

§ 11 DELITOS SEXUALES

I

Evolución legislativa de los delitos sexuales*

Sumario: 1. Introducción. 2. Colonia. 3. República: Proyecto Vidaurre y Proyecto oficial de 1859. 4. Código Penal de 1863: supervivencia de la influencia española. 5. Código de 1924: la influencia suiza. 6. Código Penal de 1993 y sus modificaciones. 7. A manera de conclusión. 8. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

El estado actual de la legislación penal en materia de delitos sexuales no puede ser correctamente comprendido sin tener en cuenta sus antecedentes; pero estos tampoco pueden ser captados en toda su significación si no se consideran los resultados de las sucesivas reformas de la legislación penal. Con la finalidad de aportar aunque de manera insignificante al estudio de esta realidad, presentaremos de manera sucinta los hitos principales del desarrollo de las disposiciones penales relativas a los delitos sexuales. Como criterios ordenadores hemos optado por referirnos a la tradicional manera como se han separado los diversos períodos de la historia de nuestro país: Colonia y República; así como a los tres Códigos Penales que se han promulgado: el primero de 1867, el de 1924 y el de

* Publicado con el seudónimo de Luis TAYLOR NAVAS, en *Anuario de Derecho Penal* 1999-2000, pp. 337 y 354.

1993. El derecho anterior a la conquista española es mencionado, en razón a la naturaleza y fines de la presente contribución, con relación al derecho colonial¹.

2. Colonia

En el momento de la conquista, los numerosos pueblos indígenas tenían, de acuerdo con su nivel de evolución, diversas normas consuetudinarias. Normas que los conquistadores tuvieron que tener en cuenta ante la imposibilidad de eliminarlas para sustituirlas con su sistema legal, sustitución que consideraban sobre todo, respecto a las relacionadas con la moral, urgente e indispensable hacer. La evangelización de los paganos era una de las justificantes de la conquista y colonización. El paganismo, el canibalismo y la perversión sexual fueron los tres grandes reproches, los tres pecados capitales, que se imputaron a los indígenas y que cada uno por sí permitía negarles las garantías y libertades que les conferían los Reyes de Castilla².

La superioridad moral y cultural afirmada a priori por los conquistadores no correspondía siempre a la realidad. Si bien, aun como los mismos conquistadores, los nativos practicaban comportamientos sexuales que desde la perspectiva española debían ser considerados como pecados o delitos, también es cierto que reconocían y aplicaban principios sociales y morales que coincidían en cierta manera con los de los conquistadores.

Aunque percibidos no de la misma manera, por ejemplo, el adulterio figuraba como un comportamiento prohibido grave, lo mismo que el estupro³.

Merece señalarse, igualmente, que las relaciones entre hombres y mujeres, en las sociedades nativas eran naturalmente diferentes a las reguladas conforme a los cánones morales y sociales de los conquistadores. Entre los nativos, el apoderarse de mujeres constituía un elemento esencial para el prestigio y el poder del hombre. El intercambio de mujeres, según los especialistas, estaba regulado por un código de control sexual bastante preciso. La noción de honor sexual no figuraba entre los cánones de comportamiento de la sociedad indígena. Este factor, entre otros de igual o mayor importancia, permite explicar el tipo de relaciones

1 Consultar: VARGAS, Javier, *Historia del derecho peruano. Parte general y derecho incaico*, Lima, 1993, pp. 191 y ss.; BASADRE AYULO, *Historia del derecho*, Lima, 1994, pp. 145 y ss.

2 FRIEDERICI, Georg, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1973, p. 213.

3 FRIEDERICI, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, cit., p. 225.

que mantuvieron los españoles varones con las mujeres nativas. Para ellos, estas carecían de valor, de honor. Prefirieron vivir en amancebamiento que casarse y cuando contraían matrimonio lo hacía para, mediante la aplicación privilegiada tanto de las normas españolas como de las costumbres indígenas, adquirir derechos posesorios sobre tierras y personas⁴.

Por disposición de la Corona, se aplicó a los pueblos conquistados el derecho de Castilla, conforme a la ley de Toro. Así mismo, se estableció que se respetasen las normas consuetudinarias indígenas “en cuanto no chocaran con principios capitales de la civilización a difundir o interés básico de la monarquía a consolidar”⁵. Con relación a las Leyes de Indias, dictadas en diferentes épocas, las leyes de Castilla cumplían la función de normas supletorias para completar sus vacíos y aclarar su sentido. En el ámbito penal, el derecho castellano, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, fue aplicado de manera amplia. Este hecho explica que en las Leyes de Indias las normas penales no sean numerosas, sin llegar a constituir un código penal. El libro siete de esta recopilación, De los asuntos criminales, contenía disposiciones de carácter penal y moral. El Título octavo de este Libro, De los delitos y penas y su aplicación, preveía normas en las que se describían desordenadamente numerosos comportamientos punibles y se estatúan las penas que debían imponerse a los responsables.

El derecho español, producto de la sociedad medioeval, estuvo fuertemente marcado por las concepciones morales y sociales de la Iglesia católica. Por lo tanto, como en toda sociedad colonial, patriarcal y estratificada, los comportamientos sexuales de las personas, en especial de las mujeres, fueron estrictamente regulados. Un papel importante desempeñó la idea de honor, la misma que era determinante para, en general, establecer las diferencias entre los diversos estratos sociales mediante la atribución de privilegios de manera discriminada. En cuanto a la sexualidad, la idea medioeval de honor dio lugar a que se considerara la virginidad, el recato, la lealtad como fundamentos de la honra del hombre y de la familia. Por esta razón, la virtud sexual de las mujeres era celosamente vigilada y controlada.

