

GÉNERO Y
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas
Taylor • Liurka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

JOSÉ HURTADO POZO

Director

LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Coordinadora



BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

346.34 G Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

BNP: 2016-1899

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Autor:

© José Hurtado Pozo, 2017

Director:

© José Hurtado Pozo, 2017

Coordinadora:

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051601382

ISBN: 978-612-4328-58-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2016-16667

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

EVOLUCIÓN DE LAS CONCEPCIONES REFERENTES A LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES EN EL PERÚ

José Hurtado Pozo

Sumario: **I.** Generalidades. **II.** Inicios de la República. **III.** Proyecto de Código Penal de Lorenzo de Vidaurre. **IV.** Código Penal de 1863. **A.** José Silva Santisteban. **B.** Pedro José Rada. **V.** Código Penal de 1924. **A.** Juan José Calle. **B.** Octavio Torres Malpica. **C.** Luis Bramont Arias. **D.** Raúl Peña Cabrera. **E.** Luis E. Roy Freyre. **F.** Víctor Prado Saldarriaga. **VI.** Código Penal de 1991. **A.** Luis A. Bramont-Arias Torres / María del Carmen García Cantizano. **B.** Carlos Caro Coria. **C.** Alonso Peña-Cabrera Freyre. **D.** Ramiro Salinas Siccha. **VII.** Conclusiones.

I. GENERALIDADES

Para mejor comprender las disposiciones legales referentes a los delitos sexuales es indispensable conocer las concepciones sociales, políticas, religiosas y morales de quienes participaron en su elaboración¹. Indagación que permitiría develar las estrategias de poder desarrolladas para orientar y controlar la sexualidad de las personas. Un análisis semejante de las concepciones de quienes aplican dichas normas legales es necesario para determinar si y cómo han sido o no alcanzados los objetivos que se fijaron los autores de la regulación legal.

Esto requiere develar, comprender y apreciar las ideas que sobre la sexualidad se exponen, tácita o expresamente, en el material legislativo (por ejemplo, exposición de motivos de leyes o proyectos de leyes), ju-

1 Sobre la necesidad y los alcances de estudios de esta índole, consultar Scott, 2008, p. 48 y ss.

dicial (por ejemplo, en los considerandos de hecho y de derecho de las sentencias) y teórico o dogmático (por ejemplo, los tratados, monografías o artículos de los juristas).

Un estudio de esta índole y amplitud no puede ser objeto de este modesto artículo². Como un simple esfuerzo de iniciación nos limitaremos a presentar las explicaciones y opiniones valorativas que algunos juristas, especialistas en derecho penal, han expresado al exponer diversos aspectos de los delitos relacionados con la sexualidad. Por la orientación jurídica de la perspectiva adoptada, se destacan sobre todo las premisas, los argumentos y las conclusiones de los diversos autores. Lamentablemente, se deja de lado casi todo el trasfondo de las creencias religiosas, concepciones políticas, morales o de género, motivos que condicionan las tomas de posiciones de los diversos autores.

Un inconveniente significativo consiste en que los comentaristas no han dado la importancia debida a la jurisprudencia. Obstáculo importante para percibir no solo los criterios aplicados por los jueces, sino sobre todo la manera como los teóricos juzgaban la manera de aplicar las disposiciones legales en los casos concretos. Está demás decir, que no han prestado atención a los contextos culturales y personales que condicionan la motivación y las decisiones judiciales³.

Los elementos del estudio tomados en cuenta, en consecuencia, son incompletos y solo permitirán tener una idea parcial de los problemas de violencia y discriminación en razón del género. Sin embargo, la selección no es arbitraria en la medida en que tomamos en consideración casi todos los principales autores que se han ocupado de los delitos sexuales. Por motivos prácticos, seguiremos el orden cronológico de los tres códigos penales que hemos tenido, los que representan de cierta manera las épocas de la evolución de las ideas en materia de sexualidad.

Aunque de manera esquemática y demasiado breve, hay que destacar que las diversas opiniones tienen como base común general las concepciones cristianas, o más estrictamente católicas sobre la sexualidad. Hecho que se explica por la influencia predominante de la Iglesia Católica en la formación y desarrollo culturales de la sociedad peruana.

2 Con la autorización de Joseph Dupuit, hemos partido de sus análisis, Dupuit, 1999-2000, p. 245 y ss.

3 Villanueva, 1998, p. 30.

Se admite generalmente que durante la antigüedad tardía, en el denominado mundo occidental, se produjo un cambio radical en las ideas y prácticas sexuales⁴. La manera positiva con que se consideraba, en la época greco-latina, la sexualidad y el placer carnal y la libertad sexual amplia que predominaba, fueron sustituidas por una concepción negativa de la sexualidad y una reglamentación estricta de los comportamientos sexuales. Esta transformación fue fuertemente marcada por la progresión del cristianismo, condicionado por las transformaciones económicas, sociales e ideológicas, producidos en los primeros siglos de la era cristiana.

La reprobación generalizada de la sexualidad se reflejó en los criterios de la fornicación, la concupiscencia y la lujuria. Los que condujeron a la determinación de los pecados capitales y, sobre esta base, a la calificación de las conductas como el incesto, la homosexualidad, la masturbación, la sodomía, el coito durante el periodo menstrual de la mujer, el adulterio, etc. Interesante es la evolución que se da en la concepción del pecado original. De considerarlo como un pecado de desobediencia y de la ambición de conocimiento, se pasa a relacionarlo directamente con la sexualidad mediante la concupiscencia, hasta percibirlo como pecado de la carne, de lujuria y del sexo.

Así, se llega a considerar la castidad como una virtud capital, siendo el modelo ideal el de la castidad monacal, pasando por la prohibición de relaciones sexuales fuera de matrimonio, concebido como monógamo e indisoluble, y la permisión de estas en su interior solo con la finalidad de procrear. Este control de la vida sexual tendrá, en general, repercusiones decisivas en el ámbito de la demografía, de las relaciones entre los sexos, de la mentalidad de hombres y mujeres. En particular, en el tratamiento de las mujeres, fundado sobre la creencia que es por estas que el pecado ha comenzado y es la causa de los sufrimientos terrenales.

Según Mannarelli, la “Iglesia prescribía la experiencia de la sexualidad, sus posibilidades y sus límites. El confesionario y el púlpito no fueron los únicos espacios de producción de normas sobre el comportamiento sexual. La normatividad eclesial trascendía el universo de la intimidad, como se nota especialmente en los procesos a los amancebados...”⁵.

4 Siguiendo Le Goff, 1999, p. 567 y ss.

5 Mannarelli, 1993, p. 83.

II. INICIOS DE LA REPÚBLICA

En las décadas que siguieron la dación del primer Código Penal, supervivieron los prejuicios concernientes a las mujeres. Poca información se tiene respecto a su situación en relación con el sistema de control penal. Debido a la relativa poca cantidad de comportamientos incriminados relacionados estrictamente con las mujeres y por la mucho menor número de delitos cometidos por estas, el gobierno y los juristas especialistas prestaron poca atención a la delincuencia femenina⁶. Salvo respecto a la prostitución, comportamiento por entonces criminalizado⁷.

Si bien la percepción que se tuvo de la posición de las mujeres estuvo, lógicamente, influenciada por criterios esquemáticos de género, estuvo fuertemente marcada por el condicionamiento social de factores como la etnia, la pobreza, la marginalización, la educación. Así, las mujeres de los sectores sociales medio y elevado eran valoradas como de carácter dulce, encantador y obediente, así mismo se les estimaba como inteligentes y predispuestas naturalmente a las tareas y a los deberes del hogar.

Por el contrario, las mujeres de los sectores bajos y populares eran juzgadas como personas de capacidad limitada, alejadas de las calidades atribuidas de manera estereotipadas a la imagen convencional de la mujer predispuesta para las tareas domésticas y la maternidad⁸. Criterios que llevaron a que se les considere como predispuestas a comportarse de manera inmoral y hasta delictuosa. No sorprende entonces que la tendencia fuera de someter a las infractoras, “descarriadas” a un tratamiento destinado a convertirlas en buenas domésticas. Tratamiento que el Estado dejó en manos de congregaciones religiosas, cuyas integrantes procedía de la clase social privilegiada⁹.

En todo caso, por considerar a las mujeres como menos fuertes y capaces que los hombres, se pensó que eran menos propensas a cometer delitos. Por la misma razón, se estimó que eran más sensibles y predispuestas respecto a los tratamientos disciplinarios y reintegradores. Esto explica que se encargara esta labor a congregaciones religiosas que recurrían, supuestamente, al consejo, a la protección y a la ternura, a diferencia de los hombres a quienes se prefería someter a un régimen disciplinario

6 Aguirre, 2008, p. 140.

7 Aguirre, 2008, p. 141.

8 Aguirre, 2008, p. 141.

9 Aguirre, 2008, p. 139.

de tipo militar¹⁰. De modo que se consideró que un tratamiento, fuertemente influenciado por la religión, era el mejor medio para “formar una personalidad auténticamente femenina”¹¹.

Aunque a partir de la última década del siglo XIX, las concepciones criminológicas del positivismo italiano fueron introducidas y desarrolladas para explicar la cuestión penal, no hay elementos que permitan pensar que la concepción, por ejemplo de Lombroso, de la mujer fueran admitidas. Según este criminólogo positivista¹², “la constitución orgánica de la mujer era una desviación de la supuesta normalidad —el cuerpo masculino— que, según su interpretación biológica del comportamiento humano, significaba también que ellas tenían mayor predisposición al crimen...”. Sin embargo, de una u otra manera, se detecta que era opinión generalizada —tal como lo pregonaban los positivistas— que las mujeres delincuentes se comportaban anormalmente por haber, por un lado, violado lo dispuesto en las leyes y, por otro, los mandatos normativos de la feminidad.

En 1890, se introduce criminología positivista. Pero los peruanos no aceptaron las explicaciones biológicas simplistas de Lombroso. Este consideraba que “la constitución orgánica de la mujer era una desviación de la supuesta normalidad —el cuerpo masculino— que, según su interpretación biológica del comportamiento humano, significaba también que ellas tenían mayor predisposición al crimen... Después de todo, proseguía Lombroso, las criminales habían cometido dos violaciones de la normalidad, a saber, los mandatos de la ley y las normas de feminidad¹³.

III. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LORENZO DE VIDAURRE

Antes de abordar las concepciones referentes al periodo del Código Penal de 1863, primer código republicano, debemos echar una mirada a la legislación colonial, la misma que fue mantenida en vigencia bajo la condición que sea aplicada respetándose los criterios republicanos y las disposiciones dictadas por el nuevo Estado.

Interesante es observar cómo Manuel Lorenzo de Vidaurre¹⁴ trata algunos aspectos de los derechos de la mujer y, en parte, de sus derechos

10 Aguirre, 2008, p. 140.

11 Aguirre, 2008, p. 152.

12 Lombroso / Ferrero, 2004.

13 Aguirre, 2008, p. 142.

14 Siguiendo a Ramos, 2000, p. 139 y ss. Cfr. Nuñez, 1949, p. 444 y ss., Ramírez y Berrios, 1995; Basadre, 1968, p. 375 y s.

sexuales. El Título XII de su Proyecto de Código Civil, *De la potestad en la familia, derechos y obligaciones del padre, de la madre, de los hijos, de la ex-heredación, del tribunal de la familia, de los domésticos*, es fuente importante de información.

Según su manera de concebir la mujer, esta goza de tanta libertad como el hombre. No obstante, estima que debido a su “sexo y debilidad” está obligada a someterse a un tercero. Lo que implica que sacrifique un poco su libre albedrío, lo que le otorga, sin embargo, cierta seguridad y comodidades. Estos criterios están relacionados con su idea del matrimonio, unión de la mujer con un extraño. Respecto al cual, considera que, en este gobierno doméstico bien ordenado¹⁵ “el marido es cabeza de familia” por estimar, por un lado, que es “como parte de un principio natural y necesario” y, por otro, que posee “las facultades necesarias para hacerla feliz”¹⁶.

En la práctica esto implicaba que Vidaurre afirmase que, en el matrimonio, el papel importante lo desempeñase el marido, quien es calificado como “el administrador de los bienes de la mujer de cualquier clase que sean”. El rol subalterno de la mujer comportaba admitir que no era capaz de “hacer contratos, ni ratificar los contratos celebrados por el marido. La mujer no puede ser fiadora ni para un extraño ni por el marido, en ningún caso”¹⁷.

La potestad del marido sobre su mujer (“compañera”) representa, desde la perspectiva de Vidaurre, algo semejante a la patria potestad en la medida en que admite que “debe obedecerlo en cuanto no sea contrario a la ley o a la religión”. Así mismo, en cuanto reconoce que tiene el poder de corregirla, con la salvedad de que debe hacerlo “con la prudencia que exige, ser con él una propia persona”. Las correcciones deberían ser mesuradas para que sean eficaces, las mismas que no deben consistir en “azotes ni golpes”¹⁸.

