



Ronald Dworkin y los delitos sexuales: de la filosofía del derecho a la historia del derecho (Bs. As. 1863-1903)

Riva, Betina Clara

(CHAyA/IdIHCS-UNLP/CONICET)

Introducción

El presente trabajo¹ se propone poner en diálogo la iusfilosofía y la historia del derecho a partir de pensar las posibilidades que algunos aspectos que la teoría dworkiniana brinda para analizar el derecho penal a fines del siglo XIX y principios del XX². En este sentido, es mi intención pensarla en tanto herramienta analítica, sin dejar de observar la imposibilidad de hacer una transpolación directa entre las ideas contemporáneas y el funcionamiento del derecho en el pasado.

Propongo aplicar cuatro de los puntos planteados por Ronald Dworkin (1931-2013) el uso de la jurisprudencia y el precedente para resolver problemas jurídicos, el lugar de la moralidad en el derecho –especialmente en el argentino-, el concepto de “caso difícil” y el lugar del juez en su resolución para pensar la manera en que se actuó frente a los delitos sexuales en el ámbito judicial bonaerense en el período 1863-1903, es decir desde el inicio del proceso codificador hasta la reforma que produce un cambio central en estos.

Los delitos sexuales son quizás el grupo de crímenes que incluso hoy más exaltan la indignación moral de la sociedad como conjunto y de las personas individuales al tener noticias de ellos. En este sentido, como propone Guillebaud (2000) la toma de estado público de estos delitos, particular pero no únicamente por los distintos medios de comunicación generan verdaderos ataques de “pánico moral” que culminan en una vigilancia más estricta especialmente de los menores y su comportamiento cotidiano así como del requerimiento de leyes y sanciones más duras³. Los ataques sexuales entonces,

¹ Esta presentación forma parte de un proyecto de largo aliento: mi tesis doctoral sobre los delitos sexuales y la construcción jurídica de la víctima aceptable entre fines del siglo XIX y los primeros años del XX.

² Quiero agradecer especialmente al José Daniel Cesano el apoyo y la ayuda para pensar esta cuestión en la historia del derecho penal argentino. Parte de estas reflexiones nacieron partir de los seminarios de los Dres. Eduardo Barbarosch y Rodolfo Vigo cursados en el año 2013 en la Facultad de Derecho (UBA). Algunas cuestiones fueron presentadas en las XXV Jornadas de Historia del Derecho Argentino (2014)

³ Cuando se hace lugar a este reclamo se produce en ocasiones lo que se ha dado a conocer como “derecho penal simbólico” (entre otros Diez Ripollés, 2000 y Durán Migliardi, 2008): una inflación punitiva unida a una mayor dureza del castigo previsto para el delito “de moda” que en pocos casos es efectivamente aplicado

encuentran un eco que resuena en niveles profundos e íntimos de la conciencia social y personal que pueden ser rastreados en diferentes y variadas fuentes históricas. Entre ellas, la elegida para este trabajo: los expedientes judiciales que se formaron a partir de la denuncia de estos hechos y que en su análisis revelan ideas culturales y jurídicas respecto de qué se ponía en juego al castigar o no el delito, personales (morales, éticas, legales) de los abogados involucrados en el proceso y de las personas que se acercaban a tribunales en la búsqueda de justicia (víctima, familiares).

Por otro lado, dentro del propio mundo jurídico estos crímenes han suscitado importantes discusiones respecto de qué elementos constituyen un delito sexual violento, quién puede cometerlos, cuál es el lugar de la fuerza y de la resistencia, qué excusas son aceptables (error de derecho, estado alterado de consciencia), si es factible y/o recomendable su persecución, cómo y por quién. Estas discusiones más teóricas y doctrinarias se encuentran teñidas por valores morales vinculados a la idea de la familia como unidad de protección de sus miembros, de la honra masculina, la honra femenina, de los límites de la injerencia del Estado en asuntos considerados más allá de su espacio de actuación específica. Sin embargo, frente a ciertos reporte de un ataque sexual: la casuística estudiada⁴ muestra que las cuestiones anteriores entran en conflicto con otras vinculadas a la necesidad de castigar el delito cuando este sea considerado especialmente aberrante y/o la víctima concebida como “aceptable”⁵, al hacer justicia para la víctima y su familia, utilizar el derecho para dar un claro mensaje a la sociedad en relación a que estos delitos deben y serán castigados. Entre fines del siglo XIX y los primeros años del XX se da en nuestro país el proceso de codificación penal que fija por escrito los hechos en abstracto que de realizarse serán considerados delitos y el castigo correspondiente. Los delitos sexuales quedan comprendidos dentro de los “delitos contra las personas” bajo el título “delitos contra la honestidad”⁶. Cómo se verá, la elección de esta palabra abre una larga serie de conflictos con consecuencias de tipo doctrinaria y jurisprudencial. La redacción de cada artículo además generó problemas particulares a la hora de encuadrar los casos que se presentaban

por los jueces (especialmente por aquellos que adhieren a los paradigmas de derecho penal mínimo y al garantista-abolicionismo).

⁴ Se trata de un corpus de cerca de 125 casos.

⁵ Sobre este concepto: Riva, 2009, 2011, 2012, 2013 y 2014

⁶ Actualmente el título correspondiente es “Delitos contra la integridad sexual” (25.087) mostrando un cambio profundo en la concepción de estos crímenes, por lo pronto, en la concepción teórica de los mismos.

bajo análisis. El presente trabajo se concentrará en las situaciones que se dieron frente a la denuncia de varones⁷ atacados sexualmente por otros.

Intentaré explorar dos formas especialmente problemáticas de tres caminos posibles en la resolución jurídica de los delitos sexuales. Así, propongo que incluso con la aparición de los códigos de fondo y forma que fijarían una forma particular de actuar y resolver los ilícitos de este grupo específico de crímenes⁸ –aplicación estricta del derecho– se puede encontrar un largo y continuo ejercicio de interpretación jurídica⁹ que incluso contradice explícitamente acordado en la ley y de “creación de derecho”¹⁰. Esto último se ha entendido en múltiples formas: como la creación y aplicación de normas particulares a partir de normas generales¹¹, aclaración de disposiciones legislativas “oscuras”¹², “actualización” leyes penales consideradas “viejas”¹³ y por esta condición perjudiciales o impracticables, una forma de colmar las lagunas del derecho¹⁴ todo ello vinculado a la obligatoriedad de resolver el caso pero también, en los delitos sexuales, de hacer valer consideraciones jurídico-morales. Es en este punto de encuentro, que considero especialmente fructífero pensar en la línea de la resolución de los llamados “casos difíciles”, cuestión planteada contemporáneamente por Ronald Dworkin¹⁵.

Para el análisis de la práctica judicial se utilizaron expedientes recolectados en el Departamento Histórico Judicial (DHJ) y el Archivo Histórico de la Provincia de Bs. As. (AHPBA). Al tiempo que se pone esta en diálogo con la doctrina a partir de textos académicos y comentarios a los códigos penales y procesales.

⁷ En todo el trabajo se utilizan “hombre” y “varón” indistintamente a menos que se indique expresamente lo contrario.

⁸ A los efectos de este trabajo se utilizará crimen y delito como sinónimos.

⁹ En relación a las diferentes formas de interpretación jurídica he consultado especialmente Torre (1952), Zaffaroni et al (2005) y Zuleta Puceiro (1981)

¹⁰ Algunos autores prefieren hablar de “creación jurisprudencial del derecho”, sin embargo, a fin de no hacer confusa la redacción he preferido utilizar la expresión “creación de derecho” reconociendo que esta puede darse por vía jurisprudencial. Entre otros: Bulygin (2003), Kelsen (1982), Hoecke (1996), Habscheid (1975) y Zuleta Puceiro (1981)

¹¹ Kelsen (1982)

¹² Dworkin (1978, 1985 y 2005)

¹³ Van Hoecke (1996) y Habscheid (1975).

¹⁴ Zitelmann (1949), Bulygin (2003) y Alonso (2006)

¹⁵ Especialmente en los artículos: “Hard cases” (Dworkin, 1978) y “Is there Really no answer in Hard Cases?” (Dworkin, 1985). Para las posibilidades de este concepto en el derecho penal contemporáneo entre otros Alonso (2006)

Algunas cuestiones generales en torno a la filosofía del derecho

Antes de introducirme en la cuestión puntual de la teoría dworkiniana considero preciso volver sobre algunas cuestiones que se enlazan directamente con las corrientes y formas del pensamiento en que se formaron los abogados sobre los que trabajaré, así como mostrar su conexión con movimientos posteriores que dan forma hoy a algunas de las discusiones de la filosofía del derecho¹⁶.