Además, de acuerdo con la concepción de la Iglesia católica, las mujeres eran consideradas moral y mentalmente inferiores a los hombres, en razón a su tendencia al mal y debilidad ante las tentaciones; lo que también justificaba que se les sometiera a la tutela masculina, considerándolas así como menores

4 FRIEDERICI, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, cit., p. 226.

5 ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las leyes de indias*, 3.^a ed., México D.F., 1980, p. 10.

en relación con el padre, el marido o el sacerdote. Un ejemplo claro del trato diferenciado en el dominio penal es el del adulterio. Si el hombre era el adúltero, su comportamiento no era considerado como deshonroso para su mujer. Lo contrario sucedía si la mujer era la responsable. En este caso, el adulterio era considerado consumado aun si solo estaba unida en esponsales con un varón. Además, se consideraba que el hombre no solo tenía el derecho de matar a la mujer infiel, sino también el deber de hacerlo.

El rigor del control de la sexualidad se revela en la intervención de la Santa Inquisición⁶, reprimiendo los casos de homosexualidad, bigamia, sodomía y seducción de mujeres por los curas en los confesionarios (a quienes se les designaba con el término “solicitantes”). El peso de su intervención aumentó en la medida en que tuvo a su cargo los procesos contra quienes blasfemaban contra el “sexto mandamiento”; así como contra la virginidad y el matrimonio.

El sistema colonial⁷ estratificado, dominado por una concepción religiosa y moral que discrimina a la mujer, condicionado por los intereses individuales determinantes para avanzar en la escala social, dio lugar a una doble moral especialmente en el ámbito sexual. Doble moral que tuvo como uno de sus elementos esenciales el código de honor. Además de los casos directamente relacionados con las conductas sociales prohibidas, esta situación se manifestó igualmente a través de mecanismos como la segregación física –por ejemplo el encierro en conventos–, el sistema de la dote y el concepto de la honra.

El hecho que la independencia no comportará una ruptura con el sistema social y económico de la colonia, siguieron teniendo vigencia los criterios brevemente descritos en las nuevas repúblicas americanas. Los nuevos gobernantes, de manera parecida a como lo hicieron en su momento los Reyes de Castilla, decretaron que la legislación colonial se continuaba aplicando siempre y cuando no contradijera los principios e intereses de la República. Para bien apreciar los alcances de este hecho, hay que recordar que la “escolástica vencida en Europa, se refugió en América” y que “el Perú, merced al esfuerzo del sacerdocio católico, imperó soberanamente, con todos sus vicios y errores, casi todo el periodo colonial”⁸.

6 HAMPE, Teodoro, *Santo Oficio e historia colonial*, Lima, 1998, pp. 39 y ss.

7 Cfr. MACERA, Pablo, “Sexo y coloniaje”, en *Trabajos de historia*, vol. 3, Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1977, pp. 297 y ss.; HURTADO POZO, José, “Delitos sexuales y derechos de la mujer”, en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Lima, 2000, pp. 21 y ss.

8 BARREDA LAOS, Felipe, *Vida intelectual del Virreinato del Perú*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1964, p. 24.

3. República: Proyecto Vidaurre y Proyecto oficial de 1859

Los movimientos de emancipación estuvieron inspirados en las ideas de la Ilustración. Por esto las reformas legislativas llevadas a cabo después de las guerras de liberación estuvieron inspiradas de las ideas de igualdad y, por lo tanto, dirigidas a abrogar los privilegios coloniales de los peninsulares. Esto implicó la adopción de medidas en favor de los criollos y de las otras castas que reemplazaron a los españoles en el poder⁹. La ruptura con la Metrópoli no produjo, en la práctica, un cambio substancial de la mentalidad de los criollos, ni una revisión a fondo inmediata de las leyes más importantes. Los cambios legislativos tuvieron lugar, generalmente, en la segunda mitad del siglo XIX. En el dominio que nos ocupa, por ejemplo, el primer Código Penal republicano fue dictado en 1869. Según Basadre, esto fue debido en gran parte al hecho que “el virreinato y la república hallábanse ligados por una comunidad de idioma, de religión, de instituciones y de espíritu”.

Las concepciones sociales y morales referentes a la situación social de la mujer y a la sexualidad predominantes en la colonia siguieron influenciando de diversas maneras el sistema de control social. Esto se refleja, de modo relativamente diferente, en dos de los primeros proyectos de Código Penal. El primero, singular por su originalidad, fue obra de Lorenzo de Vidaurre¹⁰. Bajo el título de “Violencias hechas a las mujeres”, prevé diversas disposiciones en las que describe ciertos delitos sexuales.

La preocupación sobre la protección de la virginidad, como condición especial de la virtud sexual de la mujer, se refleja cuando reprime a quien “violenta a la que es virgen” (Ley 1). Como “castigo”, estatuye que el responsable “se casará con ella, siendo soltero. Si la ofendida no admite, o él se niega, le dará la cuarta parte de su haber. Si careciese de facultades, será destinado a las obras públicas por todo el tiempo que la ofendida permanezca sin casarse, y a esta se asignará el producto de su trabajo, sacando lo muy preciso para su subsistencia”. La consecuencia penal del comportamiento muestra una clara tendencia al reconocimiento del matrimonio como circunstancia que regulariza una situación ilícita, fortaleciendo su preeminencia como institución dentro de la cual deben tener lugar los actos sexuales. Si bien se toma en cuenta la voluntad de la mujer violentada, en caso de negarse a contraer matrimonio la sanción se reduce a imponer al responsable el pago de una renta equivalente a la “cuarta parte de su

9 COTLER, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978, p. 79.

10 Las citas se hacen conforme a la edición publicada por Julio Armaza Galdos.

haber”. La sanción deviene desmesurada, para quien no tiene medios económicos (“careciese de facultades”) en la medida en que se prevé el trabajo obligatorio en obras públicas y la entrega del producto del trabajo por un tiempo casi indefinido, en la medida en que esta medida durará tanto tiempo como la ofendida “permanezca sin casarse”.