Esta percepción diferenciadora en el trato de hombre y mujeres, se manifiesta, como era lógico, también en la disolución del vínculo jurídico entre esposos, entre marido y mujer. En el caso de los sponsales, la ruptura era admitida por infidelidad de la esposa e incontinencia pública

15 Vidaurre, 1835, p. 241.

16 Vidaurre, 1835, p. 240.

17 Vidaurre, 1835, p. 240.

18 Vidaurre, 1835, p. 240.

del esposo¹⁹. Respecto al matrimonio, se hablaba del adulterio de la mujer y se repetía la simple incontinencia pública del marido. Ambos tenían el derecho de plantear el divorcio, pero las causas eran radicalmente diferentes e implicaban una apreciación valorativa y moral distintas: la infidelidad en la base de las causales indicadas era considerada como un crimen enorme cuando era cometida por la mujer, pero solo una simple falta o un desliz si el marido fuera el responsable.

Para justificar sus apreciaciones, Vidaurre recurría al derecho natural, lo que lo llevó a referirse a la Biblia. Así, pensaba que estableciendo la supremacía del hombre respecto a la mujer no hacía “sino seguir la ley de Dios en el Génesis”²⁰.

Del discurso plagado de citas de pensamientos atribuidos a filósofos y juristas, resulta bastante complicado establecer con claridad los criterios que ha considerado al proponer la regulación de los delitos en particular. Considerando el tema que nos ocupa, podemos destacar algunas de sus afirmaciones o alusiones, de las cuales puedan percibirse sus concepciones sobre la situación y el tratamiento de las mujeres. Tratando brevemente de las “violencias a las mujeres”²¹, sostiene que el fin de la sociedad es “asegurar la persona y propiedades”, de modo que el débil encuentra en ella “los auxilios que faltan á sus fuerzas”. Por lo que el gobierno corre “al amparo del desvalido: la mujer debe siempre ser socorrida”.

En el Título 4 de su proyecto, “Violencias hechas a las mujeres”²², prevé diversas formas en que estas pueden consistir teniendo en cuenta la condición de virgen de la víctima o la calidad personal del autor (soltero, casado, clérigo o religioso). De acuerdo con estas circunstancias establece las consecuencias penales a título de sanciones. En caso de virgen violentada por un soltero, se impone que este se case con ella. Reconociendo a esta la facultad de rechazar este matrimonio y al agente de negarse a casarse, prevé que la sanción sea pecuniaria o la obligación de trabajar en obras públicas. La sanción económica, como sucede también respecto a los demás delitos, es la que se impone de manera predominante.

La manera de percibir a la mujer se revela así mismo en la previsión de ciertas circunstancias de la comisión de las violencias. A partir de la Ley

19 Vidaurre, 1835, p. 164.

20 Vidaurre, 1973, p. 93 y s.

21 Vidaurre, 1828, p. 230.

22 Vidaurre, 1828, p. 229 y s.

6²³, de manera negativa, se mencionan esas circunstancias: no se admite que el agente se excuse alegando que la ofendida no es virgen, si “ésta es públicamente tenida en ese concepto”. En contraste de esta presunción favorable a la mujer, se dispone que no se da la acción de violencia “si la muger pudo gritar, ser oída, y socorrida”, asimismo cuando “la muger recibió presentes, salvo que se hiciesen con el objeto de matrimonio” o cuando hubo “anterior correspondencia amorosa de palabra o por escrito”. Es igualmente interesante el hecho de que se tenga como posible víctima de violencia a las esclavas y domésticas. Así, en la Ley 12²⁴, se establece, por un lado, que el que “usa de esclava suya, le dará la libertad” y en caso de ser “doncella” le dará quinientos pesos y, por otro, que se “presume siempre la violencia”. En cuanto a la doméstica, “no esclava” y “virgen”, se prevé, en la ley siguiente, que el agente la dote.

De modo igualmente peculiar, Vidaurre trata al adulterio o “adulterios”, conforme la denominación que da al Título 3 (aunque también regula los casos de matrimonios ilegales, leyes 17 y siguientes)²⁵. En la primera ley de este acápite estatuye que el marido y la mujer mutuamente pueden acusarse de adulterio. En las dos siguientes, fija que el amante adúltero mantendrá a la adúltera y que la “adúltera traerá al cuello una cinta negra ancha” (en caso de quitársela se le internará en un hospital “a servir durante cuatro años”).

Por considerar que el principal afectado es el marido y que de él depende la conservación de su honor, Vidaurre priva a éste de la facultad de denunciar a la mujer adúltera cuando él vive en público adulterio, consiente que su mujer reciba obsequios de valor, si usa de ella a pesar que le consta que es adúltera.

Respecto a los obsequios, el criterio de Vidaurre se explica en consideración a que rechaza las “opiniones y decretos canónicos” que declaraban que las joyas y dinero que adquiría la muger por obsequios del amante, se consideraban “por bien adquiridos, pero el dominio perfecto de estos bienes era el marido”²⁶. Lo que en su opinión se justificaba de manera errónea afirmando que “siendo el marido dueño del cuerpo de la muger, lo era de cuanto adquiriera con ese cuerpo”. Escandalizado, denuncia-

23 Vidaurre, 1828, p. 230.

24 Vidaurre, 1828, p. 230.

25 Vidaurre, 1828, p. 228.

26 Vidaurre, 1828, p. 187.

ba este sofisma y deducía que “por esa regla el marido podía flagelarla, matarla, venderla, como señor de una prenda que cuasi se igualaba á las inanimadas”. Y terminaba exclamando: ¡secso bello! ¡que tiranos han sido los hombres contigo!²⁷

Señalando notables defectos de filosofía que, en su opinión, se hallaban en la Ley 8 de Partida²⁸, Vidaurre se refiere a “los abortos procurados por las mujeres, los causados por golpes de sus maridos, y últimamente por injuria de algún extraño”. Indicando que si “el feto aun no era animado, los dos primeros quedaban libres de pena: el último tiene cinco años de destierro. Al respecto, se pregunta ¿y cuándo se anima el feto? ¿Esta prolija cuestión era conocida en el tiempo de las partidas? ¿Y figurándonos que se anime sino después de cierto tiempo, el daño a la patria no es el mismo?”

Para ilustrar esta problemática, en una nota de pié de página, se refiere al pensamiento de Locke, tomo primero del “ensayo del entendimiento”. Explica que este autor hablando del momento en que se anima el feto dice que “este es un misterio que deja reservado para los hombres de más altos conocimientos”, para luego comentar diciendo: “Aprended, presumidos de nuestro siglo, la moderación. En todo queréis que vuestra palabras sean sentencias: el padre de la metafísica dudaba muchas veces... Ved dice el prospecto de una obra que falta al género humano. Ella supone la sagacidad de Bayle en las esperiencias, la brillante imaginación de Mallebranche, la profunda razón de Locke, los conocimientos universales de Leibnitz, y la pluma de Montesquieu. Este libro bien trabajado haría inútil la Enciclopedia y las bibliotecas. Mi lector puede recorrer allí las opiniones”. Por último, concluye manifestando: “Yo creo que la animación, no es el mismo acto de la generación sino aquel en que fecunda el germen, según el pensamiento de Juan Bautista Robinet en su tratado de la naturaleza, tom. 1, partie 4; y ¿qué diremos de Moises que no creía la animación sino después del nacimiento? Él era tan sabio en esta materia como los Estoicos en Roma: todos estaban sujetos á un mismo error. Moises fue un gran Santo, pero muy poco filósofo. Es por esto que en el Ecsodo al cap. 21, ver. 22, no pone la pena proporcionada al delincuente que hace abortar á una muger”²⁹.

27 Vidaurre, 1828, p. 187.

28 Vidaurre, 1828, p. 167.

29 Vidaurre, 1828, p. 167 y s., nota 16.

En esta perspectiva, establece que el “marido cómplice en el adulterio, sea infame y pierda para siempre los derechos de la ciudadanía”. Consecuencias graves que no conciernen a la mujer adúltera (Ley 9). Tampoco son perjudicados los hijos adúlteros en la medida en que se declara que “no son infames” (Ley 10).

Aunque marcado por las concepciones predominantes en su época, Vidaurre sostiene algunos criterios críticos sobre la manera en que las mujeres habían sido tratadas y continuaban siendo consideradas. Así, a pesar de que considera necesario protegerlas de las agresiones sexuales, concibe de manera restringida la libertad que tiene la mujer para decidir sobre sexualidad. Su oposición a mantener este tipo de relaciones debía ser manifestada de manera expresa y activa, lo que parece supervivir hasta ahora en la medida en que no se considera suficiente que la mujer haya manifestado su rechazo. Las confusiones o contradicciones de sus propuestas son debidas, formalmente, a la técnica legislativa que utiliza y, sustancialmente, en la falta de coherencia de sus concepciones debido a su afán de lograr que su proyecto se convierta en ley para lo que debía conciliar con las diversas ideologías de quien ejercían el poder.

IV. CÓDIGO PENAL DE 1863

A. José Silva Santisteban

De acuerdo con el contexto cultural de la época en que escribe Silva Santisteban, los delitos sexuales son percibidos desde una perspectiva moral. En la que la idea de “honestidad” era explicada de manera indirecta. Así, se consideraba la noción de “pudor”, al que se tenía como “uno de los derechos más sagrados del hombre, una de sus joyas más preciadas”. Considerándole como “un elemento constitutivo de la dignidad, el emblema de la moral y la dote que realza más el corazón de la mujer”. Por lo que quienes defiende la idea de que no hay “verdaderos delitos contra la honestidad” pronuncian “una amarga blasfemia”³⁰.

Partiendo de la afirmación de que las personas son iguales, Silva considera que el adulterio es reprochable tanto en relación con la mujer que con el marido. En su opinión, al adulterio “en realidad lo constituye cualquier acto de infidelidad de los cónyuges, por que ambos a dos tienen el mismo derecho a su jurada fe”. De donde deduce que la incriminación

30 Silva, 1863, p. 84.

se funda en la infidelidad. Sin embargo, en cuanto a la represión, admite un criterio discriminatorio favorable al marido. Par justificar esta discriminación, alega variados criterios. Así, dice “sea porque la inviolabilidad del tálamo nupcial se halla especialmente encomendada a la mujer, sea porque el menor desvío de ella mancha con indeleble baldón el nombre de su esposo y la entregan al ludibrio de las gentes, sea en fin, como piensan otros más materialistas y de corazón metalizado, por facilidad de defraudar los derechos de sucesión con una prole bastarda, lo cierto es que la ley castiga como adulterio el más leve desliz de la mujer, mientras que respecto al marido exige continencia pública o barraganía”³¹.

Debido a la manera despectiva con que se refiere a los “materialistas” es de pensar que justifica la represión del adulterio por la deshonor que padece el marido, lo que le permite concluir que “se comprende que nadie sino el cónyuge ofendido podrá tener derecho de acusar, como único juez de su honra y de su afecto”.

De conformidad con la manera de clasificar las personas de sexo femenino, Silva señala que la víctima del delito de seducción debe ser virgen y, en el caso de la violación, de virgen u otra mujer cualquiera. Si la violencia es el elemento que caracteriza el “abuso” respecto a la violación, en cuanto a la seducción, el acceso con la persona virgen puede darse “con o sin violencia”. La severidad de las penas depende de las circunstancias del caso concreto.

La virginidad es identificada con el pudor, considerado base de la honestidad. Lo que permite comprender, en el contexto de Silva, que admita sin comentario alguno recurrir al derecho penal para proteger la virginidad. Su concepción sobre la moral y, en consecuencia, de las relaciones de esta con el derecho penal, se pone en evidencia con claridad cuando explica, de manera general, que “hay además otros delitos que consisten en acciones indecorosas, palabras obscenas, alegorías lúbricas, y otras cosas que ofenden el pudor y relajan las buenas costumbres, y que debe reprimir la ley”. Así mismo, cuando al referirse sin más a la pederastia (“comercio carnal con persona del mismo sexo”), la califica de “vicio torpe y vil” y señala que se reprime con las mismas penas del estupro³².

31 Silva, 1863, p. 84.

32 Silva, 1863, p. 198.

B. Pedro José Rada

Influenciado relativamente por los planteamientos del positivismo italiano³³, Rada se pronunciaba, en 1894, sobre la imagen social de la mujer diciendo que la “natural condición de la mujer, sus ideas y su educación, no puede negarse que influyen de una manera palmaria en la delincuencia, pues con mayor facilidad cometerá los delitos de aborto e infanticidio, por ejemplo, que los de simple homicidio, hurto, rebelión, etc., dados sus conceptos de honor y de dignidad que ella suelen sobreponerse a los de la maternidad y de la compasión cometiendo de este modo dos faltas, siendo originada la segunda para ocultar la primera”³⁴. Criterio que confirma cuando trata de los llamados “substitutos penales” (p. ej., permitir en el orden familiar el divorcio, el matrimonio libre, ... para evitar crímenes de esta clase)³⁵. Lo hace diciendo que “abusando de su libertad y con pleno conocimiento de su acción perpetra sus crímenes, para abandonar su tierna misión en la sociedad, e ir derramando en el desierto de la vida espinas y sangre, en lugar de bálsamo y de flores”³⁶. Con este estilo propio de la época, Rada expone sus concepciones que reflejan su raigambre en las tradiciones criterios relativos a la moralidad y honestidad de la mujer. Ratificando la idea que se tenía de ésta de sus papeles sociales de madre, ama de casa, benefactora, esposa leal y recatada.