Desde el siglo XVIII encontramos el desarrollo sostenido de una corriente iusfilosófica que propone y defiende la necesaria separación entre las esferas de la moral y del derecho, posteriormente identificada con el positivismo. Ella expone que la primera debe regir el aspecto interno del hombre mientras el segundo debe hacerlo con sus acciones externas. Esta distinción, de la que se hace eco una parte central de la tradición europea¹⁷, tanto continental como insular, no obstó para la existencia de corrientes que sostengan que hay -y debe haber- una conexión que pone a la moral por delante y por encima del derecho. Estas tradiciones, generalmente agrupadas dentro de la llamada corriente iusnaturalista¹⁸ (en sus dos vertientes, religiosa y racionalista) sostienen que la moral debe ser considerada rectora del derecho en tanto orienta lo bueno, evita el daño o lo repara. Esta postura dio lugar a discusiones teóricas tanto filosóficas como iusfilosóficas acerca de la naturaleza de la moral así como de su expresión en el mundo, eventualmente conjugada en el “realismo moral”¹⁹ que sostiene, en sus versiones más duras, la existencia de “hechos morales”, que pueden ser encontrados y aprehendidos en el mundo (entre otros, Barbarosch, 2011).

Se enfrentan a estas las llamadas escuelas iuspositivistas que defienden el dominio del derecho (como normas y leyes positivas) en la vida social de las personas, dejando de lado el aspecto individual interno, considerando que el fuero más íntimo del hombre debe encontrarse resguardado y no ser perseguido (siendo una de las expresiones más clara de esto la “libertad de conciencia” promulgada desde la Revolución Francesa y refrendada habitualmente en las constituciones liberales). Estas escuelas no hacen a un lado, como alguna vez se ha dicho, el problema de la moral, antes bien lo tienen presente, pero

¹⁶ Existen múltiples textos sobre la historia de la filosofía del derecho y sus desarrollos desde la antigüedad a la contemporaneidad. Para este trabajo se consultaron: Smith (1998), Radbruch (1944), Battifol (1960) y Del Vecchio (1947). En todas las citas se consigna como fecha aquella del texto que se tiene a la vista.

¹⁷ Posteriormente reflejada en los desarrollos americanos.

¹⁸ Exponentes de esta corriente son entre otros Del Vecchio (1947) y Finnis (2011)

¹⁹ Sobre el “realismo moral” en sus vertientes externas e internas Barbarosch (2011, p. 21-27)

reconociendo que la intervención directa sobre ella corresponde a otras áreas, política, teología, religión, o psicoanálisis. Dentro de estas corrientes es más frecuente encontrar a los exponentes del “escepticismo moral”, quienes sostienen que no existen “hechos morales” sino que la moralidad debe ser pensada en contextos específicos (Barbarosch, 2011).

El positivismo jurídico sostiene -al menos en sus versiones más tradicionales- que el ejercicio del derecho debería limitarse a la obediencia de la norma *stricto sensu*, ya que eso, y no otra cosa, es lo que garantizaría justicia²⁰. Desde luego, esta reconstrucción podría ser discutida, ya que se ha llegado a sostener que el problema de la justicia está por encima y por fuera del de obediencia a la ley, proponiendo que esta cuestión no tiene nada que ver con el problema del derecho ni del debido proceso. Estas posturas extremas, considero, anulan la discusión en los mismos lugares que lo hacen los iusnaturalismos tradicionales, al reducir el campo de discusión a cuestiones de forma, llevando en su último término la cuestión a una de fe, de verdades repetidas sin cesar.

Sin embargo, algo que puede decirse en defensa de la afirmación sobre la obediencia a la norma como un camino seguro hacia una forma de entender el hacer justicia: esta permitiría cumplir con una de las máximas aceptadas como firmes pilares del derecho y también como uno de los ideales de la justicia²¹, a saber, la igualdad ante la ley. El que las mismas leyes sean aplicadas a todas las personas garantizarían su trato igual -en principio- si llegara el caso de que se vieran involucradas en un proceso criminal.

En la segunda mitad del siglo XIX, en especial a partir de que se dio un impulso definitivo al proceso codificador, el derecho patrio se encuentra muy influido por la corriente iuspositivista - la clásica primero y de la llamada escuela positivista de raigambre italo/francesa después así como de la “normativista”- proveniente del continente europeo²². Aunque el iusnaturalismo seguiría teniendo influencia en la formación y praxis de los abogados.

²⁰ En este sentido, una versión dura podría ser la de Kelsen (1982) y una vertiente más moderada Hart (1986)

²¹ Sobre el problema de la igualdad en las teorías de la justicia existe abundante bibliografía entre otros: Dworkin (1985) y Barry (1997)

²² Una de las excepciones más claras al respecto es el derecho inglés que no posee una codificación estructurada sino que se rige por el sistema de Common Law dando prioridad a los precedentes sentados por las Cortes. Algo similar ocurre en Estados Unidos que sin embargo posee un Código Penal modelo sumamente amplio que resulta el catálogo mínimo de delitos y penas, el mismo es adaptado por cada estado a sus propias reglas y jurisprudencia.

El proceso argentino de codificación penal fue largo y dificultoso²³. En 1863 se encarga a Carlos Tejedor, la redacción del código penal nacional. Este autor publica en 1866-7 su Proyecto de Código Penal el cual fuera remitido para la aprobación del Congreso²⁴. El documento en cuestión es aprobado con pocas modificaciones en 1886, sin embargo desde mucho antes se discute -y continuará- debatiéndose en distintos ámbitos tanto jurídicos como políticos la necesidad de realizar cambios profundos al mismo, acordes al desarrollo del derecho y de aspectos vinculados a la ciencia moderna en general y de la llamada ciencia jurídica²⁵ o del derecho en particular. Se presentan varios al respecto, aprobándose una reforma importante -para el tema de este trabajo- en 1903²⁶. Finalmente en 1921 se aprueba el Código Penal Nacional (C.P.) que regirá hasta la actualidad (con sus modificaciones).

Complementando este código de fondo se encarga a Manuel Obarrio la redacción del proyecto de Código de Procedimientos Criminales, el cual es aprobado también con modificaciones en 1889. En 1915 vería la luz de la mano de Tomás Jofre el Código de Procedimientos en Materia Penal para la Provincia de Buenos Aires. En ambos se encuentran disposiciones especiales en relación a los delitos bajo estudio.

Los crímenes sexuales violentos constituyen -como ya se dijo- un capítulo de la parte especial del Código Penal dentro de los delitos contra las personas. En este punto es necesario hacer notar que este grupo de delitos es uno de los pocos donde las cuestiones morales de la época influyen en forma clara y evidente tanto en la teoría como en la praxis jurídica. En primer término remitían a una cuestión social/ideológica, en tanto la *honestidad*, a que se hace referencia en el título ha sido y es, una consideración que hace a la valoración del individuo a través de los ojos de los otros, su comunidad, su familia. Esta evaluación ignora, o al menos, deja a un lado la autoadscipción de la persona (soy honesto no tiene la misma fuerza que soy rubio, soy latino o soy amable) para constituirse necesariamente a partir de la construcción ajena del carácter de la persona juzgada. La

²³ Entre otros, Levaggi (1978) y Sedeillán (2012)

²⁴ En el ínterin fue sancionado como Código Penal de varias provincias.

²⁵ Esta es una expresión harto compleja en tanto existen distintas versiones respecto de que es la “ciencia jurídica”, para una evaluación de distintas definiciones Torre (1952). Se adopta aquí la visión de Zuleta Puceiro (1981) que entiende esta como la aplicación del método científico en una manera “*ad hoc*” que conlleva al desarrollo de la dogmática jurídica. Cfs. Silving (1996)

²⁶ Se aumentan sustancialmente figuras y penas, acogiéndose el paradigma peligrosista y las doctrinas de la defensa social en boga por aquella época. Sobre cuestiones generales de la reforma, Moreno (1903) y Sedeillán (2013). Sobre la especificidad de los cambios volveré más abajo.

honestidad, entonces, aparece como una condición que se “juzga” en el otro. La elección de la palabra remite a otra cuestión central para la mentalidad decimonónica: al honor²⁷.

También él íntimamente relacionado con las consideraciones morales de la sociedad y con la mirada crítica del otro. Del vecino, del par y del superior.

Por otro lado, resulta central aclarar que en los casos estudiados (no así necesariamente en la teoría y la doctrina) la palabra “honestidad” refiere en el período a una cualidad esencial y específicamente femenina, y equivale, en sus líneas generales a “virginidad”²⁸ fisiológica primero pero, al mismo tiempo, socialmente construida. Esta condición se halla vinculada al reflejo de la situación particular de su familia, en este sentido no sólo se la evalúa a ella sino también a su grupo familiar y la consideración que este recibe en el pueblo que habita, en su vecindario habilita o no en su conformación como “víctima aceptable”.

En todos estos casos se puede ver sin dificultad un inmenso foco en la mujer, su potencial reproductivo y su lugar en la sociedad. Debe ser protegida especialmente aquella a quien no se le conocen escándalos, ni es vista con hombres que no sean de su círculo familiar.

Influye también el lenguaje que emplea y su forma de conducirse en la vida social diaria.

La honestidad como elemento constitutivo de la persona entonces se convierte en un lugar abierto al debate en el proceso judicial y es evaluado para definir la propia existencia del delito más allá de los indicadores fisiológicos del delito (Riva, 2011).

Distinta es la situación de los varones, en tanto los requerimientos para ser considerados víctimas de un crimen sexual y especialmente “víctimas aceptables” son muy diferentes, aunque también socialmente construidos. En este caso no se requerirá una virginidad anterior al ataque, aunque será excluyente la ausencia de sospechas de homosexualidad, particularmente “pasiva”.

