

Colaboración

¿ESTUPRO-INCESTO SIN SANCION?

Por W. Ll. y T.

Fiscal Municipal (Agrupación 64)

(CONSIDERACIONES)

La Historia nos revela de modo inexcusable cómo han existido hechos siempre que se han enjuiciado como delitos, cuya equivalencia revierte a ataques y ofensas profundas a sentimientos e intereses de una comunidad.

La mentalidad de los pueblos primeros consideró que el delito como tal ofendía con gravedad extrema a la divinidad con repercusión directa y como secuela de precisos efectos de ira divina a la sociedad. Pero es evidente que a través de todos los pueblos y de todos los idiomas permanece un concepto con immanencia de sustantividad y espiritualidad, estas palabras son y serán en un futuro: *crimen, culpa, justicia*.

Y tal persistencia de ideas-tipo induce abiertamente a presuponer la existencia del delito concebido en sentido técnico-jurídico-histórico de diversas formas, pero con una fuerza abrumadora por sus caracteres esenciales, que nunca desdijeron ni mermaron su esencialidad determinativa para ser lo que es y no otra cosa.

Y ya se conciba con GARÓFALO, que analiza y es guiado por SPENCER y DARWIN, como «ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida que son poseídos por un grupo social determinado», constituidas y clasificadas las dos categorías de delitos naturales, excluyendo una creación que él denomina de delitos políticos, ya se conciba con BENTHAM, de manera legalista, «todo lo que está prohibido por la Ley», definición modelada y completada por CARRARA, sin que la idea de *deber*, de ROSSI, quede excluida.

Ya participemos de la secesión y disparidad en cuanto a algunos positivistas se refiere y que concierne de hecho al concepto construido por GARÓFALO, admitiendo la vieja y clásica división de los delitos *mala in se* o *prohibita*, *quia mala* y delitos *mala, quia prohibita*, lo cierto es que la pena surge, es una legítima consecuencia.

Igual acontece, adhiriéndonos plenamente a la noción de tipo técnico-jurídico construida y estilizada por VON LIZST, «acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena», definición ultimada

y bien acabada por BELING: «acción típica contraria al derecho culpable y sancionada con una pena adecuada o bien y, en definitiva, se la conciba como una «modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana».

Pues bien, abreviadas estas nociones del delito a guisa de introducción para la finalidad comparativa, con sus obligados efectos de algunos preceptos concordados con nuestro título, transcribimos con fidelidad los mismos del vigente Código penal, y así dice el precepto 435: «En la pena señalada en el párrafo anterior incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años.»

Este estupro-incesto merece una calificación tan desorbitada y tan deshonrosa para el legislador, que no acota la edad, sino que no cuenta como determinativa de mayor o menor culpabilidad. La ofensa al pudor es tan grave, que escapa a toda medida; esta creemos que es la interpretación justa del legislador al redactar tal precepto.

Por esto mismo nos adherimos también, sin pliegues de ningún género, a la opinión sustentada por otros tratadistas de que la pena impuesta es muy suave en relación con otras sanciones, correlativas con otros delitos.

El artículo 443 dice que «para que se proceda por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó, *bastará denuncia* de la persona agraviada, etc., etc.».

En el Código del 32 se decía que «no podrá procederse por causa de estupro, sino a instancia de la agraviada, etc.».

Se observa que el sentido de esta redacción del Código del 32, es de que el estupro exige la instancia en forma de querrela, mientras que en la redacción del 44 y vigente, no precisa sino de la simple denuncia. Claro es que los efectos jurídicos son los mismos, es decir, que la voluntad de la parte agraviada, ya sea de una forma o de otra, pone en movimiento el aparato judicial y se inicia el proceso penal en ambos casos.

Pues bien, estimemos el estupro como el concubito del varón con mujer doncella mayor de doce años y menor de veintitrés por el cual se viola o desflora su integridad, con violencia moral equivalente a la promesa del matrimonio, sin que se identifique con la violencia física, cuyo resultado sería el delito de violación. Pero hay más; se extiende en nuestro Código Penal: «Y aun mayor de veintitrés años en caso de incesto», dice el 435.

Y aquí vamos a fijar con precisión la característica de estas diferencias delictivas: la voluntariedad en este último supuesto por parte de la estuprada. Es decir, con conciencia clara y libertad absoluta, desapareciendo, por tanto, las notas de engaño y seducción, cuyos efectos son la maña y arte para persuadir con suavidad al mal y que es propio del estupro en sí.

Además, téngase presente para calibrar el enorme mal de esta desatención del legislador, que el incesto es un delito gravísimo por añadir a la malicia propia del pecado de la lujuria el atentado contra la reverencia y piedad debida al parentesco.

O sea, que nos situemos ante el supuesto no infrecuente de que vo-

luntariosa acepta este estado matrimonial la parte débil, la mujer, y que prosiga este estado anormal de modo indefinido. Aquí, es cierto, nos encontramos con un caso de psicopatología sexual de perversión sexual. Ya KRATFH-EBING y MOLL estudiaron todos los tipos de psicópatas sexuales, ofreciendo su estudio un interés extraordinario en un sentido criminal-psicológico, debido a que el instinto sexual es extraordinariamente susceptible de asociación, o sea, que aparece ligado con las asociaciones anímicas más diversas infiltrando en ellas su energía y tomando a su vez de ellas energía anímica.