V. CÓDIGO PENAL DE 1924

A. Juan José Calle

Los criterios elaborados y desarrollados durante la aplicación del Código de 1863 fueron generalmente seguidos sin grandes variaciones al interpretarse y aplicarse el Código de 1924. En sus anotaciones a este Código, Calle se refiere sin más, al tratar del delito de seducción, a las explicaciones de Moreno, comentarista de la reforma de la legislación penal argentina. Reforma en la que se suprime la circunstancia de la virginidad de la víctima. Para lo cual se consideró que “de acuerdo con el concepto fisiológico, aquella podía faltar en la mujer casta. En efecto, la virginidad se caracteriza por la presencia de la membrana himen y ésta puede haberse

33 Rada, 1894, p. 119.

34 Rada, 1894, p. 122.

35 Rada, 1894, p. 123.

36 Rada, 1894, p. 124.

roto o desaparecido por causas ajenas a contactos carnales”³⁷. De modo que la finalidad de la ley no es proteger la virginidad, en sí misma, sino la honestidad. Concepto que es precisado señalando que “la ley ampara a la mujer muy joven, a la niña, contra la seducción, lo que pretende es que la corrupción de las menores no se produzca, y que no se preparen mujeres para la mala vida, sino para el hogar”³⁸. Así como afirmando que “mujer honesta es, en ese sentido, la que no ha tenido contacto carnal con un hombre, voluntariamente”³⁹. De esta manera, Moreno estima que el derecho penal es un instrumento para disciplinar el comportamiento de la mujer con miras a que sea buena madre, responsable del matrimonio y del hogar. El aspecto moral de esta manera de pensar se manifiesta, por ejemplo, cuando Moreno explica que “si una mujer hubiese sido violada, habría sufrido su físico con la violencia ejercitada, pero debe suponerse que su situación moral se mantiene incólume”. Calle asume estas ideas al sostener que le “parecen perfectamente aplicables a la joven de conducta irreprochable”⁴⁰.

En el marco de la reacción provocada por la adopción del Código penal de 1924 provocó diversas corrientes críticas sobre todo de sectores conservadores. Una de las reacciones fue contra la regulación del denominado aborto terapéutico, respecto al cual se preveía su impunidad bajo ciertas condiciones. Llegando los sectores más conservadores a protestar porque no se había previsto el “delito anticoncepcional”.

Se reclamaba la represión de este comportamiento afirmando que su “comisión impide la aparición de un nuevo ser, ya que la función reproductora, a cuyo cumplimiento no puede ni debe abstenerse hombre alguno, tiene por grandiosa finalidad la propagación de la especie y su perpetuación; y para el crecimiento de la propagación de tan funestos resultados es el sacrificio de los seres ya formados, en pleno proceso vital, por el aborto criminal o el infanticidio, como obstaculizar la procreación en la conjunción sexual”.

Uno de los sostenedores de esta crítica, Avendaño⁴¹, fue más lejos al proponer la represión del “procedimiento criminal” de la “propaganda

37 Calle, 1924, p. 162.

38 Calle, 1924, p. 162.

39 Calle, 1924, p. 162.

40 Calle, 1924, p. 162.

41 Avendaño, 1924, p. 248 y ss.

anticoncepcional”. En esta perspectiva poco faltó para que proponga se reprima como delito la masturbación.

En el proyecto de Cornejo-Jiménez de 1928, artículo 347, se propuso la represión de quien “públicamente incitare a prácticas contra la procreación, o el que hiciere propaganda de los medios para evitarla”.

Estas ideas se mantuvieron y trataron de ser impuestas. Por ejemplo, en 1958, se prohibió la fabricación de contraceptivos (mecánicos) sosteniendo que era “deber del Estado defender la natalidad base del capital humano” y “velar por la moral y las buenas costumbres de los peruanos” (R.S. 5 de agosto de 1958). Así mismo, en el Código Sanitario, se estatuyó que “todo anticonceptivo será usado bajo control médico quien es directamente responsable de los efectos secundarios consecuentes de su uso” y que “es prohibida la venta de anticonceptivos sin receta médica”.

Sin embargo, la doctrina desarrollada sobre la base del Código de 1924 será mejorada y modificada en cierta medida, debido a que se interpretaron y aplicaron las nuevas disposiciones, gracias a la influencia de las ideas penales europeas en gran parte difundidas por los juristas españoles.

B. Octavio Torres Malpica

En las pocas anotaciones que realiza a las disposiciones de dicho Código, Torres se limita a indicar algunos aspectos técnicos referentes a su aplicación. Señala, por ejemplo, que por acto sexual a que se refiere el art. 196 (violación) debe comprenderse el coito normal y por analogía al coito anal. Esto es, a la unión de los sexos, penetrando el masculino al femenino, razón por la que no son bien recibidas algunas denominaciones como aproximación carnal, tampoco puede considerarse como formas de violación el “coito bucal”. Respecto al elemento violencia, afirma que debe ser de tal intensidad “que anule la resistencia de la mujer; debe ser seria y constante... No aquella resistencia aparente por razón de pudo con un contenido de deseo”⁴².

Torres se pregunta, al tratar de la violación de menores de 16 años, “si un homosexual mayor de edad, se hace copular con un menor de 16 años o una mujer, también mayor de edad, se hace fornicar con un adolescente que aún no ha cumplido 16 años, son culpables de violación?”⁴³.

42 Torres, 1965, p. 121.

43 Torres, 1965, p. 123.

El mismo se responde de manera afirmativa, por considerar que “lo que prima en las relaciones sexuales es la iniciativa. De quién parte? No ha de ser del menor y aún suponiendo que se trate de un precoz, su voluntad nada vale, porque justamente en esto se basa la ley para calificar como violación presunta, tácita o impropia las relaciones practicadas con él”⁴⁴.

Sin embargo, la relativización del discurso sobre la virginidad no es confirmada en la práctica judicial. Torres destaca la dificultad de aportar la prueba del delito y señala que se debe a la naturaleza íntima de las relaciones carnales⁴⁵. De modo que le parece oportuno destacar que la Corte Suprema ha establecido que la preventiva de la víctima no es prueba de cargo suficiente, salvo si es corroborada por otros factores de convicción, en particular si hay desfloración de data reciente. Completa su razonamiento manifestando que el “comportamiento social de la joven propias de la moda o de las costumbres de nuestra época, que raya en libertinaje, debe apreciarse debidamente para considerarlo incompatible con la honestidad”⁴⁶.

C. Luis Bramont Arias

Influenciado tal vez por la orientación del título dado por el legislador al capítulo del Código relativo a los delitos sexuales, Bramont Arias afirma que “el objeto de la tutela penal, respecto de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, es el interés del Estado de asegurar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se atiene a la reserva sexual de las persona, esto es, a la inviolabilidad sexual de los individuos contra la manifestación ilícita de prácticas viciosas”⁴⁷. El hecho de considerar como bien jurídico las buenas costumbres y el de calificar de “viciosas” a las prácticas ilícitas ponen en evidencia la orientación moralizadora de la explicación de Bramont Arias. La misma que ratifica al citar la definición que da Roy Freyre del honor sexual⁴⁸. Según este autor, este debe ser concebido, “de una parte, como el sentimiento de nuestra propia dignidad que se va formando a medida que nos damos cuenta del significado trascendental que tiene la actividad de signo sexual que la biología impone y la sociedad demanda de respetar; y, de otro lado, decimos que

44 Torres, 1965, p. 123.

45 Torres, 1965, p. 123.

46 Torres, 1965, p. 124.

47 Bramont, 1988, p. 11.

48 Bramont, 1988, p. 12.

es la opinión que los demás tienen de nuestras buenas cualidades morales para hacer una vida heterosexual irreprochable”.

En relación con el delito de violación, Bramont precisa su opinión diciendo que “el objeto específico de la tutela penal es el interés del Estado de garantizar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto particularmente se refiere a la reserva sexual (libertad sexual), contra la ejecución de actos sexuales violentos o abusivos”⁴⁹.

En consideración, justamente, al factor libertad e igualdad de las personas, Bramont Arias esclarece que “es indiferente la condición sexual de la mujer, que puede ser honesta o impúdica, virgen o no. La prostituta puede ser víctima del delito de violación, ya que también ella tiene libertad para autodeterminarse en la esfera sexual y rechazar el yacimiento con cualquier hombre”⁵⁰. Aludiendo al caso de Roma antigua, estima que en cuanto a las prostitutas “podrá reducirse la pena, cuando la víctima sea mujer de multitud, pero la ley no puede dejar de protegerla”.

Sigue las ideas tradicionales sobre la posición de la mujer en el matrimonio, al justificar que la violación de la mujer por el marido en el matrimonio no constituye delito. En su opinión, se trata de “un delito contra la libertad (coacción o amenaza), cuando el marido accede, violentamente a la mujer que se ha opuesto al acto por razones profilácticas para sí o para la prole, como sería el caso de padecer el marido de una enfermedad venérea, pues afectan a la libertad de la mujer, no a la moral sexual, a no ser que constituyan espectáculos deshonestos (art. 210)”⁵¹.

Considera, que “el hombre tiene el derecho de exigir el acto sexual y el deber de cumplirlo. El matrimonio confiere el derecho de exigir la prestación sexual, tanto para la satisfacción del instinto como para la conservación de la especie”⁵². Basa su afirmación en el llamado *debitum conjugale*, en la medida que “es una prestación ineludible consiguiente a la fidelidad obligatoria (art. 159 CC)”. Lo que no le impide sostener que es indispensable “trazar la línea divisoria entre el ejercicio del derecho del hombre para compeler a la prestación sexual, con la defensa del derecho de pudor de la mujer, de su integridad física o de la sanidad de la prole”. Así, concluye manifestando que “la norma civil tutela el cumplimiento

49 Bramont, 1988, p. 12.

50 Bramont, 1988, p. 13.

51 Bramont, 1988, p. 14.

52 Bramont, 1988, p. 15 y s.

de la función sexual ordenada por la naturaleza para la conservación de la especie y por la sociedad para el mantenimiento de los principios éticos, pero no puede colocar a la esposa, sujeta a la brutal lujuria del marido, en peor condición que a la prostituta, a la que se le acuerda protección penal”⁵³. En consecuencia, “si el marido tuviera alguna enfermedad contagiosa: si buscara el acceso por vías carnales anormales; si a la mujer de aquejara enfermedad inconciliable con el acto sexual, los actos de imponer el concubito no constituirían el delito de violación, pero si el de coacción legislado en el art. 222”⁵⁴.

Siguiendo las concepción entonces dominantes, Bramont Arias sostiene que “la violencia consiste en el empleo de la fuerza física sobre la mujer suficiente y continuada, capaz de vencer su resistencia seria”⁵⁵. Es de interés subrayar que, en su opinión, esta violencia debe “ser suficiente como para vencer la resistencia natural de una mujer normal; y continuada, en cuanto debe ser mantenida hasta el último momento en que se produce el acto sexual”⁵⁶. Lo que se comprende mejor cuando se tiene en cuenta que considera que esta “resistencia debe ser real, esto es, seria porque no es suficiente la simple negativa para admitir que la supuesta víctima haya llegado al acto sexual vencida por la fuerza del actor, porque muchas veces puede ocurrir que un no formal encubra un sí sustancial”. Para reforzar su opinión, cita a Cervantes, quien pone en boca de Sancho “si el mismo aliento y valor habéis mostrado para defender esta bolsa lo mostrarais, y aún la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, la fuerza de Hércules no os hiciera fuerza”⁵⁷. Refuerza su criterio, siguiendo a Maggiore, al sostener que “la resistencia de la mujer, real, posible mide la idoneidad de la violencia, y si el sujeto pasivo no resistió, pudiendo hacerlo, o resistió débilmente, para salvar el “honor de las armas” o, peor todavía, para excitar el apetito del agresor, no se podrá hablar de violencia”⁵⁸.

De la misma manera restringida, define la amenaza. En su opinión, debe ser seria y continuada. Seria en el sentido de posibilidad cierta de la realización del daño por parte de la persona de quien emana la amenaza, y

53 Bramont, 1988, p. 16.

54 Bramont, 1988, p. 16.

55 Bramont, 1988, p. 14.

56 Bramont, 1988, p. 14.

57 Bramont, 1988, p. 14 y s.

58 Bramont, 1988, p. 15.

la posibilidad lógica de que se efectúe el mal amenazado; y continuada, en el sentido de que el agente la mantenga hasta el último momento. Invocando a la “común doctrina”, se refiere a “aquella que es capaz de rechazar o hacer negatoria la fuerza física o moral por la cual se trata de vencer a la mujer”⁵⁹.