²⁷ Entre otros: Molinario (1949), Gayol (2006 y 2008). En el derecho penal, no obstante, se dividen delitos contra la honestidad (sexuales) y contra el honor (calumnias e injurias).

²⁸ Sobre la discusión en torno al requerimiento jurídico de virginidad en las víctimas de delitos sexuales violentos v. entre otros Ríos (1891), Moreno (1903), Moras Mom (1971) Thieghi (1981), Chejter (1996), Sedeillan (2009), y Riva (2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013)

Cuatro puntos de la teoría dworkiniana para pensar los delitos sexuales

He elegido para trabajar cuatro textos de Ronald Dworkin: “A matter of principle” (1985), “El imperio de la justicia” (2006), “Taking rights seriously” (1975) y en menor medida “Justice for Hedgehogs” (2011). A partir de estos me propongo pensar algunas cuestiones en torno a la resolución de problemas de derecho y su relación con la moral en dos aspectos: la creación y la interpretación de derecho.

Considero particularmente interesantes las reflexiones del autor en torno al uso de la jurisprudencia y el precedente así como sobre los problemas que se desprenden de las posturas morales y políticas adoptadas en el ámbito jurídico como mensaje hacia la sociedad. En este sentido, el derecho argentino demuestra en su práctica decimonónica –e incluso en parte del XX- una amplia recurrencia al precedente a la hora del ejercicio legal, tanto en el uso de diversas fuentes de derecho como en la constitución de un derecho patrio previo a la codificación, particularmente allí donde el derecho español se veía como insuficiente, injusto, viejo o incompatible con las nuevas construcciones políticas, sociales y jurídicas.

Si bien resulta claro que el autor tiene especial predilección por el análisis de los problemas vinculados al derecho constitucional norteamericano, es posible, propongo, trasladar algunas de sus propuestas al análisis pormenorizado de los argumentos jurídicos tanto de los jueces como de los abogados participantes en los litigios penales nacionales. Es posible encontrar, en este sentido, tanto en los expedientes como en trabajos académicos de época, la pregunta sobre los límites de la interpretación en relación a la “intención” que puede atribuirse al legislador y cómo esta “ficción” permite ir más allá de lo estrictamente escrito marcando una forma de hacer –de “decir”- el derecho que condiciona el devenir jurídico hasta que una nueva interpretación tome su lugar.

Dworkin sostiene a lo largo de las obras mencionadas una cierta afinidad con el realismo moral²⁹, al proponer que existen hechos buenos o malos en sí mismos, independientemente de que puedan o no existir leyes que los penen y de que una sociedad puntual considere una determinada situación o conducta buena o mala. Este argumento, tiene, en mi opinión un

²⁹ Aunque admite su dificultad para aceptar algunos presupuestos, discutiendo que su interpretación de los “hechos morales” no es la de la mayoría de los realistas morales (Dworkin, 1985, en particular caps. 6 a 9 y 1978)

claro fallo, al ignorar que la concepción de lo bueno o malo en una determinada sociedad es resultado de la costumbre, la historia y la cultura y que aquello considerado positivo o negativo, correcto o incorrecto, legal o ilegal puede –y de hecho lo hace- cambiar con el tiempo. En este sentido si bien el autor pretende ser comprensivo del aspecto cultural del problema, recurre a la sensibilidad del lector como forma de anular la discusión al expresar que nadie podría considerar que el asesinato de niños por diversión puede ser considerado algo bueno o positivo y por lo tanto es malo en sí mismo³⁰. Desde la moralidad actual, es innegable dicha premisa, sin embargo por las cuestiones antedichas considero que el ejemplo no es suficiente para demostrar el punto que pretende³¹.

Otro aspecto central a su teoría, para este trabajo, remite a definición y resolución de los llamados “casos difíciles”³² los cuales se dan cuando no existe una solución única o no conflictiva a un caso jurídico determinado: allí donde el legislador ha sido ambiguo en la escritura de la ley, existen bienes igualmente valiosos en conflicto, o no resulta claro si se ha cometido un ilícito³³. El autor sostiene que siempre existe para ellos una solución única y moralmente correcta, aunque admite la dificultad que entraña ver esto en quienes no comparten las premisas morales en las que basa su conclusión encontrando que la jurisprudencia angloamericana –aunque no sólo ella- tiene múltiples formas de lidiar con estos casos, remitiéndose nuevamente al papel del juez cómo intérprete privilegiado de la ley y haciendo foco en el realismo jurídico o el activismo judicial explícito o implícito³⁴. En este sentido, es posible proponer que los delitos sexuales bajo estudio han conformado un universo particular que podría ser pensando dentro de estos casos difíciles, en una doble vertiente por ambigüedad legislativa/normativa y -a partir de los expedientes consultados- por conflicto entre bienes jurídicos valiosos en tanto se debate durante el siglo XIX y larga parte del XX respecto de cuál es el verdaderamente tutelado³⁵: la honra de la persona

³⁰ Dworkin (1985). Para un desarrollo mayor y contra el escepticismo Dworkin (2011, p. 24-39). Para una visión crítica de la cuestión moral en Dworkin, Barbarosch (2013).

³¹ Un contraejemplo serían las mujeres asesinadas por hechos de infidelidad en el mundo islámico, o incluso el incesto culturalmente sancionado por algunas culturas de raíces indígenas. En este sentido dos hechos que podrían parecer horribles/malos en sí mismos a la concepción occidental, europea y cristiana resultan cotidianos y comunes para otras culturas y sociedades.

³² Remito especialmente a los artículos: “Hard cases” (Dworkin, 1978) y “Is there Really no Answer in Hard Cases?” (Dworkin, 1985)

³³ En este caso particular el autor está pensando en las reglas de las “tort” legislación que podría traducirse como de “faltas” en derecho civil. Respecto de la legislación de estas y sus diferencias con las faltas y crímenes que sanciona el derecho penal v. Wendell Holmes (1923)

³⁴ Para una discusión de estas cuestiones Vigo (2006)

³⁵ Durante el siglo XIX y parte del XX el derecho penal se expresa en términos de bienes jurídicos tutelados.

(elemento individual), la de la familia³⁶ como un conjunto de individuos que se ven todos afectados por la publicidad/escándalo - entendida como judicialización del conflicto- o la propia sociedad en tanto lidiar con estos delitos obligaba a hacer frente a una realidad diferente a la visión que se pretendía dar de ella tanto hacia dentro como hacia fuera. El concepto de “caso difícil” resultaría de particular utilidad en los procesos por violación de niños o varones menores de edad, ya que de acuerdo a la codificación existente hasta 1903 esta no se encontraba codificada ni penada (e incluso con posterioridad a esta y hasta entrado el siglo XX, en una interpretación estricta, solo se contemplaba el delito contra hombres hasta los 12 años). Sin embargo, frente a su denuncia formal se debate en los tribunales la posibilidad de investigar, perseguir y castigar el delito denunciado³⁷. Aquí es donde con mayor fuerza se observa hasta qué punto las consideraciones sociales respecto de lo “aberrante”, “antinatural” e incluso “moralmente peligroso” han permeado en la práctica del derecho. Estos casos permiten además volver sobre la afirmación de la existencia de hechos morales correctos e incorrectos y la imposibilidad de separar las consideraciones sociales temporales de su construcción/reconocimiento, ya que en la época se consideraba la homosexualidad como un pecado³⁸ y un crimen, naturalizándose como algo incorrecto y malvado en sí³⁹. Si bien la violación de niños –de cualquier sexo- era considerada especialmente espantosa (moralmente aberrante, podría expresarse) se plantea la sospecha y discuten la posibilidad, especialmente desde la defensa del acusado, de que existiera una “tendencia” en la víctima que pudiera no serlo al haber inducido el delito o incluso consentido al mismo⁴⁰. También se puede hallar otra forma del caso difícil en la corrupción de menores, en este caso por la indeterminación del articulado correspondiente,

³⁶ En algunos casos es posible discutir que se trata especialmente de la honra del padre en tanto protector, remitiendo a la lógica romana de la “iniuria” en tanto delito que se comete contra el paterfamilia en lugar de contra la persona realmente agredida (entre otros, Savigny, 1946 y 1949)

³⁷ Resulta interesante que de los 6 casos que he podido hallar hasta la fecha todos tienen sentencia condenatoria al acusado. En un caso en particular, llamativamente se condena también a la víctima utilizando como argumento que se había producido un “delito moral” por lo cual tanto el acusado de violación como su víctima, convertida en acusada por sodomía en su aspecto consensual, debían ser penados. AHPBA “Criminal contra Domingo Broncin y Cristobal Caballa por sodomía” (C 38; A 1; L 239; E 59, Año 1864). He analizado este caso en Riva (2012b)

³⁸ Sobre la perdurabilidad de esta lógica de antiguo régimen, entre otros, Díez Ripollés (1981) y Moras Mom (1971)

³⁹ Fone (2008), Salessi (1995)

⁴⁰ De acuerdo a lo que he podido rastrear hasta la fecha, esta sospecha no se expresa en menores de 8 años. Después de esa edad los agredidos deben demostrar su honradez. Riva (2010, 2011a y 2012a y b)

este delito, que reconocía la posibilidad de que tanto hombres como mujeres fueran sus víctimas, será analizado brevemente al final del presente trabajo.