La pena es atenuada en caso de que la ofendida sea viuda (Ley 5) o soltera (Ley 7) y no sean vírgenes. Se agrava la sanción, por el contrario, si se trata de mujer casada (Ley 11). En consideración de las circunstancias personales de los autores, se prevén sendas normas para el caso de los clérigos (muchos de ellos quizás “solicitantes”) y de los religiosos. En caso que el autor sea un clérigo, se estatuye que “dará las dos terceras partes de su renta o caudal si lo tiene, si careciese de rentas y caudal, será encerrado por quince años en una prisión estrecha” (Ley 3). Y de ser religioso, que “el monasterio entregará a la ofendida la décima parte de las rentas de un año” (Ley 4).

Las diferencias de castas son tomadas en consideración para describir la infracción y establecer la sanción. Así, la mujer esclava no es considerada como una persona si no como una cosa. Por esto, en la Ley N.º 12, se dice, de un lado, “el que usa una esclava suya” y de otro lado, “se presume la violencia”. No siendo persona no se practica el acto sexual con ella, pues este supone, de acuerdo con la concepción liberal del autor del proyecto, en la Ley el acuerdo de la mujer (persona libre). Se le usa como cualquier otro objeto; por lo que es de recurrir a la ficción que el propietario de la esclava la somete siempre mediante violencia. Esta disposición implica igualmente una prohibición tendiente a evitar la mezcla de las dos castas, con miras a salvaguardar la “pureza” de los esclavistas. La sanción es de orden patrimonial tanto cuando se estatuye que la esclava ofendida será liberada y se impone al responsable el pago de “quinientos pesos”. La libertad de la víctima tiene dos efectos contradictorios: disminuir el patrimonio del propietario en la medida en que pierde una esclava (así, se confirma el criterio que la esclava es una cosa) y atribuir a una esclava la condición de persona libre (lo que revela la utilización del derecho penal para restringir la esclavitud).

En el caso de domésticas no esclavas, también se utiliza la fórmula “el que usa de”; pero se considera solo a la que “sea virgen”. De esta manera, se tiene cuidado en señalar que la doméstica como la esclava están casi en la misma relación de dependencia con la persona a quien sirven. A ambas se les usa cuando son sometidas a la práctica del acto sexual. A contrario, es de deducir que el proyectista estimó, al establecer la condición de la virginidad de la doméstica, que si no tenía esta calidad podía ser usada y, por tanto, no “violentada”. Este uso es considerado así como un servicio que la doméstica no virgen está obligada

a prestar. Como sanción se prevé un monto doble al previsto con respecto a la esclava: “la dotará en mil pesos; si carece de facultades, será destinado a los trabajos públicos, hasta que con el producto de ellos complete la cantidad” (Ley 13).

Por estar colocadas junto a las normas que se refieren a los atentados contra las mujeres libres (vírgenes, solteras, viudas o casadas), hay que admitir que solo a estas se refieren las reglas especiales sobre la virginidad y la violencia. Con respecto a la primera, en la Ley N.º 6, se dispone que “no se admite al opresor la excepción de no ser la ofendida virgen, si está públicamente tenida en ese concepto”. La dificultad de la prueba de la virginidad (la misma que es supuesta) es transferida al hecho que la mujer esté “públicamente tenida en este concepto”. Ficción que, de esta manera, es solo aparentemente favorable a la ofendida. En cuanto a la violencia, se considera que no existe, “si la mujer pudo gritar, ser oída, y socorrida” (Ley 8), “si la mujer recibió presentes; salvo que si hiciesen con el objeto de matrimonio” (Ley 9) o “si hubo anterior correspondencia amorosa de palabra o por escrito” (Ley 10).

Estas últimas reglas son conformes a la sistemática adoptada por de Vidaurre; el mismo que no distingue entre violación y estupro. Solo ha considerado el hecho de quien “violenta” la ofendida y no el de quien tiene relaciones sexuales mediante engaño. Al respecto, la duda surge de manera muy limitada cuando se lee la Ley N.º 14, disposición que regula un caso especial debido a la persona del autor. Esta regla dice: “El tutor o curador que corrompe la pupila, la dotará en la mitad de sus bienes; si no tiene hijos, en la tercera parte; si los tiene, careciendo de bienes, será destinado a obras públicas, y el producto de su trabajo lo cederá en favor de la ofendida. Si el seductor es el hijo del tutor o curador, o se casará con la pupila, o le cederá la mitad de su haber”. Sin embargo, los términos “corrompe” y “seductor” muestran la imprecisión lingüística del autor del proyecto, ya que solo puede estar refiriéndose al comportamiento regulado en las disposiciones anteriores (violentar una mujer).