En la perspectiva de su visión moralizadora, Bramont Arias interpreta la expresión “conducta irreprochable” en “la relación con la moral sexual dominante que rige las relaciones heterosexuales”⁶⁰. Luego de afirmar ser favorable al abandono del criterio de la virginidad como elemento del tipo legal, sostiene que “no es necesario que la mujer sea virgen (que puede darse en mujeres que se entregan a cópulas anormales o a la masturbación); y tampoco importa que la mujer ya haya yacido con otro hombre, como es el caso de haber sido víctima de un “delito de violación”⁶¹. Estima que debe adoptarse una perspectiva normativa y, así, afirma que “la conducta irreprochable ha de entenderse como observancia de las normas que las buenas costumbres imponen en materia sexual, esto es, como moralidad sexual socialmente admisible, teniendo en cuenta la ignorancia de las maldades de este mundo o la inexperiencia en materia sexual de la mujer, que le imposibilitan evaluar en toda su extensión las consecuencias de su acto”⁶². Sin embargo, nada le cuesta adoptar un criterio legalista para admitir que “no es dable hablar de seducción cuando se trata de mujer cuyo estado civil aleja toda idea de inexperiencia sexual”, concluyendo que esas “mujeres saben lo que hacen”⁶³.

Para percibir de qué manera Bramont Arias concibe las diferencias entre los sexos, es de considerar su idea sobre las relaciones sexuales. Siguiendo a Noronha, afirma que “en el torneo amoroso, la iniciativa, por regla general, pertenece al hombre. El hombre es el intelecto, la mujer el sentimiento. La seducción consiste justamente en la captación del sentimiento de la mujer por obra del intelecto del hombre. En otros términos, seducción es la actividad de cualquier índole realizada por el agente con el propósito de persuadir a la mujer a la realización de la cópula. La actividad del agente se proyecta sobre el plano psíquico de la mujer y su existencia requiere el quebrantamiento del mecanismo de inhibición”⁶⁴.

59 Bramont, 1988, p. 15.

60 Bramont, 1988, p. 32.

61 Bramont, 1988, p. 32.

62 Bramont, 1988, p. 32.

63 Bramont, 1988, p. 34.

64 Bramont, 1988, p. 33.

La connotación moralizadora del pensamiento de Bramont se manifiesta, igualmente, al analizar los efectos del matrimonio subsecuente respecto a la represión del seductor. Considera al matrimonio en su aspecto de base legal de la formación y mantenimiento de la familia monogámica. La mujer no tiene sino que ganar, pues le permite recuperar su situación social perturbada o destruida por el delito del que ha sido víctima. En su opinión, el “casamiento hace cesar la razón de imponer una pena, ya que el culpable da a la víctima plena reparación al mal causado, permitiendo que ella ocupe en la sociedad una posición de compostura y de decencia, no obstante la falta anterior que la ofendió. El matrimonio del ofensor con la ofendida constituye, de un lado, para la víctima, una protección más favorable, y de otra parte, la máxima reparación que la sociedad le puede dispensar. El interés en que se realice esta reparación prevalece sobre el interés en que el ofensor sea castigado. De lo que se trata es de favorecer la paz de la familia”⁶⁵.

De acuerdo con Jiménez de Asúa, toma claramente partido a favor de la idea que el matrimonio del ofensor con la ofendida constituye una excusa absolutoria posterior basada en la reparación. Así, considera que “no cabe duda que la voluntad de la mujer y la del delincuente dan vida a un factor objetivo, el matrimonio, que consagra la preeminencia del interés familiar sobre el represivo, la renuncia del Estado a su potestad represiva y, en consecuencia a una causa extintiva de la acción penal y de la pena”. También, acepta que “casado el autor con la víctima, no podrían casarse con ella el instigador, el auxiliador necesario o el cómplice para eludir la pena; y reparada la ofensa, el “estrépito del foro”, al juzgar a los partícipes, más perjudicaría que beneficiaría a la esposa y a la familia, sea por la prisión del marido, sea por el debate en torno a las relaciones de la esposa con los participantes de aquél”⁶⁶.

D. Raúl Peña Cabrera

Partiendo de apreciaciones en apariencia más favorables a la mujer, Peña sostiene respecto a la violación que “la mujer por su naturaleza está incapacitada materialmente para ser autora primaria; pues “acto sexual” significa penetración y no compenetración”. A partir de esta especial explicación biológica del acto sexual, de marcada orientación machista,

65 Bramont, 1988, p. 42.

66 Bramont, 1988, p. 44.

Peña admite que “claro está que el sujeto pasivo también realiza el acto sexual, pero sufriendolo”⁶⁷.

Desde un simple nivel formalista y sin cuestionar el fondo del problema, Peña sostiene que la violación supone violencia, pero que la “violencia desplegada por un hombre que vive con una mujer en pleno concubinato no constituye violación”⁶⁸. De esta manera ignora el derecho a la libertad de la mujer y reconoce implícitamente el llamado “deber conyugal”, lo que lo lleva a sostener que si el cónyuge puede ser, evidentemente, todo lo brutal que se quiera, pero su actitud es irrelevante desde el punto de vista penal, salvo que se menoscabe la integridad física de la mujer; en cuyo caso respondería por vías de hecho o lesiones⁶⁹.

Repitiendo lo que se afirma en la doctrina, Peña considera⁷⁰ “que la violencia debe ser suficiente y continuada; y la resistencia de la víctima real y seria. El simple rechazo no es suficiente para pensar que la víctima ha sido vencida por la fuerza”. Estima que “la generalidad de las mujeres oponen cierta resistencia antes de establecer la relación carnal”⁷¹. Opinión basada en una creencia muy difundida y que carece de comprobación empírica.

Criterios de esta índole influyen de manera determinante la apreciación de las pruebas en el proceso penal. Al respecto, Peña cree indispensable destacar que el supuesto fáctico de que las mujeres, generalmente, oponen cierta resistencia al tener relaciones sexuales exige mucho cuidado del juzgador⁷². Con la finalidad de esclarecer su idea, dice que la “resistencia continuada se entiende como una categórica resolución, independiente de que sea abatida”. La importancia de estas apreciaciones se revela en la medida en que suponen que es insuficiente que la mujer no esté de acuerdo con practicar el acto sexual. Ya que es indispensable que oponga una resistencia significativa.

Así concebida la violencia es lógico que estime que en caso de amenaza la intimidación “debe ser susceptible de quebrantar la voluntad de la víctima”⁷³. Voluntad que debe manifestarse, para que la interpretación

67 Peña, 1984, p. 314.

68 Peña, 1984, p. 315.

69 Peña, 1984, p. 315.

70 Peña, 1984, p. 316.

71 Peña, 1984, p. 316.

72 Peña, 1984, p. 316.

73 Peña, 1984, p. 317.

global de la disposición sea coherente, mediante una resistencia del tipo antes indicado. No obstante, esta apreciación es atenuada con el argumento de “que el juez deba preocuparse de captar en cada caso la cultura de la mujer” (así, por ejemplo, el recurso a un maleficio no basta en caso de una mujer culta, pero puede ser suficiente respecto a una ignorante)⁷⁴.

Al tratar del estupro, considera que la irreprochabilidad de la conducta “es un estado moral. Es una virtud que apunta “a la condición propia del pudor”. La vida ordenada, el recato, el decoro, revelan que la joven es honesta⁷⁵. Esta percepción conservadora y moralizadora, en la orientación de criterios como los expresados por Malpica, se revela hasta cuando estima que cierta forma de vestir podría desempeñar un papel decisivo al determinarse si la joven era de conducta irreprochable.

El efecto negativo de esta manera de explicar la cuestión se siente, por ejemplo, en el proceso contra el agresor puede transformarse en el proceso de la víctima. Lo que se pone en evidencia cuando se sostiene que “el juez no tiene por qué presumir que la víctima es honesta, cuando bien puede ser que no lo sea”⁷⁶. En lugar de presumir lo contrario, en sentido menos machista, es decir de dar por supuesto la honestidad de la víctima, salvo que se pruebe lo contrario.

Respecto a la eximente del matrimonio subsecuente, Peña tiene una percepción crítica. Por un lado, destaca que la “norma parece excluir el matrimonio con el consentimiento válido de la víctima antes que sea reintegrada a los padres”⁷⁷. De esta manera, contradice a quienes sostiene que dicho consentimiento no es válido en esas condiciones. Por otro lado, indica que parece referirse solo al “delincuente” y no a todos los partícipes a la comisión del delito. Sobre el particular, conforme a la opinión de Soler, sostiene que la eximente “es una especie de perdón que apareja necesariamente el efecto concomitante de la comunicabilidad, consecuencia que sería difícil aceptar si la estimásemos como excusa absolutoria, una de cuyas notas es precisamente la intransferabilidad”⁷⁸.

Estas cuestiones técnicas, escamotean las razones que inspiran la admisión de esta eximente. Se trata, en realidad, de razones de orden

74 Peña, 1984, p. 318.

75 Peña, 1984, p. 349.

76 Peña, 1984, p. 350.

77 Peña, 1984, p. 364.

78 Peña, 1984, p. 365.

ideológico y de índole discriminatoria en relación con la mujer, a pesar de ser presentadas como si la favoreciesen. De este modo, Peña sostiene que “consulta los intereses de la víctima y de la familia, con el criterio que inspira a las acciones dependientes de instancia privada, presumiendo ahora que la prosecución del juicio es más dañosa para aquellos que la misma represión, no solo por el *strepitus fori*, sino también porque mediante ella se atentaría contra la familia, sea por la prisión del marido, sea por el debate en torno a las relaciones de la esposa con los copartícipes de aquél”⁷⁹.

Después de constatar que las reglas previstas en el art. 312 CPP (juicio de oficio si la víctima es menor de 14 años o de 16 si carece de padres o tutores) y la regla general del Código Penal (solo acción privada), Peña toma partido por esta segunda regla, alegando formalmente el criterio doctrinario de que cuando una disposición procesal contradice una disposición sustantiva, debe tenerse por no escrita la primera, quedando en pié la disposición fundamental⁸⁰. De esta manera no se plantea la cuestión de fondo relativa a la necesidad de perseguir de oficio los responsables para proteger mejor a las víctima que se encuentran en tal situación.

E. Luis Eduardo Roy Freyre

Refiriéndose a la idea de las estructuras ónticas de Hans Welzel, inspiradas en la corriente filosófica del existencialismo, Roy Freyre, señala como uno los factores indispensables de la existencia humana la “diferenciación en sexos” de los hombres⁸¹. De esta manera, admite el criterio, formulado por los médicos y juristas en el siglo XVIII, de que cada individuo tiene un sexo verdadero: masculino o femenino. En caso de duda por la constitución particular de los órganos sexuales, el médico era quien decidía a que sexo pertenecía la persona en cuestión (casos de hermafroditas). Decisión que era jurídica y socialmente consagrada.

Pero es de recordad que con anterioridad predominaba un criterio más flexible consistente en dejar la decisión en manos del padre la atribución del sexo, la misma que podía se modificada por el hermafrodita al llegar a ser adulto. Decisión que se consideraba definitiva, por lo que variarla representaba la sanción del hermafrodita. Desde hace unas

79 Peña, 1984, p. 366.

80 Peña, 1984, p. 369 y s.

81 Roy, 1975, p. 22.

décadas el criterio rígido ha evolucionado, progresivamente, debido al abandono de la concepción de la partición de las personas de acuerdo con un supuesto “sexo verdadero”.

Por ejemplo, la Asamblea Nacional de Francia ha aprobado, el 12 de julio de 2016, al tratar del proyecto de ley Justicia para el siglo XXI, un nuevo procedimiento de cambio de sexo en el estado civil para las personas transgénero. Se dispone que “toda persona que ha probado, mediante un conjunto suficiente de hechos que la mención de su sexo en el estado civil no corresponde con el que ella se presenta y por el que es conocida puede obtener la modificación”. Se enumeran una serie de hechos a modo de ejemplos, entre ellos que sea conocida por el sexo que reivindica por su entorno familiar, de amigos o profesional. Modificación significativa es que se abandonan las exigencias médicas hasta ahora previstas, por ejemplo, certificados de siquiátras, pruebas de operaciones de cambio de sexo o de esterilizaciones⁸².

En esta perspectiva biológica, considera el instinto sexual, de cuya satisfacción depende la “conservación de la especie”, lo que ha “impuesto en la naturaleza humana la tendencia innata a satisfacer mejor las exigencias del instinto sexual”⁸³. Así, estima que la denominación “Delitos contra las buenas costumbres” del Título del Código Penal de 1924 referente a los delitos sexuales “es una fórmula que sin ser óptima, permite integrar aquellas conductas que por degradar del mínimo ético, jurídicamente requerido como infranqueable en la satisfacción del instinto sexual, constituyen: a) transgresión de las normas de una vida sexual que por responder a los principios bio-fisiológicos, están socialmente aceptados como convenientes, b) coacción a la libertad de conjunción carnal, c) violación de los sentimientos de pudor de la colectividad, y d) explotación lucrativa del sexo”⁸⁴.