Por último, vinculado a la necesidad de separar y decidir entre los hechos así como determinar culpas, inocencias y sanciones se tomará en cuenta la idea de aquel juez *mitológico* “Hércules”, quien tiene la obligación de fallar cualquier caso presentado ante sí y de hacerlo no solo con justicia sino con sabiduría, tratando de aunar en su trabajo cotidiano el derecho y la prudencia, considerando los problemas puntuales y las derivaciones que de su fallo se desprendan, es decir actuando de la forma no solo legal sino moralmente correcta.

Si bien es difícil proponer la existencia de un “Hércules” que cumpla todos los requisitos esperables en él durante el siglo XIX y principios del XX, es posible plantear que existió en los jueces locales una preocupación jurídica y moral por los delitos sexuales, por interpretar una ley que resultaba contradictoria en sus términos y hallar la “respuesta correcta” a esos “casos difíciles” que se les presentaban.

Los delitos sexuales entre la codificación y la práctica

Tomando en cuenta los distintos códigos entre 1863 y 1903 así como, fundamentalmente, los expedientes consultados a la fecha se puede expresar que existen siete figuras principales que comprenden los crímenes sexuales: la violación⁴¹ (acceso carnal⁴² en mujer menor de 12 años⁴³, viuda honesta, casada que ha sido engañada o prostituta⁴⁴), estupro⁴⁵ (acceso carnal en mayor de 12 y menor de 15 años), sodomía⁴⁶ (definido por la doctrina y la jurisprudencia como acceso carnal “contra natura”. En líneas generales se considera así el coito anal, con o sin consentimiento, tanto hetero como homosexual. En lo particular se utilizó para penar el delito de violación en niños y varones menores)⁴⁷, pederastía (en algunos casos se utilizó esta como equivalente al estupro para perseguir el delito de violación en varón menor sin embargo nunca fue codificada como figura autónoma), rapto⁴⁸ (sustracción de menor de la casa de sus padres o de mujer casada de la casa de su esposo y su retención. Si bien esta figura no lo implica en la letra en la práctica se asume que si se dio rapto ocurrió ataque sexual), abuso deshonesto (toda acción distinta de la penetración vaginal o anal con el miembro masculino en menor de cualquier sexo)⁴⁹ y corrupción

⁴¹ Código Tejedor art. 2º secc. 2ª, tít. III; Art. 127 C. P. de 1886. En 1903 se añan violación, estupro y ultraje al pudor.

⁴² En algunos casos se habla de aproximación sexual (Código de Tejedor y C.P. de 1886), en otros de concubito fuera del matrimonio (C.P. reformado de 1903), en estos dos casos se ha sostenido que no era necesario que la penetración fuera completa para que existiera delito, contrario a lo que se puede ver en la práctica judicial.

⁴³ Recién en 1903 se modifica la ley para contemplar el acceso carnal en menor de cualquier sexo hasta los 12 años.

⁴⁴ El supuesto de violación en prostituta (art. 128 inc.4º C.P. 1886), parece quedar más como una figura de análisis académico que práctico. El de mujer casada (Art. 128 C.P. 1886) suele citarse menos y posteriormente se interpreta para la que fuera engañada por un hombre haciéndose pasar por su marido (Art. 127 inc. c del C.P. reformado de 1903). Finalmente se codifica que es violación cuando se tratase de mujer incapaz de resistir (Art. 127 inc. 2º del C.P. 1886 y art. 127 parte a inc. 2º del C.P. reformado de 1903)

⁴⁵ Código Tejedor art. 1º, secc. 3ª, tít. III; Art. 130 C.P. de 1886 en estos dos código se incluían los supuestos de abuso de poder o confianza y la seducción como agravantes específicos de esta figura. En algunos casos se discutió si no eran requisitos de la misma.

⁴⁶ Art. 127 del C.P. de 1886 (concordante con el de Tejedor): “Las mismas penas de los artículos anteriores se aplicarán al reo de sodomía.” De esta forma el artículo, no define claramente las acciones que lo integran y lo hacen jurídicamente reprochable. Tejedor aclara en la nota al art. 5º, secc. 2ª, tít. III del apartado sobre violación de su Proyecto que la propuesta“(…) sólo castiga las violencias de este jénero en las personas, o hechos de corrupción en practicados sobre menores (...)” (pag. 318)

⁴⁷ Retomo esta cuestión y la profundizo más abajo.

⁴⁸ Art. 133 a 138 del C.P. de 1886 y del C.P. reformado de 1903

⁴⁹ Técnicamente esta figura se codifica recién en 1903 (inc. f del Art. 127), sin embargo es mencionada en los expedientes con anterioridad. Propongo que esto puede tener que ver con que era una figura usual en el derecho penal español de la época colonial e incluso contemporánea al desarrollo de los casos.

(desviar de la sexualidad “normal” un/a joven por parte de un adulto) y prostitución de menores⁵⁰.

Estos delitos además tienen la particularidad procesal de ser imposible su persecución de oficio – con la excepción de que fuera cometido por ascendente, descendiente, familiar en línea recta, o guardador de la persona- a pesar de que se reconoce -a veces en forma explícita y otras, implícita- el interés de la sociedad en su castigo. En este sentido se los define desde la práctica como de iniciativa/instancia privada⁵¹ más allá de que el Código de Procedimientos Nacional y más tarde el Provincial determinó que serían de instancia privada y acción pública, sin perjuicio de que se sume la acción particular. Sin embargo, esta innovación solo fue aceptada y aplicada en la práctica muy lentamente (Riva 2014a). Desde los códigos se define como parte interesada en la persecución y castigo –y por tanto habilitada a denunciar el hecho- a la víctima y a la persona que la tenga a su cargo. En la práctica queda definida como el padre, eventualmente la madre o el encargado de la guarda mientras que se ignora la denuncia de la propia persona atacada⁵².

Se puede observar entonces que estos delitos poseen una carga especial para la sociedad, para los legisladores y también para quienes deben aplicar el derecho: abogados defensores, fiscales y jueces en las distintas instancias precisamente, como mencioné, por su vinculación con las emociones y los valores ético-morales que entran en juego y conflicto. En último término la interpretación especialmente “ajustada” de la instancia privada -que obligaba a los padres de una víctima a “constituirse en parte” contratando un abogado particular y negaba la intervención del Ministerio Fiscal si fallaban en realizar esto llevando a la caída efectiva de la causa- responde, propongo, a una idea medianamente explícita de que estos crímenes no deben ser perseguidos por el Estado en tanto el valor superior que debe ser protegido es el del honor de la familia como grupo, que incluye a la víctima, -debiendo evitarse el escándalo que dañaría a todos-. En este sentido, el silencio además

⁵⁰ Art. 259 del Código Tejedor, Art. 132 C.P. de 1886, Inciso g) del capítulo 2 del Título 3° C.P. reformado de 1903

⁵¹ Si bien conozco que existe en el derecho penal contemporáneo una clara diferencia entre iniciativa e instancia en la época de estudio esta no resulta nítida en la práctica, utilizándose ambas expresiones como sinónimos.

⁵² He trabajado esta cuestión en distintas ocasiones (Riva, 2008, 2009, 2010, 2011a y b, 2012 a, b y c, 2013 c y 2014a) propongo que tiene que ver con a) que la mayoría de los delitos sexuales de que se da cuenta a la autoridad tiene por víctimas a menores de edad y b) durante el siglo XIX y parte del XX se consideró que la mujer no era digna de crédito en sí misma.

“protegería” a la víctima, y especialmente su posible, futuro, papel como esposa y madre al lograr mantenerla dentro del mercado matrimonial.

Sin embargo, al incluirlos dentro del catálogo punitivo se indica que interesa al Estado su persecución y castigo en tanto compromete otros aspectos que resultan vitales para la continuidad de la sociedad. Se reconoce así, quizá un poco bipolarmente, que los delitos sexuales producen un daño que afecta al ámbito público y regula entonces, casi como una solución salomónica, que se pueden perseguir por el ministerio fiscal una vez que ocurre la instauración de la causa en la forma prescrita: se admite así que interesa el castigo del autor de un delito sexual.

Una vez más, se halla el problema, la influencia, de una visión moral, y de una teoría de la justicia que hace pesar el lugar y los deseos no de la propia víctima sino de aquellos que tienen poder sobre ella, entendida como patria potestad (sus padres) o el control sobre sus decisiones (marido y, hasta cierto punto, el Estado).

La insistencia en los resguardos y limitaciones a la hora de aceptar una denuncia junto a la propuesta de que es el silencio la mejor opción para las personas atacadas así como para su familia podrían aceptar una construcción utilitarista más tradicional en sentido amplio: la necesidad de que existan nuevas unidades familiares y de mantener un cierto estándar de población. Sin embargo, proponer que un cálculo de este tipo se hallara en la mente de los juristas y legisladores del siglo XIX resulta por lo pronto más que aventurado.

