita 12 del artículo anterior (*El Derecho penal en la Biblia*).

de las modalidades agravadas de la figura, contempladas por los artículos 122, 123 y 124.

El proyecto de Carlos Tejedor (1865-1866) establecía que la violación era uno de los delitos convocados dentro del capítulo de *Crímenes y delitos contra la honestidad*; que ahora (título III del libro II del Código Penal) se denomina *Delitos contra la honestidad*, conforme fórmula criticada en doctrina ya que por de pronto la violación no ataca a la honestidad sino más bien a la libertad sexual de las personas; el propio Tejedor, de todos modos, aclara que este delito no lesiona la vida de las personas pero que “perturba el orden de las familias” de grave manera ⁽⁶⁾.

El *Proyecto* (en rigor fue un verdadero Código Penal, el primero argentino) referido, recordamos, no aludía a la actual fórmula legal (“tener acceso carnal”) sino a la de “aproximación sexual” (parte II, libro I, título III, apartado 2º, art. 1º).

El Proyecto de Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y José Agustín García, por su lado (año 1881), denominó al capítulo que nos ocupa como *Delitos contra el orden de la familia y la moral pública*, conformando así también, un *nomen* científicamente criticable ya que atiende solamente a bienes reflejos (familia y moral pública) y no directos, por de pronto en el supuesto del delito de violación.

Posteriormente, el Código Penal de 1886 (ley 1920) impuso la fórmula “aproximación sexual, aunque el acto no llegue a consumarse” (art. 127), mientras que la ley de reformas 4189 (año 1903) propugnó “tener concúbito”, sin que el cambio se sustentara, explícitamente, en razón alguna ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ *Código de la Provincia de Buenos Aires de 1877*, edición oficial, Buenos Aires, 1884, artículo 246.

⁽⁷⁾ Ver *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1900, t. I, p. 1090, y *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1903, ps. 205 y siguientes; asimismo, Ricardo C. Núñez, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1964, t. IV, ps. 247 y siguientes.

La actual fórmula (“tener acceso carnal”) apareció en el escenario legislativo recién en el *Proyecto* de 1906 (Rodolfo Rivarola, Francisco Beazley, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía), en su artículo 121; la fórmula pasó al *Proyecto* de 1917 y, finalmente, al Código Penal vigente (año 1921).

Mientras tanto, por lo general los distintos proyectos de reformas mantuvieron el nombre del capítulo que abordamos, conforme su actual redacción, aunque el tema siempre haya sido conflictivo, tanto en nuestro Derecho como en el comparado (°).

5. DERECHO COMPARADO

Nuestro codificador aludió en su momento (°) a las siguientes concordancias en el Derecho comparado:

Códigos penales italiano (art. 331); holandés (arts. 242, 243 y 244); húngaro (art. 232); francés (art. 332); español (art. 453); alemán (art. 177); chileno (art. 361); uruguayo (art. 276); y belga (art. 375).

El Código Penal brasileño actual, por su lado, impone pena de reclusión de tres a ocho años en cuanto a la violación: “Constreñir a una mujer a la conjunción carnal, mediante violencia o amenaza grave” (art. 213). El código venezolano también alude a “violencia y amenazas”, mientras que los ordenamientos de Uruguay, Perú, Panamá y Bolivia emplean el verbo *compeler*. Han escogido la fórmula de “usar” fuerza o intimidación”, por su lado, los códigos de Chile (art. 361); Ecuador (art. 487); Costa Rica (texto ahora derogado); Cuba (art. 482); Honduras (art. 436); Nicaragua (art. 438); El Salvador (art. 392) y Guatemala (art.

(°) Ver FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, 1953, p. 6.

(°) MORENO (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923, t. IV, p. 238.

330). Los códigos de Colombia (art. 316) y de México (art. 265) aluden a la fórmula “violencia física y moral”.