Instinto sexual que es considerado como factor decisivo del desarrollo tanto del aspecto síquico como físico de la persona. Así mismo, como generador de perturbaciones y perversiones de la sexualidad. Planteándose, la cuestión de la normalidad de los actos sexuales. Al respecto, Roy sostiene que la “conducta sexual aceptada como normal tiene una amplia gama de acción, o mejor dicho, de manifestación. Si bien es cierto que

82 Diario *Le Monde*, edición del 15 de julio 2016, p. 12.

83 Roy, 1975, p. 23.

84 Roy, 1975, p. 21 y s.

puede decirse con certeza cuándo francamente es anormal, también es verdad que es difícil afirmar cuándo la conducta sexual converge hacia este estado”⁸⁵. Completando su idea, afirma que calificar de normal a la conducta sexual depende mucho de las reglas morales, sociales y legales vigentes en una cultura o comunidad determinada, normas que aun cuando son constantemente revaluadas pueden seguir siendo contradictorias”⁸⁶.

A pesar de la fuerza y persistencia de las reglas sociales, estas no son siempre eficaces para domeñar el instinto sexual. Dándose casos en los que “individuos a quienes una constitución indomable” realizan comportamientos sexuales contrarios a esas normas y son considerados delincuentes, “salvo que sus cualidades sobresalientes o su posición social los lleve a ser considerados de grandes hombre o héroes”⁸⁷.

Suposición que lo induce a estimar que solo con “el derecho penal a través de la coacción psicológica de prevención general [...] se consigue domeñar la dirección abusiva de la tensión sexual, por lo menos en lo que respecta a la gran mayoría de las personas temerosas de las secuelas legales [...]”. Sin embargo, subsiste el problema de quienes, sin ser inimputables, no temen la represión penal, ya que ni el proceso, ni la pena, ni la cárcel contribuye “en manera alguna a enderezar tendencias condicionadas a una desviación sexual”⁸⁸.

Relacionado con estas afirmaciones se encuentra el criterio de la anormalidad de la sexualidad que Roy analiza a través del criterio de desviación o perversión sexual. Al que explica diciendo lo que entiende como “aquel patrón de conducta en el cual la fuente predominante del gozo sexual emerge por medios que no son la cópula heterosexual”. Pero aclara “que algunos actos parasexuales calificados de ‘perversos’ pueden encontrarse circunstancialmente dentro de la gama de recursos normales, ya sea cuando se les practica esporádicamente, o como parte del juego amatorio, procediendo en ambos casos al coito *secundum naturam*”⁸⁹.

A pesar de su preocupación en presentar, como aspecto relevante para explicar la regulación de nuestro código de los delitos sexuales, Roy tiene cuidado en indicar que las diversas patologías sexuales no corresponden a

85 Roy, 1975, p. 23, nota 303 *bis*.

86 Roy, 1975, p. 23.

87 Roy, 1975, p. 24.

88 Roy, 1975, p. 25.

89 Roy, 1975, p. 28.

las “hipótesis legales, estrictamente sexuales”, ya que varias son irrelevantes para el derecho penal y muchas “tienen poco que las relacionen con las aberraciones sexuales”⁹⁰.

No obstante, sus explicaciones resultan útiles para percibir su concepción sobre la sexualidad y, en el fondo, sobre el papel de las mujeres en derecho penal. En cuanto a esta segunda cuestión, sostiene que la “sociedad ha entendido que por razones genéticas, fisiológicas, culturales, religiosas y ambientales, entre otras, el acto sexual puede tener mayores repercusiones en el sexo femenino y no tanta en el hombre”. Por lo que considera que, en este sentido, “la diferencia fisiológica entre los dos sexos tiene también consecuencias en derecho penal” y que, sin embargo, esta discriminación tiene una finalidad protectora para la mujer, deviniendo inexistente en el derecho penal la anhelada igualdad de los sexos”⁹¹.

En cuanto a las psicopatías sexuales, las enumera sucintamente y las explica con parquedad, pero de manera suficientemente como para describir un poco más su concepción sobre la sexualidad. Por ejemplo, dice que la homosexualidad, “conocida también con el nombre de inversión de sentido genital, o simplemente inversión, consiste en la inclinación sexual, exclusiva o preponderante, por individuos pertenecientes al mismo sexo: hombre con hombre, mujer con mujer. Se presenta como la manifestación más común de desviación sexual”⁹².

Así concebida la homosexualidad, implica que se trata de un hecho biológico cultural invariable en el tiempo, condicionado por el hecho natural que es la vida sexual heterosexual. La misma que está determinada por la distinción natural de los sexos masculino y femenino, por la índole natural del matrimonio monógamo de personas de sexo diferente. La ahistoricidad de la homosexualidad se revela cuando Roy menciona como un caso conocido de homosexual el de Julio César, que fue motivo, según él, “público escándalo y objeto de acerbas burlas en el curso de toda su vida, no obstante que el nivel medio de moralidad sexual de su época era más tolerante que la nuestra”⁹³.

Sin embargo, la distinción actual entre homo sexualidad y heterosexualidad no puede ser aplicada al periodo greco-romano, pues las

90 Roy, 1975, p. 29.

91 Roy, 1975, p. 25.

92 Roy, 1975, p. 31.

93 Roy, 1975, p. 24, nota 305.

relaciones sexuales entre personas del mismo sexo no eran conceptuadas como homosexuales. El sentido de la moralidad estaba determinado por otros factores, como el de si el hombre tenía un papel activo o pasivo, si practicaba la relación sexual con un joven imberbe⁹⁴. Se trataba de un modo de actividad sexual pederasta.

En la Edad Media, la represión de las relaciones entre hombres estaba prevista en normas y se trataba de sodomía. A partir del siglo XVII, época en que se desarrolla un control policial en los centros urbanos que comienzan a proliferar, se acentúa la persecución de “homosexuales” a semejanza de lo que sucedía con las prostitutas. Pero, es a mediados del siglo XIX que se produce la “construcción” de la sexualidad por obra de los médicos, quienes la conciben como una patología⁹⁵. Se habla de homosexualidad no como manifestación de la sexualidad mediante relaciones entre hombres, sino más bien como un estado personal que se manifiesta como un síndrome de anomalías, es decir “una configuración parcial y estable que se refiere a un estado general de anomalía”⁹⁶. La homosexualidad como anomalía aparece por primera vez en 1870, cuando Westphal describe a los “invertidos” (*Archives de Neurologie*), retomando la idea de K. H. Ulrich, jurista alemán, que combatía la criminalización de la sodomía (*Forschungen über das Rätsel der manmännlichen Liebe, Leipzig 1864*).

También es interesante destacar algunas ideas que Roy expone cuando trata de los delitos sexuales en particular. En ellas manifiesta explícitamente su percepción de la sexualidad en general y, en particular, de las relaciones entre mujeres y hombres. Así, por ejemplo, define el honor sexual, “noción jurídico-penal de naturaleza subjetivo-objetiva”, como “el sentimiento de nuestra propia dignidad que se va tomando a medida que nos damos cuenta del significado trascendental que tiene la actividad de signo sexual que la biología impone y la sociedad demanda respetar, y, de otro lado, decimos que es la opinión que los demás tienen de nuestras buenas cualidades morales y físicas para hacer una vida heterosexual irreprochable”⁹⁷. De modo que, en su opinión, “la imagen sexual de una persona, sobre todo de una mujer, está por ahora, entre

94 Foucault, 2001, p. 1105. Cfr. Bourdieu, 2002, p. 38.

95 Borrillo, 2000, pp. 14 y ss.

96 Foucault, 1999, p. 293.

97 Roy, 1975, p. 42.

nosotros, tan ligada a su destino personal, a la constitución regular de una familia y a la estimación de sus semejantes”⁹⁸.

Interpretando la circunstancia, prevista en el art. 189 del Código Penal de 1924, referente a la violación, de que el acto sexual debía ser cometido fuera de matrimonio, Roy expone que el Código Civil “considera la relación *intra matrimonium* como un deber recíproco de los cónyuges, pues la procreación es uno de los fines fundamentales de esta importantísima institución. La negativa infundada de la mujer al mantenimiento de relaciones sexuales con su marido bien puede ser considerada como una forma de infidelidad. Es por tal motivo que la ley penal reconoce tácitamente que el marido no incurre en delito alguno, ni siquiera en abuso de derecho (de lo contrario no se explica su reconocimiento legal), cuando obliga a su esposa a someterse a la relación sexual empleando para el efecto desde una violencia física proporcionada al fin perseguido, hasta la grave amenaza”⁹⁹.

Funda la desigualdad entre los sexos en sus diferencias fisiológicas y estima que es necesario aceptar una discriminación a favor de la mujer con la finalidad de protegerla. Siguiendo a Martínez Zúñiga, sostiene que “la sociedad ha entendido que por razones genéticas, fisiológicas, culturales, religiosas y ambientales, entre otras, el acto sexual puede tener mayores repercusiones en el sexo femenino y no tanto en el hombre”¹⁰⁰.

Para precisar su opinión, Roy Freyre, en notas de pié de página, da algunas explicaciones. Manifiesta, por ejemplo, que “con una fórmula negativa y excluyente podemos decir que entendemos por desviación o perversión sexual aquel patrón de conducta en el cual la fuente predominante del gozo sexual emerge por medios que no son la cópula heterosexual. De aquí que algunos actos parasexuales calificados de “perversos” pueden encontrarse circunstancialmente dentro de la gama de recursos normales, ya sea cuando se les practica esporádicamente, o como parte del juego amatorio precediendo en ambos casos al coito *secundum naturam*”¹⁰¹.

En cuanto a su percepción de la sexualidad en general y, en particular, de las relaciones entre mujeres y hombres, define el honor sexual, “noción jurídico-penal de naturaleza subjetivo-objetiva”, como “el sentimiento

98 Roy, 1975, p. 43.

99 Roy, 1975, p. 58.

100 Roy, 1975, p. 25.

101 Roy, 1975, p. 28.

de nuestra propia dignidad que se va tomando a medida que nos damos cuenta del significado trascendental que tiene la actividad de signo sexual que la biología impone y la sociedad demanda respetar, y, de otro lado, decimos que es la opinión que los demás tienen de nuestras buenas cualidades morales y físicas para hacer una vida heterosexual irreprochable”¹⁰².

Al analizar los delitos sexuales en particular, la concepción moralizante de Roy Freyre se manifiesta cuando dice: “creemos que la imagen sexual de una persona, sobre todo de una mujer, está por ahora, entre nosotros, tan ligada a su destino personal, a la constitución regular de una familia y a la estimación de sus semejantes, que de ninguna manera un desafortunado acontecimiento que la pone en peligro puede ser ajeno al propio sentimiento de respeto...”¹⁰³. Por esto considera que de este modo se limita a “presentar una realidad psicológica que tiene también dimensión sociológica, para fundamentar la existencia del honor sexual como un interés que reclama protección jurídico-penal”¹⁰⁴.

Según Roy Freyre, “las relaciones sexuales son inherentes a la vida conyugal constituyendo su mantenimiento tanto un derecho como un deber de las personas unidas en matrimonio”. Se basa en las disposiciones del Código Civil que presuponen “fidelidad y hacer vida en común”¹⁰⁵. Si no se cuestiona sobre la oportunidad o no de sancionar la “violación dentro del matrimonio”, es debido a que admite que los cónyuges tienen la obligación de mantener relaciones sexuales.

Justifica negar la existencia de violación sobre la base del Código Civil, el cual, en su opinión, “considera la relación *intra matrimonium* como un deber recíproco de los cónyuges, pues la procreación es uno de los fines fundamentales de esta importantísima institución. La negativa infundada de la mujer al mantenimiento de las relaciones sexuales con su marido bien puede ser considerada como una forma de infidelidad. Es por tal motivo que la ley penal reconoce tácitamente que el marido no incurre en delito alguno, ni siquiera en abuso del derecho (de lo contrario no se explicaría su reconocimiento legal), cuando obliga a su esposa a someterse a la relación sexual empleando para el efecto desde una violencia física proporcionada al fin perseguido, hasta la grave amenaza”¹⁰⁶. Esta concep-

102 Roy, 1975, p. 42.

103 Roy, 1975, p. 43.

104 Roy, 1975, p. 43.

105 Roy, 1975, p. 47.

106 Roy, 1975, p. 58.

ción de la familia y de sus fines se encuentra en la base de los criterios que dan lugar al trato discriminatorio de la mujer con referencia al hombre.