Los “casos difíciles” y la creación de derecho en los delitos sexuales

La “creación de derecho” es una cuestión, como se dijo, de complejo abordaje. Se utilizará en este caso para referir al resultado novedoso (jurisprudencial y doctrinariamente) de la actividad desarrollada por los jueces para resolver casos poco claros sea porque la norma general resulta oscura, porque la ley que debería aplicarse es considerada inadecuada o por hallarse frente a situaciones que parecen no haber sido previstas por la normativa en la forma que se presentaron ante los tribunales. Estas cuestiones ponen a los legistas involucrados ante una disyuntiva ya están obligados a dar una sentencia y la misma debe ser fundamentada en derecho. Aquí entonces podemos ver una franca contradicción con lo sostenido desde el positivismo jurídico que sostiene que el derecho es un sistema normativo sin fisuras⁵³ y que el ejercicio del mismo debería limitarse a la obediencia de la norma *stricto sensu*, ya que es eso y no otra cosa lo que garantizaría la justicia.

En este sentido, considero que el concepto de “caso difícil” permite pensar, problematizar y entender mejor la labor que los juristas debieron realizar para dar respuesta a algunos casos conflictivos y entre ellos, el que tomaré como ejemplo ilustrativo: la situación que se daba a partir de la denuncia de delitos sexuales cometidos sobre niños o jóvenes varones menores de edad. También analizaré brevemente un ejemplo que puede rastrearse hasta el día de hoy: la situación que se da frente a la figura de corrupción de menores.

El ataque sexual a niños/menores varones como “caso difícil”

Teniendo en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto en el Código Penal hasta la reforma de 1903⁵⁴ el supuesto de ataque a un hombre menor de edad no se encontraba claramente considerado ni penado⁵⁵ jueces y fiscales debieron esforzarse por encontrar fuera del código, pero dentro del sistema de derecho, las herramientas para resolver el caso –y en

⁵³ Kelsen (1982), Alchourron y Bulygin (1987)

⁵⁴ Desde entonces -y hasta la modificación de 1999- el art. 119 reza “Será castigada con penitenciaría de seis a quince años la persona que tuviere concubito- fuera de matrimonio, con 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 ó de sentido, ó por enfermedad ó cualquiera otra causa, no pudiera resistir; 3° Cuando se usare de fuerza ó de intimidación”

⁵⁵ Luego de su reforma se discutirá largamente si la nueva redacción del artículo permitía penalizar el delito en varones más allá de los doce años. A favor de esta interpretación González Roura (1922) y Díaz (1928). En sentido contrario Jofre (1922).

algún aspecto “hacer justicia”-. Lo hicieron apelando tanto a fuentes alternativas de derecho⁵⁶ -particularmente recurrieron a la historia, al derecho español pretendidamente perimido así como el derecho canónico-, a la interpretación *ad hoc*⁵⁷ y la analogía⁵⁸ (esta última formalmente prohibida) como a la “sana moral”⁵⁹. Es en relación a estos hechos delictivos donde con mayor fuerza se observa hasta qué punto las consideraciones sociales respecto de lo “aberrante”, “antinatural” e incluso “moralmente peligroso” han permeado el ejercicio del derecho encontrándose allí como respuesta una fuerte pulsión punitivista que, es posible proponer, busca enviar mensaje a la sociedad: no se pueden tolerar crímenes para cuya comisión debe “violentarse la propia naturaleza”⁶⁰. En este sentido, mientras en la época se consideraba la homosexualidad consensual (llamada sodomía, pederastía, uranismo o inversión) como un crimen, una enfermedad o una falta, habiéndose naturalizado como un comportamiento incorrecto y/o malvado que ameritaba el castigo de las *dos* personas que participaban en una relación⁶¹; la violación de niños varones era considerada especialmente espantosa y socialmente peligrosa en tanto se podía desviar, -teóricamente para siempre-, al niño del ejercicio de la sexualidad esperable y esperada⁶² (Riva, 2010 y 2011) debiendo por lo tanto encontrarse la forma de castigar al perpetrador de semejante acto a toda costa.

Resulta pertinente traer a colación las palabras del Elbert (1988, p. 23):

los jueces soportan una carga excesiva en la cuestión, porque deben actuar como valoradores neutros de comportamientos, arribando, además a soluciones justas. Y si por un lado las normas no ayudan, por otro está comprobado que el juez nunca puede ser neutral. (...) Esto es muy relevante, *porque los elementos normativos de los delitos sexuales deben ser interpretados ‘a pura convicción personal’ por el juez, quien obviamente teñirá la resolución con su propia coloración cultura, moral y religiosa.*⁶³

Frente a una denuncia realizada en la forma indicada por la ley (en el período 1863 - 1903) se da un debate interno en los tribunales respecto de la posibilidad legal de investigar,

⁵⁶ AHPBA “Criminal contra Domingo Broncin y Cristobal Caballa por sodomía” (C 38; A 1; L 239; E 59, Año 1864).

⁵⁷ DHJ “Juan Mas; por pederastía en Dolores” (P 81; E 01) 1888

⁵⁸ DHJ “Juan Mas...” y “Sosa Evangelista...”

⁵⁹ DHJ “Sosa Evangelista...”

⁶⁰ Caso paradigmático y cita DHJ “Sosa Evangelista...”

⁶¹ Fone (2008), Salessi (1995) y Barriobero y Herrán (1930)

⁶² Tanto se creía al convertirlo en homosexual pasivo como en un ser que se negara a tener cualquier tipo de relación sexual.

⁶³ Todos los resaltados son propios a menos que se indique lo contrario.

perseguir y castigar el delito denunciado ya que el Código Penal no se expresaba claramente en relación a esta cuestión: el Proyecto Tejedor, tanto como en el C. P. de 1886 expresaban: “Las mismas penas de los artículos anteriores se aplicarán al reo de sodomía.”⁶⁴. Así, puede notarse la indefinición de las acciones que configuran la sodomía y la hacen jurídicamente reprochable constituyendo en la práctica lo que se denominaría un “tipo penal abierto” –hay condena a un delito no definido- dejando librado a la labor jurídica el llenar de contenido aquel. Expresa Nicanor Ríos en su tesis de 1891 sobre delitos contra la honestidad:

Generalmente se toma la palabra *sodomia*, para expresar el *concúbito de hombre con hombre*. (...). *Nuestro código no define lo que debe entenderse por sodomia, pero de sus términos y de las referencias que hace a los artículos que tratan de la violación, parece que aplica este término no sólo al concúbito entre hombres sino al que se verifique en mujer, siempre que se efectúe en vaso indebido y así es como generalmente se ha entendido en los casos prácticos.* (...)

y continúa

Los legisladores modernos se han limitado á castigar este delito cuando se usa de violencia o se comete en menores ó personas se hallan en estado de no poder prestar su consentimiento (...).

La sodomía queda definida por la doctrina y la jurisprudencia como acceso carnal “en vaso indebido” –reducido por otra parte al coito anal-, con o sin consentimiento de una de las partes⁶⁵.

En los expedientes judiciales consultados, se halla una triple concepción de esta figura: a) relaciones “contra natura” (anales) consensuales⁶⁶, b) la cohabitación entre dos hombres⁶⁷ y c) la penetración anal forzada en un varón, generalmente, menor de edad (Riva 2009 y

⁶⁴ Tejedor aclara en la nota al art. 5º, secc. 2ª, tít. III del apartado correspondiente que su Proyecto que la propuesta“(…) sólo castiga las violencias de este jénero en las personas, o hechos de corrupción en practicados sobre menores (...)” (pag. 318)

⁶⁵ Sobre esta cuestión entre otros Escriche (1851), Barriobero y Herran (1930), Thieghi (1983) y Levaggi (1978). Es de rescatar una cita de Moras Mom (1976) sobre el tema: “La frase [con persona de uno u otro sexo] viene a incorporar a la figura de la violación, el acoplamiento sodomítico que en el código de 1886 tenía independencia típica. La fuente de esta norma se encontraba en las leyes de partida, citadas por Tejedor y que fulminaban el acoplamiento de hombre a hombre por vía anormal” (p. 21)

⁶⁶ En algunas ocasiones se consideró también de esta forma aquellas en las que el marido o un hombre utilizaba algún tipo de objeto en la mujer, fuera en su vagina o ano. Quedaba como problema teórico el supuesto de que fuera la mujer quien utilizara estos implementos sobre el hombre u otra mujer.

⁶⁷ En algunas ocasiones también se discutió si esta figura podía utilizarse para penar las relaciones sexuales consentidas entre mujeres, pero en términos generales, parece plantearse como un problema más bien teórico (Barriobero y Herran, 1930). En este sentido, existen interesantes debates en España y especialmente en Inglaterra durante el siglo XIX en relación a si es posible pensar que las mujeres tuvieran relaciones homosexuales (Fone, 2008).

2012). En este último sentido se equiparaban sus requisitos con los de la violación en mujer a partir de la redacción del artículo correspondiente (menor de 12 años, y/o incapacidad para dar consentimiento). En ocasiones esta triple forma se combina y discutían al mismo tiempo.