En cuanto a la denominación de la acción, el código brasileño establece “estupro”; el boliviano “estupro alevoso”; los de Chile, Cuba, Honduras, Guatemala, El Salvador y Nicaragua “yacer” o “yaciendo”; los de Brasil y Uruguay “conjunción carnal”, y el de Panamá (en denominación inadecuada a la terminología criminal) “comercio carnal”.

El Código alemán castiga como “acceso carnal violento la coacción realizada con violencia o amenaza contra una mujer con el fin de hacerla víctima de una conjunción carnal extramatrimonial, y el abuso de una mujer que el autor ha colocado con esta finalidad en un estado de incapacidad de querer o de entender” (art. 177) ⁽¹⁰⁾.

El Código español, a su turno, estatuye en su artículo 429 que “Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1º Cuando se usare de fuerza o intimidación. 2º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa. 3º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores” ⁽¹¹⁾.

El Código Penal uruguayo contempla la figura en su artículo 272: “Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa: 1º) Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años; 2º) Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halle, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad; 3º) Con persona arres-

⁽¹⁰⁾ Vide MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial* (trad. Conrado A. Finzi), Buenos Aires, 1959, p. 111.

⁽¹¹⁾ Vide CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, Barcelona, 1975, t. II, p. 584.

tada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia; 4º) Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona. Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a diez años” (12).

El Código Penal italiano de 1930, recordamos, dispone en su artículo 519 que el delito de violencia carnal consiste en “obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencia o de amenazas” (13).

6. EL BIEN JURIDICO TUTELADO

En el delito de violación, lo que la ley quiere proteger es la libertad sexual del hombre o de la mujer violados; que tienen derecho de elegir los protagonistas de su actividad al respecto, sin perjuicio de que su elección pueda concretar un delito (verbigracia el de adulterio). La elección, incluso, puede perfectamente consistir en no tener actividad sexual alguna (14), por ejemplo por imperio de la *castidad*.

Etimológicamente, la palabra *castidad*, sabemos, proviene de “castigo”, de la razón hacia la concupiscencia; la castidad se ha definido como “la virtud sobrenatural moderadora del apetito genésico” (15), considerándose la virtud opuesta al vicio —pecado capital— de la *lujuria*.

La castidad debe diferenciarse de la *continencia*, en cuanto esta última permite la vida sexual pero no desorde-

(12) Ver CAMAÑO ROSA, Antonio, *Tratado de los delitos*, Montevideo, 1967, p. 370; siempre en Derecho comparado, Ricardo Levene (h.) y Eugenio Raúl Zaffaroni, *Códigos penales latinoamericanos*, Buenos Aires, 1978.

(13) Ver MACGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial* (trad. José J. Ortega Torres), Bogotá, 1955, vol. IV, p. 56. Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale*, Torino, 1936, vol. VII, p. 245. Para el Derecho francés, ver R. Garraud, *Tratté théorique et pratique du Droit pénal français*, París, 1937, t. V, p. 469.

(14) CAMPOS, Salvagno C., *Los delitos sexuales*, Montevideo, 1934, p. 118; Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1969, t. V, p. 60.

(15) ROYO MARÍN, Antonio, *Teología moral para seglares*, Madrid, 1979, t. I, p. 372.

nada ni vehemente. En cuanto a la primera, Royo Marín distingue cuatro formas: *virginal* (abstención voluntaria y perpetua), *juvenil* (antes del matrimonio), *conyugal* (regula las delectaciones lícitas dentro del matrimonio), y *viudal* (abstención ulterior al matrimonio) (16).

En suma, entonces, el delito de violación coarta la libertad sexual de que hablábamos (al obligar a la relación carnal involuntaria sea por fuerza, por un aprovechamiento o por violencia moral), sin que resulte para nada menester que la víctima fuere honesta (17), ya que desde luego una prostituta pública —verbigracia— puede ser sujeto pasivo en este delito.

(16) ROYO MARÍN, Antonio, *op. y loc. cit.*

(17) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1970, t. III, p. 284; Manzini, *op. cit.*, ps. 248-249.