De conformidad con sus ideas sobre las relaciones sexuales, la “cópula buscada por el marido coactivamente tiene que ser la lícita, es decir, la cópula vaginal”¹⁰⁷. Debido a que se admite que “la institución del matrimonio [no] ha conceptualizado como *debitum conjugale* [...] al “coito *per anum*”¹⁰⁸. En caso de que el marido imponga este acto a su mujer, solo cometerá un delito contra la libertad individual. De donde se puede deducir que, en esta perspectiva, tanto el derecho penal como las reglas sobre el matrimonio son instrumentos destinados a ordenar y controlar los comportamientos sexuales calificados de normales.

Como anteriormente hemos señalado, de nuevo en una nota de pié de página¹⁰⁹ y para evitar ser calificado de conservador, Roy Freyre esclarece que no se debe pensar “que este reconocimiento al marido del derecho a obligar a su mujer a soportar coactivamente la cópula sexual es un producto exclusivo de la legislación semi-feudal o burguesa. También contienen igual prescripción al respecto las leyes penales de las naciones que integran la órbita socialista [por ejemplo, el art. 276 CP húngaro]”. Este argumento puramente formal muestra la despreocupación de Roy Freyre en esclarecer cuál era la orientación de los gobiernos que se reclamaban socialistas, muchos de los cuales practicaban dictatorialmente políticas moralizantes “socialistas”, contrarias a los criterios que predominar por breve tiempo inmediatamente después de la revolución de octubre rusa.

Vale la pena destacar que Roy Freyre, como otros autores, se pronuncia sin dudar a favor de la protección de las prostitutas, en consideración en que consienten en la práctica de su comercio. De igual manera, considera que “naturalmente el juez tiene facultad para considerar esta forma irregular de vida personal de la víctima anterior al delito, como una circunstancia atenuante genérica para el delincuente, en razón de que la ‘la extensión del daño causado’ no ha sido grande”¹¹⁰. Si el daño no es importante se debe a que en el caso de la prostituta la moralidad no es la misma que en el caso de la mujer honesta.

107 Roy, 1975, p. 59.

108 Roy, 1975, p. 59.

109 Roy, 1975, p. 58 y s., nota 325 *bis*.

110 Roy, 1975, p. 52.

Debido a la manera como concibe a la familia, la moral de la mujer casada la honra del marido, Roy Freyre se contradice en cierta forma cuando se refiere a la pareja no casada que vive en concubinato¹¹¹. Quizás debido a la ausencia de deber conyugal, opina que “la mujer puede oponerse a la relación sexual por diferentes motivos perfectamente lícitos y atendibles; como un medio para obligar a su conviviente a regularizar su situación mediante matrimonio, o para obtener el reconocimiento de sus hijos, o para ejercitar su derecho a disponer de su sexo a favor exclusivo de otra persona a quien ahora ama o con quien cree ver un mejor porvenir personal, o para no tener más hijos ilegítimos, etc.”¹¹². A pié de página (nota 321 *bis*), explica su posición diciendo “no logramos comprender cómo de la unión extra-legal se pueden desprender derechos sexuales para ser ‘concedidos’ al conviviente, a tal extremo de que el varón queda autorizado para ejercitarlos empleando precisamente hasta la fuerza o la grave intimidación”. Además, agrega “si la legitimidad de la coacción empleada por el esposo se colige del *debitum conyugale*, como se da a entender líneas atrás, no es acaso lógico deducir que la ilegitimidad de la violencia o grave amenaza utilizada por el conviviente se deriva del derecho civil, es decir la inexistencia de ese deber legal que obliga a la mujer a soportar la cópula sexual, y no de ninguna fuente extra-legal?” Su conclusión es que “la inexistencia de vínculo matrimonial hace que una pareja de convivientes regule sus relaciones sexuales con una libertad que no tendrían si fuesen casados”¹¹³.

La definición de violencia de Roy Freyre no difiere mucho de la expuesta por otros autores. De acuerdo con su criterio, no debe confundirse la violencia a la que se refiere la ley, como medio coercitivo para lograr el acceso carnal, “con la razonable fuerza física que emplea el varón para vencer la natural resistencia que el recato impone a la mujer. Esa dulce violencia, seductora pero no coercitiva (*vis grata puellis*), no es la violencia física necesaria que exige la ley para considerar punible el acto sexual. En esta hipótesis impune, como dice Manzini gráficamente, el agente no ha entrado por fuerza; se ha limitado a empujar una puerta semi-abierta, sino derechamente abierta”¹¹⁴.

111 Roy, 1975, p. 52 y s.

112 Roy, 1975, p. 53.

113 Roy, 1975, p. 54, nota 321 *bis*, *in fine*.

114 Roy, 1975, p. 56 y s.

En cuanto a la seducción¹¹⁵, Roy Freyre señala como bien jurídico protegido el honor sexual¹¹⁶. Considera diversas consecuencias del acto sexual: individual, en relación con la víctima misma; familiar, en cuanto a la actitud de los parientes y de los efectos sobre los mismos; moral, en relación con la personalidad de la adolescente. Afirmaciones que se comprenden a la luz de sus siguientes explicaciones: “La relación carnal tiene un significado especial para el porvenir de la adolescente, desgraciadamente a veces, tardíamente comprendido por la víctima y sus familiares; y, otro sentido, ni diferente ni menos importante que el anterior, para la sociedad a que pertenece la joven. Sin haber alcanzado todavía la plena madurez sexual, su candor e ingenuidad propios de su limitado desarrollo biopsíquico, están expuestos a los artificios eróticos con que suele disfrazarse la agresión sexual masculina. Su entrega carnal, no seguida de matrimonio, frustra sus expectativas de realización como mujer y va en deterioro no solamente del sentimiento de su propia dignidad femenina al considerarse despreciada por el macho, sino también en detrimento de su “buena imagen sexual”, patrimonio moral de inestimable importancia en su trayectoria social como ciudadana, esposa y madre”¹¹⁷.

De interés es así mismo destacar la manera como refuerza su interpretación de que no es típica la conducta consistente a practicar el “coito *per anum*” después de haber engañado a la adolescente, debido a que la disposición legal se refiere expresa y únicamente al acto sexual. Lo hace recurriendo a un argumento que le permite descalificar a la persona concernida. Así, dice que “el coito *per anum* de ninguna manera puede dar lugar al delito de seducción, ya que la aceptación de esta especie de relación erótica estaría revelando que la joven carece de la conducta irreprochable que inexorablemente demanda la ley para la configuración delictiva. Creemos, pues, que sería una *contradictio in terminis* que la ley exigiera conducta irreprochable a quien, para protegerla, le admitiere como posible la práctica de actos erótico-sexuales antinaturales”¹¹⁸. De este modo, la admisión de las relaciones heterosexuales como únicas morales y normales, lleva a considerar que carezca de conducta irreprochable la joven que hay sido obligada a practicar el acto análogo.

115 Roy, 1975, p. 96 y ss.

116 Roy, 1975, p. 97.

117 Roy, 1975, p. 97.

118 Roy, 1975, p. 101.

Finalmente, indiquemos la manera como Roy Freyre caracteriza de manera general la conducta irreprochable. Afirma que “carece de conducta irreprochable, por ejemplo, la joven que sin pareja definida concurre frecuentemente a las fiestas nocturnas en lugares abiertos al público; la que se embriaga o fuma marihuana en los parques; la que se exhibe en poses eróticas con sucesivos enamorados; la joven que acepta el coito contra natura, etc. Afirma, por el contrario, que es de conducta irreprochable la joven de comportamiento generalmente ordenado que no ha evidenciado una espectacular liviandad amorosa, o puesto de manifiesto falta de recato o reserva en materia sexual o parasexual”¹¹⁹. Resulta comprensible que sostengan estas ideas si se tiene en cuenta, sobre todo, la concepción sobre la sexualidad y la sociedad en general, de las que se parte. No es de gran interés limitarse a señalar que ninguno de estos criterios implica de manera necesaria que la persona concernida no sea de conducta irreprochable en el dominio sexual (se puede ser virgen, pero no honesta o ser verdaderamente honesta a pesar de consumir drogas), sino más bien de subrayar como un discurso bastante persuasivo puede ocultar graves discriminaciones.

En oposición a otros autores, Roy Freyre defiende la idea de que el matrimonio subsecuente es incommunicable a los demás partícipes al hecho delictuoso. Considera que esto es útil para proteger a la víctima, especialmente en razón a la situación débil en la que se encuentra.

F. Víctor Prado Saldarriaga

Después de formular algunos breves comentarios al Proyecto de reforma de 1984¹²⁰, Prado plantea algunas cuestiones respecto a los delitos sexuales. En relación con la técnica legislativa, critica que se siga agrupando las disposiciones referentes a esos delitos bajo el título de “Delitos contra las buenas costumbres”. También, considera confusa y anacrónica la diferencia entre delitos contra la libertad y el honor sexual de un lado y, de otro, los delitos de corrupción. Con cierta impropiedad, expresa que a las “buenas costumbres no las conocemos con precisión y mucho menos en una esfera como la sexual. No es pues bien jurídico real como lo son la vida, la libertad e incluso el honor”¹²¹. La calificación de real no

119 Roy, 1975, p. 102.

120 Prado, 1985, p. 245 y ss.

121 Prado, 1985, p. 257.

es adecuada para descalificar a la buenas costumbres como bien jurídico debido a que considera al mismo tiempo al honor.

Comentando las proposiciones que considera novedosas con respecto al Código de 1924, Prado destaca¹²² la previsión, por un lado, como sujeto del delito de violación de la mujer, además del hombre y, de otro lado, como comportamiento incriminado, además del acto sexual, el acto análogo. Comprende este último como el coito anal, por lo que sostiene que el coito oral obtenido mediante violencia o amenaza, así como los actos libidinosos realizados “en incapaces o personas en incapacidad de resistencia serán sancionados como delitos de coacción o quedarán impunes”. Únicamente en relación con los actos libidinosos, con cierta timidez, manifiesta que debe “cuando menos de replantearse” tal solución.

En cuanto a la seducción, objeta que se le siga reprimiendo, “manteniendo la edad del sujeto pasivo entre 14 y 18 años”. Estima que debido a que se fija la capacidad absoluta en los 16 años, se debió “cuando menos... modificarse la edad de la mujer en la seducción”¹²³.

En la perspectiva doctrinal, Prado afirma, primero, que “es menester recoger las opiniones de sectores sociales que desde algunos años estudian seriamente la problemática de los delitos sexuales como, por ejemplo, los grupos feministas” y, segundo, que es indispensable abandonar expresiones como “moral pública” por ser “discutibles en el moderno derecho penal sexual”¹²⁴. En relación con este último punto, parece sostener, debido a la manera como las opone, que se trataría sobre todo de una cuestión de libertad de las personas y no de moral pública.

Sin mencionar sus fuentes de información, propone que suprima el delito de seducción, considerando que “en nuestro medio se está gestando ya una temprana cultura sexual, que permite a las adolescentes comprender cabalmente los requerimientos sexuales de un varón así como medir sus consecuencias”. Refuerza su propuesta diciendo que si se tutela la libertad “resulta un contrasentido reprimir una práctica sexual voluntaria”¹²⁵. Para mejor comprender su posición, debería explicitar por qué la voluntad de la seducida es libre a pesar que su consentimiento, de acuerdo con la manera tradicional de concebir la seducción, es viciado por el engaño, el artificio

122 Prado, 1985, p. 257.

123 Prado, 1985, p. 258.

124 Prado, 1985, p. 258.

125 Prado, 1985, p. 259.

o el fraude utilizado por el seductor. Su argumentación resulta también incompleta debido a que no se refiere a la condición de la “conducta irreprochable” de la víctima; factor en el que se concretiza en especial la orientación moralizadora de la legislación tradicional.

VI. CÓDIGO PENAL DE 1991

A. Luis A. Bramont-Arias Torres / María del Carmen García Cantizano

Al comentar la nueva regulación del Código Penal de 1991, Bramont-Arias/García¹²⁶, explican que en cuanto a la violación el “comportamiento comprende tanto a la actividad heterosexual como la homosexual, pero esta última solo entre hombres”. Por lo que estiman que para “que se cometa este delito es necesario que por lo menos uno de los sujetos del delito sea un hombre”. De modo que el término “obligar es hacer realizar a una persona algo en contra de su voluntad, en el presente caso, el acto sexual u otro análogo”. Lo que supone, en su opinión, que “no hay un consentimiento del sujeto pasivo; si se da, debe ser sincero y positivo, siendo una causa de atipicidad del comportamiento”¹²⁷. Interpretan de modo restrictivo tanto la expresión acto sexual, como la de acto análogo. La primera, como “la penetración total o parcial del pene en la cavidad vaginal de la mujer—*secundum naturam*” y la segunda como “coito rectal o anal—*contra naturam*”.