Aquí entonces, frente a la situación de un niño o joven violentado por un hombre adulto se ve claramente un ejemplo de “caso difícil” por la opacidad de la ley que debía regular este supuesto. Como ejemplos traigo a colación los casos de un varón de 18 años cumplidos que denuncia haber sido violentado por tres hombres⁶⁸ -aquí la situación claramente escapa a la delimitación etarea del delito de violación así como al otro supuesto aplicable, al mismo tiempo que a la lógica habitual del delito sexual como una cuestión “de dos”⁶⁹ - y el de un aprendiz de sastre de 10 años cuya madre denuncia que fue violentado por su maestro⁷⁰ - se halla aquí ejemplos de la discusión de cuál, si alguna, era la figura que debía englobar el delito (violación, estupro, pederastía o sodomía?)-.

Por otro lado, se encuentra utilizada en los expedientes como sinónimo de sodomía la palabra “pederastía”⁷¹, sin embargo, esta no encuentra correlato normativo, dando lugar a que se impugne su uso cuando el juez o el fiscal la utilizan para acusar o condenar al/los imputados en lugar de la que se encontraba en el código. Ella se puede rastrear en las viejas leyes españolas⁷² así como en los tratados de medicina legal consultados por los juristas en la época (Legrand du Salle y Tardieu entre otros) e inclusive en la nota al pie de la propuesta del artículo correspondiente al castigo de la sodomía en el proyecto de Tejedor. Esto muestra la pervivencia y utilización de la misma permitiendo entrever un universo compartido de significados donde se presuponen equivalencias a partir de un uso en algún momento estandarizado que sin embargo abre nuevas puertas de conflicto. Algunos ejemplos de su uso:

Dado que el hecho subjudice es apreciado en la sentencia como *delito de pederastía (sodomía)*, legislado en los artículos 128 y 129 del Código, sin que el recusante halla aducido el más leve

⁶⁸ DHJ “Sosa Evangelista...”

⁶⁹ He trabajado este caso en particular en Riva (2014b)

⁷⁰ DHJ “Altieri (Blas)...”

⁷¹ Entre otros: DHJ “Juan Mas...”, “Sosa Evangelista...” y “Altieri (Blas)...”

⁷² Entre otros, Barriobero y Herran (1930)

fundamento legal o de doctrina para apoyar su tesis de que solo existe el delito de sodomía cuando media trato carnal continuado entre personas del mismo sexo.⁷³

De los antecedentes se desprenden presunciones graves, precisas y concordantes que según jurisprudencia forman prueba legal, de que el procesado es autor del *delito de pederastia* ejercida sobre Santiago Dulau. (...). Qué según el art. 129 la pena que corresponde en este caso es la establecida en el art. 129 inc. 1^{o74}

En menor medida se discute la aplicación de la figura de “estupro” como la figura que debería regir sobre estos crímenes, sin embargo la mayor parte de la doctrina y la letra de la ley aclaran que sólo puede tener lugar en mujer doncella u honesta entre los 12 y los 15 años⁷⁵. Aunque algunos autores argumentaron sin éxito la posibilidad del engaño de un hombre adulto a un varón menor sosteniendo la necesidad de ampliar la figura para que los contemple (entre ellos Ríos, 1891).

Las tres figuras sodomía, pederastía y estupro, incluso -aunque más raramente- violación son utilizadas en forma intercambiable y equivalente en los expedientes rastreados mostrando lo confusa y compleja que resulta la cuestión para los propios juristas involucrados⁷⁶.

Los abogados defensores arguyen que no habiendo un delito *claramente* codificado, -y especialmente al encontrarse en el expediente con la palabra “pederastía”- resulta imposible el asignar una pena (*nulla poena sine lege*) y por tanto, independientemente de las consideraciones morales que les merece el delito en discusión –que manifiestan compartir, y cuya afirmación puede considerarse sincera en tanto hombres de su tiempo-, debe sobreseerse o absolverse a sus clientes. También argumentan en favor de una manera particular de entender la sodomía: aquella más antigua que se definía por la cohabitación no forzada entre hombres y por la necesidad de que hubiera repetición del acto sexual⁷⁷.

Al respecto el argumento de un abogado defensor que recurre una sentencia por inaplicabilidad de ley:

⁷³ DHJ “Sosa Evangelista” Subrayado en el original

⁷⁴ DHJ Más Juan

⁷⁵ Al respecto Ríos (1891), Jofre (1915 y 1922), González Roura (1922), Díaz (1928). Se suele discutir además si es requisito que exista seducción o abuso de confianza.

⁷⁶ A modo de ejemplo: “Altieri (Blas)...” y “Juan Mas...”. He trabajado esta cuestión en Riva (2009)

⁷⁷ DHJ: “Juan Mas...” y “Sosa Evangelista...”

por haber sido dictada [la sentencia] contra determinaciones expresas del C.P. de donde ha desaparecido el delito que ha motivado el proceso [se refiere a la figura de pederastía por la cual es condenado su cliente], dado que lo más parecido es la sodomía y para que exista debe darse el trato carnal continuado entre personas del mismo sexo⁷⁸

Este argumento, sin embargo, no suele encontrar eco en los jueces penales de Primera ni de Segunda Instancia, quienes resuelven o bien condenando a prisión a los acusados o haciendo uso de la prisión preventiva a fin de hacer a purgar la pena que le hubiera correspondido en una sentencia condenatoria⁷⁹. En líneas generales, es importante señalar que la Cámara de Apelaciones refrenda la interpretación más abierta y punitiva de los jueces de Primera Instancia y fiscales al respecto de estos delitos⁸⁰:

Esta forma de dotar de sentidos específicos a un tipo penal “abierto” permite plantear que aquí los jueces se convierten no en aquellos que “dicen” el derecho sino en quienes lo crean por la vía de la interpretación judicial, teniendo presente una solución que consideran más moral que jurídicamente correcta al caso bajo análisis.

Así en el pasado como en el presente: la corrupción de menores como “caso difícil”

Antes de finalizar el presente trabajo, considero interesante traer brevemente al debate otro “caso difícil” que permite establecer un diálogo fluido entre la historia y problemas actuales tanto del derecho como de la iusfilosofía contemporánea mostrando lo intrínseco de sus relaciones: se trata de la figura de “corrupción de menores”⁸¹. La misma, codificada desde el siglo XIX ha sufrido pocos cambios hasta el presente, y castiga, a pesar de su designación, no la acción de “corromper” (nunca definida en el código) sino a quien “promoviera o facilitase” dicha actividad. Sin embargo, no se especifica cuáles son las acciones que implican la promoción o facilitación de la corrupción. Sumada a esta cuestión, en el período bajo análisis la corrupción y la prostitución se confunden en la misma

⁷⁸ DHJ “Sosa Evangelista...” sin embargo el recurso es rechazado por la Corte Suprema de la Provincia.

⁷⁹ Es paradigmático el caso DHJ “Altieri (Blas)...”

⁸⁰ Es interesante que este aspecto particular dos veces fue llevado hasta la Corte. Sin embargo, no se dio lugar a los reclamos considerándose que no había argumento para considerar que se diera situación de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de ley.

⁸¹ Quiero agradecer especialmente al Ernesto E. Domenech quien me puso en la pista de esta cuestión problemática y me ayudó a trabajarla.

figura⁸², creando límites imprecisos entre uno y otro a partir de la discusión sobre si el disfrute de la víctima debía ser siempre a favor de terceros o incluía al sujeto “corruptor”⁸³ y de ser así, es habitual la pregunta de cuál podía ser el placer que este obtendría. Al mismo tiempo, y de la mano con los avances psico/sexológicos, se comienza a definir, de manera doctrinaria y jurisprudencial que la corrupción implica el desvío del sujeto, hombre o mujer, del normal desarrollo de su instinto sexual, mismo que no parece necesario definir ya que se considera un conocimiento “natural” compartido por todos. Se trata, en el caso de los varones, como se vio anteriormente, del ejercicio activo de la heterosexualidad mientras en la mujer se trata de la actividad heterosexual moderada y con vistas reproductivas. La ambigüedad en la redacción de la figura, obliga por un lado a recurrir necesariamente a la interpretación a la hora de decidir si el caso puede quedar contemplado dentro de la figura jurídica (con sus posibles apelaciones a instancias superiores) y cuáles son los elementos que le dan sustento (obligando al juez a definirse sobre qué entiende por corrupción de menores?, qué entiende por promover o facilitar dicha actividad?, si es central la existencia de un tercero que disfrute los resultados, o incluso definirse sobre los aspectos mismos que hacen a la inocencia sexual de una víctima). Al mismo tiempo, se producen interesantes y ricos debates doctrinarios que pueden rastrearse en los textos específicos (manuales, códigos comentados, artículos jurídicos) en el esfuerzo por dotar de un sentido acordado a los distintos aspectos de la corrupción de menores como delito, cuestión que continúa hasta el día de la fecha.