Y así en la psicopatología sexual aparece un pronto medio de perversión traducido en un extravío del instinto sexual de la meta sexual normal. De la perversión procede distinguir la perversidad de la acción concreta, puesto que, si bien esta última, puede descansar en la perversión del sentimiento e instintos sexuales, ello no ocurre necesariamente.

Hechas estas observaciones atinentes a estos estados anormales explicativos psicológicamente, observamos que de prolongarse un estado de esta naturaleza de modo estable y con un desconocimiento por las partes de los seres circunstantes de tales peculiaridades tan íntimas, nadie se muestra ofendido: indudablemente no existe, objetivamente considerado, ninguna lesión jurídica que repentinamente exija una reposición del derecho y de la ley quebrada y rota a su antiguo estado.

Y aquí ya, insensiblemente, van surgiendo los presupuestos jurídicos de toda acción punible. Sujeto quebrantador o agresor y víctima o sujeto agredido. Y en este supuesto cabe el *volenti non fit injuria*. Es querido, es buscado, es consentido, y para dar mayor elasticidad a este supuesto diríamos que *tamen coactus, volui*. Luego toda coincidencia entre el sujeto pasivo y la víctima (en este caso aparente) debe descartarse. Pero, ¡y el común sentir de las gentes, de esa generalidad de seres que constituyen con sus normas la sociedad! Recordemos que es el argumento tan fuerte invocado por todos los filósofos en sus disquisiciones doctrinales y en el asentamiento de sus principios filosóficos.

La sociedad sí se siente ofendida, ultrajada, porque ella se mira en el hombre, se simplifica y dice: «pudiera ser yo ese», y aunque BUCCELLATI dice que sujeto pasivo de delito lo es toda la sociedad, CARRARA concreta más y dice que es la persona o cosa sobre la que recae materialmente la acción y, GARRAUD confiesa que es aquel a quien pertenece el derecho lesionado; lo cierto es que no hay graves interferencias que desvirtúen ese yo que surge ofendido.

Pero, ¿es que acaso no se resienten todos los lazos jurídicos que constituyen la familia? Y, ¿qué es la familia? La célula de la sociedad: es más, podemos ir más lejos y en una concepción puramente materialista; ¿es que para nada cuenta la perfección y complemento físico de los seres procedentes de esas uniones?

Y no extraigamos citas y más detalles condenatorios a través de la Historia de los pueblos. Digamos, con PUIG-PEÑA: «Quizás se nos arguya que existen Códigos en la actualidad, v. gr., el ruso y el danés que dejan sin sanción tales delitos: que en Egipto los ptolomeos per-

petuaban su descendencia como raza superior, por medio de enlaces entre hermanos. Pero en contra vayan los testimonios del pueblo hebreo, que aplicaba la pena de muerte a semejantes infractores. En el Derecho romano se castigó con severidad en la *Lex Julia de Adulteriis*. El Derecho canónico y nuestra legislación, máxime a partir del Fuero Juzgo, de igual forma lo castigaban con penas severísimas. MITTERMEIER y CARRARA con GROIZARD, estiman que es un hecho inmoral y que la pena no contribuye a mantener la pureza de la familia, y con la ausencia de escándalo no existe—con recíproco consentimiento—ningún derecho particular, ni universal lesionado.»

¿Pero es que, haciendo un balance de los esfuerzos contraídos por todas las colectividades y a través de los tiempos, no se inclina a favor del respeto a otras uniones y de repulsa grave a estas desviaciones? ¿Es que el hombre con su rebeldía individual puede prevalecer contra un consentimiento general bien ganado a fuerza de análisis y discriminaciones en todos los órdenes?

¿Qué significan si no nuestros más altos organismos constitutivos de normas reguladoras en bien de la humanidad?

Por ello, en un esfuerzo casi creado de norma, de ley relacionado con esta materia nuestro más alto Tribunal de la nación con fecha de 23 de marzo de 1944 ha arrancado de su marco sustantivo legal un contenido casi monstruoso por su irracionalidad, que consentido en reciprocidad nunca hubiera sido sancionado y lo trasladó a otro precepto (1) para que la severidad de la ley descargara su peso de modo evidente y ejemplar.

Dice así el T. S.: «El hecho de que dos hermanos que viven en casa de sus padres y son solteros sostengan relaciones carnales y procreen hijos, es de tal inmoralidad que su conocimiento necesariamente tiene que producir *grave escándalo*.»

Pues bien, extraiga el legislador ese estupro-incesto y lo constituya en tipo sustancial, determinante de la grave pena que implica.

El clima moral y social que rodea a esta determinación es de buen temple. La moral se veía harta y resarcida de un desliz legislativo de vitalísima importancia, y con ella, el derecho, restaurado, de esa mella que, sin vaciar, carcome con lentitud la normatividad precisa y recta.

(1) *Escándalo público*.