Siguiendo la “luminosa guía” (Exposición de motivos del Proyecto 1859, p. V) del Código español, se elaboró en 1859 el primer proyecto de Código Penal presentado al Cuerpo Legislativo. Sus autores afirmaron (Exposición de motivos del Proyecto 1859, p. IV) que “la comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones; tarea sin embargo tan delicada y difícil, que por sí sola constituye cuanto hay de más trascendental y grave en este ramo”. En el Título VII, Delitos contra la honestidad, de la Parte Especial, se prevé, junto al adulterio, la violación y el estupro. En la definición de este último (artículo 316), se consideran como elementos constitutivos el “acto carnal”, la “mujer

virgen” y la edad entre “catorce y diez y ocho años”. Así, de manera expresa, se hace nuevamente referencia a la virginidad de la víctima; lo que muestra la preocupación de proteger la honestidad o castidad concretizada en la ausencia de relaciones sexuales. Se confirma de esta manera el control sobre la sexualidad de la mujer, ya que implícitamente significa la prohibición de relaciones fuera de matrimonio. Además, se pone en evidencia que la honestidad sexual está estrechamente vinculada con el honor de la familia y con el temor al nacimiento de hijos ilegítimos. La expresión “acto carnal” se refiere, en consecuencia, tan solo al acto sexual practicado fuera de matrimonio. De manera consecuente, se prevé también la honestidad como elemento de un caso particular consistente en tener acceso carnal “con viuda honesta o virgen mayor de diez y ocho años” (artículo 317).

De acuerdo con los criterios imperantes en la época, se prevé entre los delitos sexuales el rapto de doncella. Comportamiento que es descrito diciendo que “el rapto de una doncella, menor de veintiún años con el objeto de casarse, ejecutado con violencia de los padres, guardadores o protectores será castigado con la pena de cárcel en tercer grado” (artículo 318). La pena es agravada, en el segundo párrafo de esta disposición, si la finalidad del rapto es “corromper a la mujer”. Es atenuada, por el contrario, cuando se ejecuta “sin violencia de la familia”. La ofendida no es considerada en su propia condición de persona autónoma, sino como miembro de la familia; la misma que sufre una pérdida a consecuencia del rapto. En caso de desaparición de la raptada debido a que el raptor “no entregue la persona robada o no diere razón satisfactoria del lugar donde se halla” (art 320), el autor será castigado como homicida.

Este carácter patriarcal que distingue a estas disposiciones no es desmentido por la manera aparentemente neutra como se define la violación. De manera deficiente, en el artículo 315, la forma tradicional de la violación es mencionada junto a otros casos que, según la terminología acostumbrada, deben ser calificados de violación presunta. Así, en el inciso primero del mismo artículo, la violencia es definida, primero, como “el acto carnal con mujer [...] a quien se violenta “. Violentar significa, precisamente, vencer la resistencia de alguien recurriendo a medios violentos. Luego se consideran como violación, igualmente: “el acto carnal con mujer menor de catorce años, aunque sea con su consentimiento” (inciso 2); “el acto carnal con mujer que se halla privada del uso de sus sentidos [...]” (inciso 1) y “con mujer casada de quien se abusa haciéndole creer el delincuente que es su marido” (inciso 3). Por último, se equipara así mismo a la violación el caso de estupro cometido con mujer mayor de dieciocho años. Este caso es descrito como “el acto carnal con mujer honesta a quien se engaña bajo fingidas promesas de matrimonio” (inciso 4).

De una manera más detallada que en el Proyecto de Vidaurre, se estatuye la agravación de la pena en base a la relación especial que une al agente con la víctima. El artículo 323 dispone: “Los ascendientes, los guardadores, maestros y cualesquiera personas que, abusando de la autoridad o cargo que ejerzan, cooperaren como cómplices a la perpetración de alguno de los delitos expresados en este título, serán castigados con la pena correspondiente a los autores y con inhabilitación en quinto grado para ejercer el cargo o autoridad de que abusaron”.

El objetivo de proteger la castidad de la mujer es mencionado expresamente cuando, en el artículo 324, se establece que “las otras personas que habitualmente o por lucro facilitaren la ejecución de los delitos contra la castidad, serán castigados como cómplices”.

Las consecuencias que resultan del hecho cometido en detrimento de la víctima y del nuevo ser procreado mediante del acto carnal impuesto a la mujer son tomadas también en cuenta. A toda condena por violación, estupro o rapto, se le agrega la obligación del condenado a dotar a la ofendida y a mantener la prole (artículo 321). Mediante la dote se busca reparar la condición de la mujer violentada con miras a que pueda contraer matrimonio y a compensar el daño moral sufrido.

La importancia del matrimonio como factor restaurador del orden social perturbado (basado en la disciplina de evitar las relaciones sexuales extraconyugales), se manifiesta en que el agente no es castigado si se casa con la ofendida (artículo 322). En esta regla, no se hace alusión a que la mujer debe estar de acuerdo con casarse, como lo hacía el proyecto Vidaurre y lo harán los Códigos de 1863 y de 1924.

4. Código Penal de 1863: supervivencia de la influencia española

El Código Penal de 1863¹¹ constituyó una versión mejorada del Proyecto de 1859 y revisada conforme al Proyecto de la Constitución de 1860. Fuera de los cambios relativamente importantes en la sistemática y en la terminología, las disposiciones del Título II (De la violación, estupro, rapto y otros delitos) de la Parte Especial reflejan las mismas concepciones referentes a la familia, la mujer y la sexualidad. Sigue protegiéndose la virginidad y la honestidad de la mujer.