En relación con el acto análogo, afirman que es cuestionable si comprende también el “coito oral o bucal—*fellatio in ore*”. Expone sus dudas diciendo “por un lado, es problemático equiparar en trascendencia y gravedad el acto sexual y el coito anal con el coito oral, pues los primeros suponen un cierto daño físico, especialmente en el vaginal, donde puede darse la posibilidad de desfloración, sobre todo en el caso de menores, circunstancias que no se dan en el coito oral; por otro, el coito oral plantea problemas respecto a la consumación, dado que si se sigue el mismo criterio para la consumación en todos los comportamientos típicos —penetración total o parcial del pene—, será muy difícil probar que ha tenido lugar el coito oral”. Considerando esta dificultad de prue-

126 Bramont-Arias / García, p. 178.

127 Bramont-Arias / García, p. 178.

ba, afirman que “tal vez, habría que exigir la eyaculación en la cavidad bucal –*inmissio seminis*”¹²⁸.

Bramont-Arias/García, asumen también una interpretación restrictiva del elemento violencia. Afirma que “está indisolublemente ligado al de resistencia del sujeto pasivo; la violencia ha de ser de tal naturaleza que imposibilite toda resistencia o la doblegue”. Rigor que matiza diciendo que “naturalmente, no es necesario que la violencia se mantenga todo el tiempo que dure la violación ni tampoco que la resistencia sea continuada; ello sería absurdo desde el punto de vista de la práctica y de las circunstancias del hecho, basta que quede de manifiesto la violencia y la voluntad contraria al mantenimiento de relaciones sexuales; existirá violación, por ejemplo, aunque no se pudiera oponer resistencia física por agotamiento”¹²⁹. Estas preocupaciones de los autores parecen estar inspiradas por su preocupación respecto a las dificultades de prueba. En resumen, el aspecto esencial sería la ausencia de la voluntad de la víctima, a la que delimita exigiendo que “el agresor actúe utilizando vías de hecho”. Un elemento de prueba estaría constituido por la mayor o menor resistencia física. De esta manera, vuelven a integrar en el tipo legal la resistencia activa de la víctima como un elemento del acto incriminado. Sin la constatación de esta resistencia no podría probarse la falta de voluntad para practicar las relaciones sexuales.

Dudas semejantes se manifiestan en la explicación de Bramont-Arias/García, respecto a la noción de amenaza. Después de sostener que, “en definitiva, la gravedad tiene que medirse en relación al efecto determinante sobre la resistencia o voluntad de la víctima” y que desde “esta perspectiva, también puede haber una intimidación mediante el empleo de fuerza sobre las cosas, o más concretamente, mediante la conminación de un mal que recaiga sobre cosas”, destacan que “como en toda intimidación, el mal anunciado ha de ser real y posible, de lo contrario perdería su carácter grave”¹³⁰. Esto implicaría que la víctima tendría que tener consciencia del real daño que sufriría si no accede a las demandas del violador. Así, no se sancionaría en los casos en que el agente hace creer a la víctima la verosimilitud de la realización del perjuicio, sin tener en realidad la posibilidad de materializarlo (la mujer no sabe que el arma con que es amenazada esta descargada, por ejemplo).

128 Bramont-Arias / García, p. 178.

129 Bramont-Arias / García, p. 178.

130 Bramont-Arias / García, p. 178.

La explicación de Bramont-Arias/García, sobre el bien jurídico es relativamente incoherente. Después de señalar que se trata de proteger la libertad sexual¹³¹, se ven obligados a recurrir a la noción de “indemnidad sexual” para explicar las disposiciones relativos a los delitos en los que la víctima es una persona minusválida¹³². El agente “aprovecha el estado en que se encuentra la víctima”, de inferioridad física o síquica. Conciben esta última como “un estado permanente o transitorio que debilita el conjunto de las facultades mentales de la persona, poniéndola en condiciones desventajosas con relación al sujeto activo”. La inferioridad física, como constituida por “anomalías, aun cuando por su naturaleza, no afectan a la conciencia del sujeto, quien se da cuenta del alcance del acto sexual, le incapacitan para oponer la resistencia suficiente para evitarlo”. El problema consiste en que al hacer depender la consumación del delito de la inferioridad de la víctima, no se plantea la cuestión de la sexualidad de las personas que padecen un hándicap especialmente mental; cuando se admite generalmente que como toda persona éstas también tienen un instinto sexual que satisfacer.

La influencia enorme de la doctrina elaborada sobre las disposiciones del Código Penal de 1924 y los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema se nota con claridad en las exposiciones efectuadas sobre la regulación del nuevo código. Esto se debe, en parte, a que estas se limitan al análisis dogmático del derecho positivo, sin discutir los principios generales y la política criminal que inspiran las reglas positivas. Así mismo, que no se presta la debida atención a los estudios y planteamientos realizados por varios especialistas, en particular desde la perspectiva del movimiento feminista.

B. Carlos Caro Coria

En un artículo dedicado a las reformas del “derecho penal sexual”, Caro Coria abre expectativas sobre el problema de la “discriminación de género”. Sin embargo, no las satisface a pesar que en su primer párrafo se refiere, citando variados autores, a que los estudiosos “de género” o de “feminismo legal” asumen diversas posturas “estratégicas” ante la utilidad del derecho penal “para contribuir a la igualdad de la mujer, desde su

131 Bramont-Arias / García, p. 176.

132 Bramont-Arias / García, p. 184.

utilización radical, instrumental o promocional, hasta la renuncia a este control en el marco del abolicionismo”¹³³.

Por su orientación marcada hacia las víctimas, dichos estudios, en su opinión, pueden influenciar positivamente el progreso del derecho penal sexual en relación con sus efectos político criminales, “sin que ello signifique adoptar una interpretación penal ‘de género’, o bien una ‘perspectiva de género’ dentro de la teoría del delito”¹³⁴. Destaca que la intervención en el derecho penal sexual, “desigual y no exenta de contenidos morales parece trasladar a un segundo plano la misión de prevención y tutela de los bienes jurídicos, rasgos de un derecho penal simbólico que no protege suficientemente a la víctima”¹³⁵.

Para respetar los derechos constitucionales de la igualdad y libertad de conciencia, así como los principios democráticos de pluralismo y tolerancia, Caro Coria considera que la regulación de los delitos sexuales, resultante de desordenadas reformas, debe ser interpretada considerando las consecuencias político-criminales, “quizás en perjuicio de una coherencia intrasistemática perseguida en un Derecho Penal funcional [sic]”¹³⁶.

Luego de esta introducción pasa revista las reformas del Código Penal durante la república, juzgándolas como procesos influenciados por una concepción moralizadora de la sexualidad de larga tradición en nuestro país. Dando como ejemplo el recurso a las categorías de mujer honesta y mujer pública, virgen, doncella. Lo que se concretizaba en la denominación del título en el que se agrupaban los delitos sexuales: delitos contra la honestidad, contra las buenas costumbres o la libertad y el honor sexuales.

Al respecto destaca¹³⁷ que, en la doctrina, por un lado, se rechaza que la protección del derecho penal esté dirigida a asegurar una difusa “moral sexual social”, la “honestidad”, las “buenas costumbres” o el “honor sexual” y, por otro, se admita que se protege la libertad sexual de las personas capaces y la indemnidad sexual de los incapaces. Sin dejar de constatar que en la jurisprudencia la tendencia es más bien la de aplicar criterios moralizantes tradicionales. Esto se debería, entre otras causas,

133 Caro, 1999-2000, p. 130.

134 Caro, 1999-2000, p. 130.

135 Caro, 1999-2000, p. 131.

136 Caro, 1999-2000, p. 131.

137 Caro, 1999-2000, p. 132 y ss.

“a la inercia de las concepciones morales de la legislación derogada o a la cultura de la discriminación de género”¹³⁸.

En cuanto a la distancia entre lo que establece la ley y la manera como esta es aplicada, Caro Coria no deja de señalar, por ejemplo, que la disposición represora de la seducción, en su nueva versión del Código Penal de 1991, es aplicada como “escape judicial” para “no imponer la pena del delito de agresión sexual mediante coacción”, así como la reintroducción indebida del factor “conducta irreprochable” prevista en el art. 201 del Código Penal de 1924¹³⁹.

Estas ideas, Caro Coria las retoma en un segundo trabajo¹⁴⁰, en el que incluye un breve acápite dedicado de manera más centrada en las cuestiones de género. Vuelve a afirmar que en “suma, la cultura de la discriminación contra la mujer se manifiesta plenamente en el ejercicio del *ius puniendi*”¹⁴¹. Ante lo cual, plantea determinar de qué manera condiciona la “adecuada protección de los derechos de la víctima mujer” y para asegurar su situación “frente al poder penal cuando se le impute un hecho punible”¹⁴².

De manera crítica, señala como el hecho de sobrevalorar la importancia de los criterios de género para mejor proteger a las mujeres “podría convalidar la gravedad de las penas de los delitos sexuales han alcanzado en el Perú”, lo que implica el no respeto del principio constitucional de la necesidad y proporcionalidad. Así como dar lugar a la “indefensión de la agraviada ante el uso simbólico de la ley penal”. De donde deduce que “debe tenerse claro que la remoción de los factores determinantes de la criminalización discriminatoria, no es tarea que compete al DP, a quien más bien corresponde la misión de proteger, como ultima ratio, bienes jurídicos trascendentales como la libertad e indemnidad sexuales”.

C. Alonso Peña-Cabrera Freyre

Siguiendo sobre todo a autores españoles y argentinos, mencionados abundantemente, Alonso Peña-Cabrera Freyre, pone de relieve, como lo

138 Caro, 1999-2000, p. 134.

139 Caro, 1999-2000, p. 60 y s.

140 Caro, 2000, p. 40 y ss.

141 Caro, 2000, p. 41.

142 Caro, 2000, p. 42.

ha hecho también Caro Coria, la perspectiva de género como factor determinante de la orientación de los medios de control penal, en particular en la legislación y en la jurisprudencia¹⁴³. Perspectiva que tendría como meta final la desaparición de la desigualdad sexual y, de manera mediata, combatir los atentados contra la libertad y la incolumidad sexuales de las mujeres y menores.

En su opinión¹⁴⁴, repitiendo a Monserrat Comas, “El origen de este tipo de violencia, entre otros factores se encuentra, en la historia y en la cultura. En la historia de la estructura familiar patriarcal basada en la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer. Un problema atávico que responde a una construcción social que ha potenciado un reparto desigual de las actividades productivas, creando unos roles sociales asignados en función del sexo”¹⁴⁵.

Si bien considera que el derecho penal es útil para alcanzar estas metas, estima que “si en realidad queremos lograr prevenir esta clase de conductas disvaliosas, debemos hacer uso de otros medios de control social, empezando por concientizar a todas las mujeres, de sus derechos que la Ley y la Constitución le confieren, que en definitiva no son un objeto del hombre y que al primer viso de violencia que sean víctima, deben denunciar estos actos a las autoridades estatales competentes”¹⁴⁶.

Respecto a la situación social de las mujeres, siguiendo a la letra a Faraldo Cabana, afirma: “Me niego a considerar el tan manido argumento de la inferioridad física de la mujer frente al hombre. No es un problema de fuerza física, sino de actitud: la mujer está condicionada socialmente a aceptar que el varón utilice la violencia contra ella, y no responde violentamente aunque tenga medios para ello o la oportunidad de hacerlo. El hombre está condicionado socialmente a aceptar el uso de la violencia como medio adecuado para conseguir la obediencia de la mujer (esposa, compañera, novia o hija)”¹⁴⁷.

Así, considera necesario subrayar que “es bien fácil de comprender, [que] ser hombre o mujer afecta las opciones de una persona puede tomar en su vida y también su quehacer cotidiano”. Igualmente, que más

143 Peña-Cabrera, 2014, p. 125 y ss.

144 Peña-Cabrera, 2014, p. 126.

145 Ver Monserrat, 2014, p. 279. Recuperado de <<http://bit.ly/2ffNX0S>>.

146 Peña-Cabrera, 2014, p. 128

147 Peña-Cabrera, 2014, p. 133, ver nota 240.

“aun, la variable que correlaciona de forma más sólida con la criminalidad es el género: frente a las mujeres, los hombres cometen un porcentaje absolutamente desproporcionado de los delitos que se cometen en una comunidad”¹⁴⁸.

De modo que es el legislador (hombre) quien define mayoritariamente la conducta penalmente prohibida, por lo que conduce “sus cauces bajo los esquemas patriarcales, incidiendo en la tipificación de figuras delictivas, dirigidas a patentizar roles y/o posturas sociales, v. gr.; los delitos sexuales son una muestra palmaria de ello, máxime en las codificaciones penales de antaño, donde lo que se protegía era el ‘Honor Sexual’, donde el delito de violación sexual, —tenía ontológicamente hablando— al hombre como sujeto activo y la mujer como sujeto pasivo, solo desde una perspectiva heterosexual; donde víctima, solo podía ser aquella fémina, portadora de dicho honor sexual”¹⁴⁹. De modo que la legislación no puede ser calificada de neutra, ya que tiene en cuenta el género del autor para definir normativamente la conducción delictiva, dando lugar a un “Derecho Penal del Género”¹⁵⁰. Lo que conduce a la creación de un derecho penal simbólico, desnaturalizando las categorías y orientaciones del derecho penal democrático¹⁵¹.