En este punto, entonces, retomo las cuestiones esbozadas anteriormente: encontramos un caso difícil en este caso no por laguna jurídica, cómo en el caso de la sodomía, sino por ambigüedad en la letra misma de la ley (quizás el caso más clásico y ejemplificado por Ronald Dworkin), es el juez quien debe fijar un sentido al articulado dentro de las múltiples interpretaciones que la redacción del texto jurídico habilita, y la discusión moral se hace presente una vez más, aquí dos aspectos de la misma que marcarán hasta el presente la cuestión: se trata de una víctima aceptable, en los términos no sólo que plantea la ley (menor de edad) sino también en las consideraciones intangibles que la figura propone (teniendo en cuenta el principio no escrito pero reiteradamente formulado a partir del siglo

⁸² La división de la figura en dos título autónomos dentro del capítulo correspondiente del C.P. se propone recién en el Proyecto de Código Penal de 1937.

⁸³ Parcialmente resuelto a partir de la inclusión de la partícula “o” en códigos posteriores (“para sí o para terceros”)

XX de que “no se puede corromper lo ya corrupto”)? Es posible utilizar esta figura para castigar aquellos hechos que no caen bajo los supuestos más violentos de los delitos sexuales?

Los abogados, tratadistas y comentaristas responden de distinta manera a esta cuestión, la práctica judicial va estableciendo un recorrido plagado de contradicciones, cuestionando la propia designación de la figura y llegando en la actualidad a plantear incluso su inconstitucionalidad nacida de la misma ambigüedad (Baigún et al, 2008).

Al contrario de lo que plantea Dworkin, sostengo, una vez más que no existe una única solución moralmente correcta para el caso difícil –y en líneas generales para ninguno de ellos-, ya que se dan múltiples variables a considerar no sólo en términos generales (histórico/culturales e incluso jurídicos) sino en el caso particular. Esta cuestión, enlaza con la discusión mayor de la filosofía iusnaturalista racionalista -de enorme influencia en el neoconstitucionalismo y los nuevos desarrollos de la iusfilosofía contemporánea posterior a la Segunda Guerra Mundial- que supone, especialmente en la corriente que el autor favorece, la existencia de una única forma de “lo bueno”, común a toda la raza humana y aprehensible de alguna manera. Esta cuestión, sin embargo, merece una discusión aparte.

A modo de cierre: Dworkin, la moral y los delitos sexuales

En este punto me permito volver sobre los puntos señalados de la teoría dworkiniana a fin de hacer una breve recapitulación que permita al mismo tiempo trazar algunas líneas de trabajo a futuro.

El precedente es tomado ampliamente en el derecho tardo decimonónico y del temprano siglo XX para resolver aquellos delitos sexuales normativamente conflictivos ante una legislación formal que no parecía dar respuestas adecuadas o una siquiera. Esto también se puede contemplar en el hecho de que parece existir un acuerdo en relación a un *quatum* de pena distinto al que establece el código: a pesar de que se prevé pena de prisión entre 4 y 10 años por la violación en la mayoría de los expedientes encontramos que se cita como pena entre 3 y 6 años, en ocasiones incluso de penitenciaría antes que prisión. Considero muy importante resaltar, el uso de múltiple cantidad de fuentes de derecho que coexisten con el Código, por momentos incluso resultando más importantes que él.

La cuestión anterior se conecta estrechamente con el de los casos difíciles y su resolución, ya que los delitos sexuales se presentan como excepcionales por naturaleza, y en múltiples ocasiones obligan a lidiar con problemas que no parecen previstos expresamente por la legislación. Su propia redacción invita a pensar en los aspectos de “ambigüedad” y “oscuridad” discutidos por Dworkin en relación a la legislación desde la cual los juristas deben trabajar para intentar hacer justicia. En este sentido, es posible tomar los casos donde los denunciadores del delito son la propia víctima, o la madre – a quien hasta la última parte del siglo XIX se le pedía autorización del marido para proceder - o persona que tuviera a cargo a la menor sin ser el progenitor o marido. En todos ellos, se ignoró la letra de la ley a favor de debatir si la redacción los contemplaba o no expresamente en la fórmula “persona que la tuviera a su cargo”. Otra dificultad sobrevenía cuando las familias solicitan que el ministerio fiscal continúe el proceso ya que ellas se ven imposibilitadas de participar activamente en el mismo: aquí se discute la interpretación de “iniciativa privada” confrontándose que esta pueda ser la “simple” denuncia con la presencia cierta en el proceso a través de letrado patrocinador (confundiéndose adrede iniciativa y acción).

En todos estos casos la decisión corrió por cuenta del juez a cargo, no hallándose una respuesta única y ni siquiera mayoritariamente aceptada hasta entrado el siglo XX, aquí se mantuvo la cuestión controvertida con jurisprudencia en ambos sentidos.

Dentro de los casos jurídicamente más complejos, resalta en mi opinión hasta el año 1903, al menos, el de los varones abusados sexualmente. En este sentido, el hecho de que la redacción del proyecto Tejedor y del Código de 1886 consideraran expresamente que el delito sólo podía ser cometido en mujer obligaba a discutir en cada ocasión la posibilidad de que un hombre pudiera ser considerado como una víctima y que fuera posible aplicar pena al sindicado como agresor. Los juristas se hallaron ante dos problemas: definir si el abuso sexual de un hombre menor de edad podía ser perseguido y castigado por el Estado a través de la justicia y de ser así qué figura encuadraba la situación. Esto obligó a redefinir las figuras previamente existentes y a dotar de sentido aquella oscura frase del artículo 127 (“Las mismas penas de los artículos anteriores se aplicarán al reo de sodomía.”) posteriormente desaparecido.

Aquí la costumbre, las fuentes del derecho, las propias convicciones morales de los intervinientes jugaron un rol central. En este lugar es donde con mayor fuerza pueden encontrarse argumentos que refuerzan en parte los presupuestos de Dworkin en relación a que existe una idea de que algo es correcto o criminal en términos que trascienden el propio derecho, ya son algunos de los argumentos que se utilizaron para lidiar con estos delitos. Sin embargo, suponer y sostener la idea de que la moral prime o deba primar sobre el derecho llevaría a supuestos particularmente peligrosos, que en su *ultima ratio* anularían de las garantías mínimas de la persona sometida a un proceso judicial y pondrían en riesgo el ideal siempre presente de evaluación no viciada por la moralidad única de quien debe dictar sentencia. En el mismo sentido, se podría utilizar este argumento para justificar la quita del derecho de defensa, en tanto podría argumentarse que al ser ciertas acciones siempre y necesariamente incorrectas o malvadas no puede la persona que las ejecutase tener posibilidad de verse librada del castigo que sería justo⁸⁴.

Finalmente entonces, es posible sostener que algunas de las ideas que conforman el pensamiento de Ronald Dworkin pueden usarse para discutir y enriquecer las lecturas de la

⁸⁴ El desarrollo de esta idea me obligaría a ir más allá de los límites del trabajo.

historia del derecho en un tema especialmente controvertido como es el de los delitos sexuales.

Bibliografía citada en el texto

Alchourrón, Carlos y **Bulygin**, Eugenio *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* Bs.As., Ed. Astrea 1987

Alonso, Juan Pablo *Interpretación de las normas y derecho penal* Ed. Del Puerto, Bs.As. 2006

Baigún, David y **Zaffaroni**, Eugenio R. (Dir) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. T 4 Arts. 97/133. Parte Especial; Ed. Hammurabi, Bs.As. 2008

Barbarosch, Eduardo *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*. Facultad de Derecho UBA- La Ley, Bs. As. 2011

--- “La filosofía moral de Ronald Dworkin”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Sección Teoría General. N° 33. Abeledo Perrot. Bs.As 2013. (pp. 83-102) https://www.academia.edu/6273096/La_filosof%C3%ADa_moral_de_Ronald_Dworkin

Barriobero y Herran, Eduardo *Los delitos sexuales en las viejas leyes españolas* Ed. Mundo Latino, Madrid, 1930

Barry, Brian *La justicia como imparcialidad* Ed. Paidós, Barcelona, 1997

Batiffol, Henri *Filosofía del derecho*, Ed. Eudeba, Serie cuadernos de Eudeba, 1964, Bs. As. 1960

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Bs. As., 1965

Bulygin, Eugenio “Los jueces ¿crean derecho?” en *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18 (abril 2003), pp.6-25 consultado en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4j0t1>

Chejter, Silvia *La voz tutelada. Violación y voyerismo* Ed. Nordan, Uruguay, 1996

Díaz, Emilio C. *El Código Penal para la República Argentina. Comentario a sus disposiciones*. Librería “La Facultad”. Bs.As. 1928

Del Vecchio, Giogio *Filosofía del Derecho*. 5ª ed. corregida y aumentada, Ed. Bosch, Barcelona, 1947

Diez Ripolles, José Luis *El Derecho Penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Ed. Bosch, España, 1981

Diez Ripolles, José Luis “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Núm 103, Enero-Abril, Nueva Serie XXXV, 2002, México <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/103/art/art3.pdf>

Duran Migliardi, Mario “La prevención general positiva y el derecho penal simbólico y posibles relaciones en el contexto del actual proceso de expansión de la legislación penal” en Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, Núm 8, Chile, 2008, p. 57-72

Dworkin, Ronald *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* Ed. Gedisa, Barcelona, 2005

--- *Taking Rights seriously*, Harvard University presss, Cambridge, Massachussets, 1978

--- *A matter of principle*, Harvard University presss, Cambridge, Massachussets, 1985

--- *Justice for hedgehogs*, Harvard Universitu Press, Cambridge, England, 2011

Elbert, Carlos Alberto “La cuestión de los delitos sexuales en el Código Penal argentino” en Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. N° 41, Ene-Mar 1988, Año 11

Escriche, Joaquin Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Edición corregida y aumentada, Librería de Rosa, Bousset y Cia., 1851.