Para definir la violación, se recurre de manera expresa a la naturaleza del medio empleado por el delincuente para vencer la resistencia de la mujer. En el

11 Vid. HURTADO POZO, José, *La ley importada*, Lima, 1979, pp. 42 y ss.

artículo 269, se dice “que viole a una mujer empleando fuerza o violencia”. El término fuerza se refiere a la amenaza por oposición a la fuerza física designada como violencia. Además, se equipara a estos medios el hecho que el responsable actúe privando a la mujer “del uso de los sentidos con narcóticos u otros medios”. En el párrafo segundo de esta disposición, se regulan como violación dos casos que se distinguen tanto por la condición personal de la víctima como por la manera de proceder del agente. Se trata de la violación de “una virgen impúber, aunque sea con su consentimiento” y de “una mujer casada haciéndole creer que es su marido”. Difícilmente se comprende el criterio considerado para tratar de la misma manera ambas situaciones, salvo que se tenga en cuenta la importancia que se atribuye a la virginidad y a la protección de la familia representada por la condición de casada de la víctima. Si el carácter impúber de la virgen justifica que se admita que es violentada por suponersele incapaz para consentir; no sucede lo mismo con la astucia del agente, que consiste en hacer creer a la mujer casada “que es su marido”.

Con el mismo cuidado se hace referencia al medio empleado para la comisión del delito. En la definición del estupro, se indica que el agente “estupre” a la ofendida “empleando solo la seducción” (artículo 270). La víctima solo puede ser “una virgen mayor de doce años y menor de veintiuno”. La virginidad es nuevamente mencionada como muestra de la honestidad y castidad de la mujer.

La honestidad sexual es puesta en evidencia como factor determinante para la protección de la mujer, cuando se regula el rapto en el artículo 273. En esta disposición, se enumeran las posibles víctimas aludiendo a la “mujer casada, doncella o viuda honesta”. Lo que muestra que el matrimonio es el contexto en que las relaciones sexuales son moralmente permitidas, razón por la que su supone que la mujer casada es honesta. La misma suposición vale para la doncella, es decir la virgen (sin experiencia sexual). Pero no así respecto a la viuda respecto a la cual se menciona expresamente que debe ser honesta; dicho de otra manera que haya mantenido relaciones sexuales después de desecho el matrimonio por muerte de su marido. De manera amplia, se prevé en el párrafo segundo de esta norma, que la pena será atenuada cuando el rapto es cometido en agravio de “otra clase de mujer”, lo que lleva a pensar que se considera, de un lado, las solteras y las divorciadas (honestas o deshonestas) y, de otro lado, las viudas deshonestas. Esto estaría mostrando la particular manera de valorar estas situaciones personales.

Además de las otras reglas mencionadas al presentar el Proyecto de 1859, en el Código Penal se incluyen otras entre las cuales merece destacarse las que establecen la acción penal por querrela en relación con todos los delitos de este Título y las que regulan delitos no previstos en el Proyecto. En cuanto al ejer-

cicio de la acción penal, por ejemplo, se dispone en el artículo 278 que “no se procederá a formar causa por los delitos a que se refiere este título, sino por acusación o instancia de la interesada, o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito, debiendo el consejo de familia nombrar a la agraviada, en caso necesario, el correspondiente defensor”. Disposición que es completada indicándose que “si el delito se cometiere contra una impúber que no tenga padres ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo, y procederse de oficio”.

Entre las nuevas conductas delictivas, se prevé la sodomía. De acuerdo con el artículo 272, el responsable será reprimido con las mismas penas que se imponen a los autores de los delitos previstos en los artículos anteriores (referentes a la violación y al estupro). Abandonando la referencia al hecho de corromper una mujer, se reprime a quien “habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución de las personas menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, sufrirá pena de cárcel en cuarto grado” (artículo 279).

Por último, señalemos que se regula de manera más completa, en la medida en que se considera el consentimiento de la mujer concernida, la excepción de pena por matrimonio subsecuente al delito. En el artículo 277, se estatuye que “en los casos de estupro, violación o rapto de una mujer soltera, quedará excepto de pena el delincuente, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida a poder de su padre o guardador, o a otro lugar seguro”.

5. Código de 1924: la influencia suiza

El modelo hispano fue abandonado al reformarse el Código de 1924¹². Los proyectos fueron elaborados siguiendo los proyectos de Código Penal redactados para la unificación del derecho penal suizo. Esto significó un cambio substancial en la legislación penal peruana. Esta mutación se debió al hecho de que la Comisión redactora del nuevo Código estuvo conformada por juristas parlamentarios y no por jueces como había sido con las anteriores comisiones. De manera conservadora, estas últimas se limitaron a realizar algunos retoques, de acuerdo sobre todo a los sucesivos intentos de reforma españoles.

En materia de delitos sexuales, en el nuevo Código, se previó un Título dedicado a los Delitos contra las buenas costumbres y a la libertad sexual. Su

12 Vid. HURTADO POZO, *La ley importada*, cit., pp. 58 y ss.

contenido, casi reproducción fiel de las disposiciones suizas, refleja las concepciones imperantes en una sociedad fuertemente marcada por la tendencia a buscar soluciones pragmáticas mediante la adopción de soluciones intermedias. De modo que si en esa parte del Código se nota una cierta modernización, también se percibe un aspecto conservador en la medida en que se mantienen ciertos criterios moralistas. Por ejemplo, los utilizados para determinar qué comportamientos deben ser reprimidos (en particular, en la represión de los atentados “contra el pudor de menores”) y que están constituidos por los criterios o prejuicios medios imperantes en la sociedad.

Así, en el Código de 1924, se distingue, en primer lugar, entre violación y seducción. La nota distintiva básica está dada por el medio utilizado por el delincuente. Según el artículo 196, la violación se produce mediante “violencia o amenaza grave”; mientras que en el artículo 201, el autor debe “seducir” a la víctima. En cuanto al estado personal de esta última, si bien toda mujer puede ser violada, solo puede ser seducida una “joven de conducta irreprochable, de más de dieciséis y menos de veintiún años”. La honestidad o virginidad de la víctima no son más tomadas en cuenta, aunque en la práctica judicial en repetidas ocasiones la “conducta irreprochable” fue comprendida como la falta de experiencia sexual, es decir de no haber mantenido relaciones de este tipo.