Al abordar el análisis de los delitos contra la libertad sexual, Peña-Cabrera parte de la idea que la “sexualidad, es sin duda, una de las esferas más intensas e interrelacionada con la autorrealización de la persona. Al reafirmarse el objeto de protección a la ‘Libertad Sexual’ no solo ha puesto en relieve el reconocimiento de la sexualidad como presupuesto indispensable de autorrealización personal, sino ha significado desligar a la mujer de roles estereotipados en el ámbito sexual que lo vinculaba a una determinada moral u honestidad sexual”.¹⁵² No obstante, observa que en el Código vigente se ha mantenido una terminología imprecisa que hace referencia a apreciaciones morales conservadoras ajenas a “la base material del bien jurídico” libertad sexual. Concluyendo que el derecho penal debe ser utilizado solo “cuando se perturbe de forma significativa

148 Peña-Cabrera, 2014, p. 139.

149 Peña-Cabrera, 2014, p. 140.

150 *Idem*.

151 Peña-Cabrera, 2014, p. 153.

152 Peña-Cabrera, 2014, p. 704.

la autodeterminación sexual de la persona humana en un ambiente de plena libertad”¹⁵³.

Al analizar los tipos legales en particular, Peña-Cabrera recurre a casi los mismos criterios utilizados por los comentaristas del Código de 1991 ya presentados. Por ejemplo, afirma respecto al delito de seducción que “este tipo penal o dígame delito, ha sido criminalizado de acuerdo a determinados roles sociales y con el fin de preservar la institución del matrimonio, pues, el engaño ha sido comúnmente caracterizado como la ‘falsa promesa de matrimonio’. Es decir, la figura delictiva ha sido dirigida a reprimir actos antisociales, fundados en el status social de la figura del ‘seductor”¹⁵⁴. En este sentido, rechaza que se mantengan mediante la interpretación nociones superadas como la de la virginidad de la mujer. Destacando que el bien que se protege “es el desarrollo normal y el libre desenvolvimiento del proceso de formación sexual del adolescente. Consecuentemente, la ley penal le otorga protección al adolescente frente a los engaños que puede ser víctima, que de cierto modo implican la penetración de conceptos morales y éticos”. En resumen, estima que el bien jurídico protegido es el indicado y que la libertad sexual, también lo es pero en segundo plano”¹⁵⁵.

En cuanto a los atentados contra el pudor explica que “el normal desenvolvimiento de la sexualidad de una persona, puede también verse afectado gravemente, mediante la concreción de actos, que sin importar un acceso carnal, suponen también un atentado a la libertad sexual, pues suponen la realización de tocamientos, rozamientos, forzamientos etc., que tienen la idoneidad suficiente como para vulnerar el pudor de una persona. Siempre y cuando se ejecuten sin su consentimiento”¹⁵⁶.

Reconociendo la presencia de connotaciones morales en la categoría de atentados contra el pudor, manifiesta sin embargo que las agresiones que este sufre atacan “la reserva sexual, entendida como la esfera más interna de la sexualidad que importa también su libre desarrollo y óptimo desenvolvimiento, de común idea con el bien jurídico ‘libertad sexual’, pues aquella no solo puede comprender aquellos actos que signifiquen el acceso carnal sexual en algunas de las cavidades descritas en el tipo penal

153 Peña-Cabrera, 2014, pp. 706, 707.

154 Peña-Cabrera, 2014, pp. 855, 857.

155 Peña-Cabrera, 2014, p. 859.

156 Peña-Cabrera, 2014, p. 867.

básico de esta capitulación, sino también otros actos disvaliosos, que sin connotar el referido acceso carnal, pueden también lesionar dicho interés jurídico”. Por lo que, los “tocamientos y rozamiento en determinadas partes del cuerpo, que se ejecutan en contra de la voluntad de la víctima, o que se realicen sobre otro, resultan también atentatorios a dicha libertad”¹⁵⁷.

Si bien la terminología y la perspectiva han variado, en realidad el análisis de los delitos contra la libertad individual y, en general, la problemática de la sexualidad siguen haciéndose sin modificaciones sustanciales en cuanto al fondo. Esto quizás se deba, en buena parte, en la falta de información sobre las explicaciones y exigencias que promueven los movimientos feministas. Sin embargo, no está demás decir que familiarizarse con las concepciones y aspiraciones de las mujeres es tarea complicada por la riqueza y abundancia de ideas planteadas, no siempre de manera uniforme y concordante.

D. Ramiro Salinas Siccha

Salinas sigue definiendo la violencia o fuerza física aludiendo a la resistencia física de la víctima. La define como la “energía física ejercida por el autor sobre la víctima”¹⁵⁸. De acuerdo a Ricardo Núñez y Roy Freyre, dice que el sujeto activo “recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia de la víctima”¹⁵⁹. No obstante, en sentido positivo limita los alcances de su afirmación, criticando la opinión de Soler, señalando que debido a que las leyes penales no exigen actitudes heroicas “no es necesario una resistencia continuada de la víctima y por tanto la aplicación de la fuerza física en forma constante; sería descabellado pensar que no se cometió violación porque la víctima, para evitar males mayores consienta la realización del acto sexual apenas comience los actos de fuerza”¹⁶⁰. De manera que no es indispensable que la violencia coincida “con la consumación del hecho, bastando con que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia”¹⁶¹.

157 Peña-Cabrera, 2014, p. 867.

158 Salinas, 2007, p. 627.

159 Salinas, 2007, p. 627.

160 Salinas, 2007, pp. 627 y s.

161 Salinas, 2007, p. 628.

Este avance en la explicación de en qué consiste la violencia se pierde por el mantenimiento de prejuicios pasados sobre la índole de las relaciones sexuales. Haciendo eco a comentarios de autores ya citados, Salinas dice que “es importante no confundir la violencia tipificada, como medio para lograr el acto sexual, con la razonable fuerza física que emplea el varón para vencer la natural resistencia que el recato impone a la mujer. Esa dulce violencia, seductora pero no coercitiva no es la violencia física necesaria que exige la ley para considerar punible el acto sexual”¹⁶².

En oposición a los sostenido por Bramont-Arias Torres, Salinas estima que la amenaza no debe ser necesariamente seria y presente. Bastaría con “verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o substancialmente enervada”. Debido a que es muy complicado fijar reglas destinadas a “precisar el poder o la eficacia de la amenaza”, considera que esta cuestión debe quedar en manos del juzgador; quien debe tener en cuenta “las condiciones y circunstancias personales del sujeto pasivo, así como de sus circunstancias existenciales”. En otras palabras, “no deberá hacer otra cosa sino determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo su aceptación de realizar el acto sexual o acto análogo, evitaría el daño anunciado y temido. La gravead de la amenaza deberá medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El análisis tendrá que hacerse en cada caso que la sabia realidad presenta”¹⁶³.

Refiriéndose a que en el nuevo Código se considera también como sujeto activo de la violación a la mujer, Salinas¹⁶⁴ señala como el “argumento más sólido” el hecho que “el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona natural, sin distinción de sexo”¹⁶⁵. Desde su perspectiva, esto representa “una conquista significativa del derecho penal moderno, pues se ajusta a las exigencias y lineamientos del Estado democrático de derecho, al que le es consustancial la igualdad de todos ante la ley; también reflejar debidamente una realidad en la cual la mujer no es un mero sujeto pasivo, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa al varón en el ámbito sexual”¹⁶⁶. Así, abandona el prejuicio tradicional de reconocer el papel activo, voluntario, dominante del

162 Salinas, 2007, p. 629.

163 Salinas, 2007, p. 632.

164 Salinas, 2007, p. 636.

165 Salinas, 2007, p. 637.

166 Salinas, 2007, p. 639.

hombre en las relaciones sexuales; mientras se atribuye el papel pasivo, recatado a la mujer. Prejuicios que califica de “estereotipos consolidados en el Perú”¹⁶⁷. Califica de contradictorio, una vez reconocida la libertad individual, “impedir la autorealización de la mujer”. Siguiendo a Pérez, admite que son sociedades libres las que “emancipan las clases, los grupos étnicos y los sexos”¹⁶⁸.

Respecto a la impunidad de la violación en el matrimonio, Salinas rechaza los argumentos a su favor tomados del derecho de familia. Admitir esta impunidad, “supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes; es decir, con el matrimonio se acaba la libertad sexual, lo cual desde todo punto de vista es errado y refutable”¹⁶⁹. Invocando el respeto de la dignidad humana, afirma que el “ser humano está por encima de cualquier compromiso matrimonial” y, por lo tanto, no se puede negar que el marido viola a su mujer cuando le impone relaciones sexuales contra su voluntad. Si se admitiese lo contrario, implicaría autorizarlo a hacerse justicia por sí mismo. Reconociendo que el matrimonio impone deberes y obligaciones a los cónyuges, juzga que predomina la libertad y “la protección recíproca que nace del matrimonio”¹⁷⁰. Con miras a consolidar su posición, afirma que la violación del marido no debe ser calificado de factor excluyente de la “culpabilidad alegando ejercicio normal de un derecho”, pues sería más bien un “abuso de derecho”. Por último, admite que pueden presentarse dificultades para probar los hechos, pero no puede negarse el delito.

Debido a que permanece atado a la concepción tradicional dominante en el dominio de la sexualidad y la familia, las reflexiones razonables de Salinas son desnaturalizadas en cuanto afirma¹⁷¹: “por constituir el matrimonio célula básica de la sociedad, el delito de violación dado entre cónyuges no debe tener el mismo tratamiento que la violación entre personas ajenas”. Para abandonar sus apreciaciones sobre la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer, recurre a dos argumentos. Primero, sostiene que “el atentado a la libertad sexual aparece, en cierta medida, atenuando pero no justificado, por el hecho de una convivencia sexual continuada”. Segundo, señala que “las intromisiones del Estado vía el derecho punitivo, puede

167 Salinas, 2007, p. 639.

168 Salinas, 2007, p. 639.

169 Salinas, 2007, pp. 671 y 673.

170 Salinas, 2007, p. 672.

171 Salinas, 2007, p. 675.

conllevar más daño y perjuicios que ventajas a la familia”. Sin embargo, cabe preguntarse respecto al primer argumento si no debería considerarse como justificante de la represión y hasta como circunstancia agravante de la violación el hecho que haya sido cometida a pesar de la “convivencia sexual continuada” de los cónyuges, los mismos que se deben respeto y protección recíprocos. El segundo criterio supone un retroceso al argumento de que debe sacrificarse a la mujer en aras del mantenimiento de la familia, por ser la “célula básica de la sociedad”. La dignidad, la libertad y la igualdad serían bienes menos importantes y por tanto posibles de ser sacrificados en beneficio de la sociedad, de la familia. Nada cambia el hecho que la violación sea ahora considerada como un delito que puede ser cometido tanto por el hombre como por la mujer; ya que la experiencia enseña que son las mujeres las víctimas de este tipo de comportamientos. La igualdad formal en la ley no debe ocultar la desigualdad con la que se aplica debido el contexto ideológico que predomina.

La coherencia global del análisis de Salinas se evidencia por la importancia dada a la familia para atenuar la represión, en la medida en que admite que se aplique el mismo criterio en cuanto al concubinato. Esta unión es la unión de facto de una pareja, a la que se le da el mismo nivel que a la familia en la Constitución. Este reconocimiento debería servir más bien para mejorar la protección de la mujer en el seno de las relaciones familiares, en las que generalmente no tiene la posición fuerte o dominante en sociedades como la nuestra.

Respecto a la manera de cómo el marido violador de su mujer debe ser reprimido, se plantea la necesidad de prever una norma específica dirigida a atenuar la sanción. Si bien rechaza esta posibilidad, sostiene de manera sibilina que el juzgador al aplicar el art. 170 en estos casos concretos, deberá aplicar la pena mínima al infractor¹⁷². Llevado este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, se puede esperar que, en la práctica, se generalice la impunidad ya sea por consideraciones generales sobre la supervivencia de la familia (sobre todo si hay hijos) o por dificultades en aportar la prueba de la comisión de la violación.

VII. CONCLUSIONES

Aunque incompleta esta revisión de las diferentes opiniones doctrinales entreabre la vía que permite percibir cómo las concepciones

172 Salinas, 2007, p. 675.

sociales, morales y jurídicas de los juristas condicionan la elaboración, interpretación y aplicación del derecho positivo. A pesar de ser conscientes de esta influencia, no se esfuerzan para consultar fuentes extra jurídicas concerniendo dichas concepciones y los mecanismos de asimilación y racionalización de sus criterios fundamentales. Estas observaciones son válidas no solo para los juristas, sino también para los estudiosos no juristas en la medida en que no se informan de manera suficiente sobre cómo los juristas presentan el derecho positivo y lo aplican cotidianamente.

Esperamos que este texto, marcado también por nuestras concepciones personales, sirva como acicate para que otros, mejor preparados que nosotros, procedan a estudiar a fono la temática abordada, la misma que está referida más a la manera como se aborda el control y la represión de la sexualidad tanto por los teóricos como por los jueces.