Finnis, John *Natural Law and Natural Rights* (2° ed.), Oxford, New York, 2011

Fone, Byrne *Homofobia: una historia*, Ed. Océano, Barcelona, 2008

Gayol, Sandra *Honor y duelo en la Argentina moderna* Ed Siglo XXI, Bs. As., 2008

Gayol, Sandra “Honor moderno”: The significance of honor in fin-de-siècle Argentina” *Hispanic American Historical Review* 84:03, Duke University Press, 2006

Gonzalez González Roura, Octavio (1922) *Derecho Penal. Parte Especial*. T. III Librería Jurídica. Bs.As.

Guillebaud, Jean-Claude *La tiranía del placer*, Ed. Andrés Bello, España, 2000

Habscheid, W “Sobre la creación jurisprudencial del derecho en el derecho alemán” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1975 consultado en

<http://info.bibliojuridica.org/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art1.pdf>

Hampshire, Stuart *La justicia es conflicto Siglo XXI* España 2002 [2000] España

Hart, Herbert L:A. *The concept of the law*, Oxford, Clarendon, 1986

Hoecke, Mark Van, “El uso de principios jurídicos no escritos por tribunales”, en *Doxa* 19 1996. En: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-19---1996/>

Jofre, Tomas *El nuevo Código de Procedimiento Penal de la Pcia de Bs.As. Comentado*. Librería Nacional., Bs. As. 1915

Kelsen, Hans *Teoría pura del derecho* 2ª ed. UNAM, México, 1982

Levaggi, Abelardo *Historia del derecho penal argentino* ed. Perrot Bs.As. 1978

Molinario, Alfredo J “La retractación en los delitos contra el honor (un ensayo de historia interna en derecho penal)” folleto publicado en la serie Conferencias y Comunicaciones XXIV del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1949

Moras Mom, Jorge R. (1971) *Los delitos de violación y corrupción* ed. Ediar. Bs. As.

Moreno, Rodolfo (h) *La ley penal argentina. Estudio crítico por Rodolfo Moreno (h)*. Eds Sesé y Larrañaga, Bs. As., 1903

Radbruch, Gustav *Filosofía del Derecho* Ed. Revista de Derecho privado. Madrid, 1944 [1ª ed 1914]

Ríos, Nicanor *Delitos contra la honestidad. Breve estudio de los capítulos 2º, 3º, 4º y 5º del título 4º del Código Penal Argentino*, Imp y Est. D.M.G. Bosch, Bs. As. 1891

Riva, Betina Clara “El problema de la iniciativa privada y la acción pública en los delitos sexuales (Bs. As. 1863-1921)” en *Revista Derecho y Cs Sociales* (Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FJCyS, UNLP), Octubre 2014, La Plata, N° 11, 2014 p. 4-23 ISSN 1852-2971

<http://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/1150/1117>

--- “Cómplices y coautores del hecho: delitos sexuales “en grupo” en Buenos Aires, 1863-1903”, en *Revista Historia y Justicia*, Octubre, 2014, N°3, Santiago de Chile, 2014, p. 285-316, ISSN 0719-4153

<http://revista.historiayjusticia.org/varia/complices-y-coautores-del-hecho-delitos-sexuales-en-grupo-en-la-provincia-de-buenos-aires-1863-1903/>

El perito médico en los delitos sexuales. Buenos Aires, 1850-1890. Tesina de licenciatura, 2011. Inédita. <http://www.fuentesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.411/te.411.pdf>

“*El sí de los niños*. Algunas aproximaciones al problema del consentimiento sexual en el ámbito jurídico bonaerense entre 1850 y 1890” en Barreneche, Osvaldo y Oyhandi, Angela

(comp.) *Leyes, justicias e instituciones de seguridad en la Provincia de Buenos Aires. Estudios sobre su pasado y su presente*, La Plata, 2012.

“El perito médico en los delitos sexuales, 1880-1890” en Barreneche Osvaldo y Bisso, Andrés (comp.) *Ayer, hoy y mañana son contemporáneos. Tradiciones, leyes y proyectos en América Latina*. La Plata, Edulp, 2010

“Porque funciona o por qué funciona? Los argumentos de fiscales y abogados defensores en causas por delitos sexuales (Bs. As. 1863-1921)” en Actas de VI Coloquio de investigadores en Estudios del Discurso y III Jornadas Internacionales sobre discurso e Interdisciplina, 2013 en prensa

--- “Quien puede querer, quiso? El consentimiento sexual como problema en el tratamiento judicial de los delitos sexuales, Bs. As. 1863-1921” en Actas IV Jornadas Nacionales de Historia Social, 2013 en prensa

--- “Pensar los delitos sexuales: el proceso jurídico y la construcción de la víctima “aceptable” (Buenos Aires, 1863-1900)” en Actas de las V Jornadas de trabajo y discusión sobre el siglo XIX/ I Jornadas Internacionales de trabajo y discusión sobre el siglo XIX, 2013

--- La iniciativa privada en los delitos sexuales (Bs. As. 1863-1921) en Actas III Jornadas de Jóvenes Investigadoras/es del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, UBA, 2012

---“Cómplices y coautores del hecho: los múltiples involucrados en un delito sexual. Buenos Aires, 1850-1890”, 2011 en prensa

---“Relaciones monstruosas: el problema del incesto (Buenos Aires 1850-1890)” 2011, en prensa

---“Entre lo ilegal y lo impensable. El incesto y su tratamiento judicial (Buenos Aires, 1850-1900)”, 2010, en prensa

---“Entre la pureza y la perversión. Construcciones médico –jurídicas sobre los delitos sexuales en menores en la Argentina entre 1860 y 1880.” AAVV VI Jornadas de Sociología de la UNLP “Debates y perspectivas sobre Argentina y América Latina en el marco del Bicentenario. Reflexiones desde las Ciencias Sociales”, La Plata, 2010

---“El delito de violación en varones: masculinidad en conflicto y discurso judicial (Buenos Aires, 1850-1890)” publicado en http://www.cehsegreti.com.ar/Actas_II_JNHS.html ISBN 978-987-24227-8-3, 2009

---“Mecanismos jurídicos en el tratamiento de los delitos de violación: primeras aproximaciones al problema.” AAVV V Jornadas de Sociología de la UNLP Y I Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Cs Sociales, La Plata, 2008

Salessi, Jorge *Médicos, maricas y maleantes. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la Nación Argentina. Buenos Aires: 1871-1914* Ed Viterbo, Rosario, 1995

Savigny, Friedrich Karl Von *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* Ed. Atalaya, Bs. As. 1946

Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz *Las ciencias del Derecho*. Ed. Losada, Bs As, 1949

Sedeillán, Gisela “Procedimiento judicial y prisión preventiva: proyectos de reforma en la provincia de Buenos Aires ante la sobrepoblación carcelaria (1903-1915)” en Salvatore, Ricardo y Barreneche, Osvaldo (eds.) *El delito y el orden en perspectiva histórica*, Prohistoria, Rosario, 2013

--- “Los delitos sexuales: la ley y la práctica judicial en la Provincia de Buenos Aires durante el período de codificación del derecho penal argentino (1877-1892)” en Revista Historia Crítica No. 37, Bogotá, enero-abril 2009, issn 0121-1617 pp 100-119

Silving, Helen *Derecho positivo y derecho natural*, Ed. Eudeba, Bs.As., 1996

Smith, Juan Carlos *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1998

Sproviero, Juan H. *Delito de violación*, Ed. Astrea, Bs. As. 1996

Tau Anzoátegui, Victor *Las ideas jurídicas en la Argentina. Siglos XIX-XX* Ed. Perrot, Bs. As. 1977

Tau Anzoátegui, Victor *La codificación en la argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Imprenta de la Universidad, Bs. As. 1977

Tejedor, Carlos *Curso de derecho criminal por Carlos Tejedor*. Librería Cl. M. Joly, Bs. As., 1871

Tieghi, Osvaldo N. “Delitos sexuales” Tomo I Ed. Abaco, Bs. As. 1983

Torre, Abelardo *Introducción al derecho* Ed. Perrot, Bs. As. 1952

Vigo, Rodolfo Luis (2006) “Ética judicial e interpretación jurídica” en *Doxa*, núm. 29. pp. 273-294

Wendell Holmes, Oliver *The Common Law*, Ed Little, Brown and Co., Boston, 1923

Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Slokar**, Alejandro y **Alagia**, Alejandro *Manual de Derecho Penal, Parte General* Ed. Ediar. Bs.As. 2005

Zuleta Puceiro, Enrique *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1981