La violación fue precisada tomando en consideración ciertas circunstancias especiales. Los casos previstos fueron designados como casos de violación presunta debido a que, por falta de capacidad de la víctima, se presuponía que había sido violentada. Por ejemplo, los casos agravados de poner a la víctima, con el fin de hacerle sufrir el acto sexual, “en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir” (artículo 197) o de hacerlo, “conociendo el estado de la víctima”, con una “mujer idiota, inconsciente o incapaz de resistencia” (artículo 198). En todos los casos de violación, el hecho debe producirse “fuera de matrimonio”; dicho de otra manera, se considera que el derecho penal no debe intervenir en la esfera privada de marido y mujer. Por más que esta se oponga y que, mediante violencia, el marido la obligue a practicar el acto sexual, este no puede ser considerado como autor de violación. Sin embargo, no se sigue diferenciando entre doncella, soltera y viuda, como se hizo en el Código de 1863.

Un caso singular de violación, ya previsto en el Código de 1924, es caracterizado mediante el hecho de que el autor explote una relación de jerarquía o dependencia que lo une con la víctima. Según el artículo 202, el agente debe aprovechar que la víctima está bajo su autoridad o vigilancia, o que se encuentra internada en un establecimiento especial.

Con relación a la edad de la víctima, el Código de 1924 amplía la protección de los menores de uno y otro sexo. Con este objeto, reprime, por un lado, el acto de “hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años”. La finalidad perseguida era la de garantizar penalmente la integridad sexual de los menores y el desarrollo normal de su personalidad. Por otro lado, amplía la represión a los comportamientos vinculados con la sexualidad pero que no consisten en el acto sexual propiamente dicho, ni el acto análogo (acto contra natura o sodomía). En el artículo 200, se prevé la represión de quien comete “un acto contrario al pudor en la persona de un menor de dieciséis años”. En ambos casos, la pena era agravada, si la “víctima es un discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo, o hijo de su cónyuge, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado” (artículo 199, pf. 2 y artículo 200 pf. 2).

Una agravante general a todos los delitos sexuales es estatuida en el artículo 203. Se trata, primero, de la denominada preterintención. La pena es agravada, si a consecuencia del delito, culposamente, se lesiona gravemente a la víctima o se le causa la muerte (“y el delincuente pudo prever este resultado [muerte o lesiones]”). Segundo, de la práctica de actos de tortura; es decir innecesarios a la realización del delito sexual y con el fin de hacer sufrir a la víctima.

La obligación de dar una dote a la víctima, si es soltera o viuda, es regulada, en el artículo 204, de la misma manera como en el Código de 1863. Lo mismo sucede, en el párrafo segundo de esta disposición, respecto a la excepción del subsecuente matrimonio entre el agente y la víctima, restituida a una situación que le permita consentir con libertad.

La represión del responsable sigue siendo dependiente de la querrela o denuncia de la agraviada o de la persona que la tenía a su cuidado al momento de producirse el delito. Debido a la previsión de los casos agravados por la preterintención, se dispone que la acción será de oficio cuando se haya producido el resultado de muerte o lesiones graves, previsto pero no querido (artículo 205). Un segundo caso de ejercicio de la acción pública es previsto para los casos de menores de dieciséis años que no tengan padres ni guardador o cuando el autor sea un ascendiente, guardador u otra persona encargada de su cuidado (artículo 205, pf. 3).

La severidad de la represión de los delincuentes sexuales fue aumentada mediante sendas modificaciones de algunas disposiciones del Código de 1924. La Ley N.º 17388 de 1969, de manera no sistemática, previó un delito denominado de asalto (a mano armada, con concierto o banda) “con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura, aun cuando los agraviados sean mayores de

edad”. En caso de muerte de la víctima, la pena era la de muerte. En 1971, por Ley N.º 18968, esta pena fue reemplazada por la de internamiento.

Tres años más tarde, mediante la Ley N.º 20583, se estableció nuevamente la pena capital para los responsables de violación (acto sexual o acto análogo) de menores de siete o menos años de edad. Se agravó la pena para quien practica un acto contra natura en la persona de un menor de catorce años y, finalmente, se estatuyó la pena de penitenciaría no menor de diez años si la víctima era mayor de siete años y menor de catorce.

6. Código Penal de 1993 y sus modificaciones

Las disposiciones del Código de 1993, relativas a los delitos sexuales, no son fundamentalmente diferentes a las respectivas del Código de 1924. El esquema del título en las que han sido reunidas y las clases de delitos tomadas en cuenta son los mismos. Se consideran la violación y la seducción, así como el acto contrario al pudor. Las circunstancias agravantes son casi las mismas, comprendiendo el caso de la preterintención.

En cuanto a la severidad de las penas, la adopción del nuevo Código significó un retorno a criterios menos draconianos que los incorporados mediante las modificaciones aportadas al Código de 1924, sobre todo en relación con los atentados contra los menores y a los casos agravados como el hecho de actuar a mano armada.

El abandono de los criterios morales subsistentes en la legislación derogada se evidencia, en primer lugar, en la substitución del título que hacía referencia a las “buenas costumbres” por uno que se limita a referirse únicamente a “la libertad sexual”. En segundo lugar, tanto en la mención del acto análogo junto al acto sexual y en la descripción de todos los casos de violación, como en la supresión del requisito de la “conducta irreprochable” en el tipo legal del delito de seducción (artículo 175). Si bien con respecto a este último delito, se considera que su realización consiste en la práctica del acto sexual, el medio utilizado debe ser el “engaño”. Esta circunstancia es lo único que permite seguir calificando el comportamiento incriminado de seducción, ya que la víctima es designada con la expresión “persona de catorce años y menos de dieciocho”. Esto permite pensar que puede serlo tanto una persona de sexo femenino como masculino. Solo una interpretación restrictiva de la expresión “practicar el acto sexual”, en el sentido de identificar el sujeto activo del delito con el sujeto activo del acto biológico, tradicionalmente atribuido al hombre, permitiría seguir hablando de seducción en razón de la manera astuta de actuar del delincuente. En realidad,

una mujer también puede, mediante falsas promesas, convencer a un varón (no menor de catorce ni mayor de dieciocho años) para que tengan relaciones sexuales consistentes en el acto sexual propiamente dicho.

La interpretación de la definición contenida en el artículo 175 en el sentido que no se trata más de la seducción, es reforzada por la modificación de esta disposición, mediante la Ley N.º 26357 del 23 de setiembre de 1994. Junto al acto sexual, se menciona ahora el acto análogo y se sigue considerando como víctima a toda persona sin distinción de sexo. La finalidad perseguida es la de proteger a los varones. El fenómeno social de la delincuencia sexual ha provocado siempre un intenso rechazo de parte de las personas, quienes han exigido, por considerar sobre todo grave las agresiones contra los menores, una severa represión de los autores. Esta actitud justificada de parte de la población ha sido aprovechada e incitada por ciertos medios de comunicación. Mediante una técnica caracterizada por favorecer el escándalo y la desmesura, las personas han sido alarmadas e incitadas a la vindicta. Con fines políticos, sobre todo, se han propuesto una serie de reformas legislativas en el ámbito de los delitos sexuales en general. Esta actitud es solo un aspecto de la política difundida de recurrir a medidas legislativas de carácter penal con el fin de demostrar que se reacciona contra la delincuencia. Desde 1995, se han presentado en el Parlamento, en ejercicio del derecho a la iniciativa, 250 proyectos de ley tendientes a modificar el Código Penal. Muchos de estos proyectos se refieren al derecho penal sexual.

La nota distintiva de todos estos proyectos es la tendencia a aumentar la severidad de las penas previstas en el Código Penal para reprimir a los responsables de delitos sexuales. En este sentido, se ha propuesto por ejemplo que quienes violen a menores de edad sean reprimidos, de acuerdo con la edad de la víctima, con la pena de cadena perpetua, penas privativas de libertad no menores de veinte o veinticinco años y no mayores de 30 años (por ejemplo proyectos números 603, 2554, 3678, 4525, 4640, 5161, 5540) y, hasta con la pena de muerte (proyecto número 1735). Para agravar la pena se recurren a diversas circunstancias que a veces se distinguen por una especial particularidad (por ejemplo, en el proyecto número 4525, se prevé la agravación en caso que la violación sea cometida por quienes estén prestando servicio público de pasajeros en vehículos de transporte). La agravación de la represión se revela igualmente cuando se propone por diversas razones que la acción penal sea pública para reprimir a los autores de delitos sexuales (salvo en el caso del artículo 175 C.P.) (proyecto número 4185). Con este objeto, se ha denunciado la frecuente impunidad de los responsables, la falta de protección de las víctimas mujeres y menores por no apreciarse debidamente la gravedad de los atentados contra su sexualidad, el hecho de que se consideren estos atentados como formando parte de la esfera

íntima de las víctimas, todo lo que supone que el Estado no cumple su función de garantizar y promover la libertad e integridad sexuales de las personas.

Por otro lado, cuando se postula, por un lado, garantizar el cumplimiento pleno de la pena impuesta al responsable; es decir, se le excluye de todas las medidas reguladas en el Código con la finalidad de evitar los efectos nocivos de la privación de libertad (suspensión de fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, beneficios penitenciarios) (proyecto número 3653).

Con respecto a este último tipo de propuesta, es de señalar que por Ley N.º 26770 se abrogó la circunstancia de eximente de pena del matrimonio subsiguiente entre el delincuente y su víctima; eximente que favorecía también a los participantes en la comisión del delito. Esta reforma dio lugar a un amplio debate y diversas propuestas (Proyectos de Ley N.º 1934, 2023, 2184, 2280) para substituir el proyecto original (Proyecto de Ley N.º 1147), aprobado con ciertas modificaciones¹³. Entre los argumentos en favor de esta medida se ha invocado la naturaleza y función de la familia base del sistema social, el matrimonio como fundamento de su legitimidad y el consentimiento de la mujer como elemento esencial del matrimonio.

En cuanto a la descripción misma de los delitos sexuales y, en especial, del delito de violación, las propuestas han estado dirigidas a renovar la definición legal tradicionalmente prevista en los Códigos Penales. Así, se ha propuesto que se introduzca la noción amplia de “agresión sexual”. Según el Proyecto de Ley N.º *, originalmente redactado por CLADEM-PERU, debe comprenderse “toda conducta que vulnere el derecho de una persona al libre ejercicio de su sexualidad”. Así mismo, se propone que si “la agresión consiste en la penetración vaginal, anal u oral, la introducción de objetos u otros medios, la pena será no menor de cinco años ni mayor de diez años”. En este proyecto se reflejan de manera más nítida las ideas propugnadas, de manera justificada, por los movimientos feministas para atenuar sensiblemente la actual orientación discriminante en detrimento de las mujeres del derecho penal; sin embargo, algunas de las propuestas implican un riesgo de recurrir excesivamente a medidas represivas superadas.

Sin proponer un cambio tan claro, se ha propuesto definir mejor las expresiones ya utilizadas en el Código Penal. Así, en el Proyecto N.º 1702, se establece la norma interpretativa siguiente: “entiéndase comprendido dentro de

13 MERINO LUCERO, Beatriz, (autora del proyecto original), *Matrimonio y violación. El debate del artículo 178 del Código Penal peruano*, Lima, 1997.

acto análogo no solo el acto sexual contra natura efectuado por un varón, sino al realizado por cualquier persona y con cualquier otro medio cuya finalidad sea la misma”. Esta propuesta es justificada afirmándose que los jueces interpretan restrictivamente la noción de acto análogo, “dejando desprotegidos a quienes son víctimas de conductas que tienen la misma finalidad delictiva, pero que son calificadas de “lesiones y sancionadas con una pena menor, o simplemente quedan impunes por ser cometidas por una mujer, dándose un trato desigual ante la ley a quienes cometen el mismo delito pero por otros medios”.

Debido a que el proceso penal, cuando tiene lugar, comporta una carga excesiva para las víctimas tanto porque vuelven a enfrentarse a sus agresores, como porque son sometidas a tratamientos vejatorios (interrogatorios abusivos, exámenes médicos dudosos, cuestionamiento de su sinceridad, etc.), se ha reclamado se modifiquen las normas procesales para garantizar mejor los derechos personales de las víctimas y evitar los perjuicios psíquicos que pueden producirse. Habiéndose llegado a proponer que ciertos actos procesales, como la confrontación o la presencia de la víctima, solo tengan lugar a pedido de esta o con su consentimiento previo (Proyecto de Ley N.º).

7. A manera de conclusión

La presentación de la evolución legislativa de los delitos sexuales que acabamos de hacer solo constituye un resumen incompleto y, por lo tanto, permite apreciar de manera imperfecta las concepciones morales, políticas y penales referentes a la criminalidad sexual y al tratamiento desigual de los sexos. Para alcanzar a comprender de modo cabal las razones que impulsan a los responsables del sistema de control penal a tratar de esa manera los comportamientos calificados de delitos sexuales es indispensable tener en cuenta el contexto social en el que se elaboran y aprueban las disposiciones legales. Estudios de esta naturaleza no se han efectuado debidamente en nuestro medio, lo que hace más ardua la tarea de concebir y poner en práctica una política penal adecuada, eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales de las personas y, en especial, de las mujeres y los menores.

8. Bibliografía sucinta

ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las leyes de Indias*, 3.^a ed., México D. F., 1980.

ARMAZA GALDÓS, Julio/ZAVALA TOYA, *La decisión judicial*, Lima, 1999.

BARREDA LAOS, Felipe, *Vida intelectual del Virreinato del Perú*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1964.

- BASADRE AYULO, *Historia del Derecho*, Lima, 1994.
- COTLER, Julio, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978.
- FRIEDERICI, Georg, *El carácter del descubrimiento y de la conquista de América*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1973.
- HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro, *Santo Oficio e historia colonial*, Lima, 1998.
- HURTADO POZO, José, *La ley importada*, Lima, 1979.
- HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte especial*, t. 1, Lima 1993, t. 2, Lima 1994.
- MACERA, Pablo, “Sexo y coloniaje”, en *Trabajos de historia*, vol. 3, Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1977.
- HURTADO POZO, José, “Delitos sexuales y derechos de la mujer”, en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Lima, 2000.
- MERINO LUCERO, Beatriz, (autora del proyecto original), *Matrimonio y violación. El debate del artículo 178 del Código Penal peruano*, Lima, 1997.
- TAYLOR NAVAS, Luis, “La evolución de los delitos sexuales en el Perú”, en *Anuario de Derecho Penal 1999-2000*. Versión en línea: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_15.pdf.
- VARGAS, Javier, *Historia del Derecho peruano. Parte general y Derecho Incaico*, Lima, 1993.

II

Breves anotaciones sobre la doctrina penal peruana referente a las infracciones sexuales*

Sumario: 1. Introducción. 2. Código Penal de 1863: Silva, Rada. 3. Código de 1924: Calle, Torres Malpica, Bramont Arias, Peña Cabrera. 4. Proyecto de 1984: Prado Saldarriaga. 5. Código de 1991: Bramont-Arias Torres, Salinas Siccha. 6. Colofón. 7. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

Para comprender cómo son concebidas y aplicadas las regulaciones legislativas, resulta indispensable indagar sobre las concepciones morales, políticas, económicas y jurídicas de quienes las elaboran y las aplican. Esto resulta, en particular, interesante en ámbitos como los de la elaboración de los tipos legales referentes a los delitos sexuales, de la represión de los responsables y de la protección de las víctimas.

La lectura de las exposiciones de motivos redactadas por los autores de los proyectos legislativos y de los considerandos, tanto de hecho como de derecho, de las sentencias resultan fuentes inagotables para determinar las mentalidades de sus autores. Lo mismo se puede decir, de los trabajos teóricos de los juristas dedicados a interpretar las leyes. En relación con todos ellos (legisladores, jueces y teóricos) no cabe la excusa de que han escrito poco, son parcos al redactar los fundamentos de las decisiones o de las modificaciones legislativas, pues muchas

* Publicado con el seudónimo de José DE PUIT, en *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, pp. 246 y ss.

veces sus silencios o afirmaciones apriorísticas constituyen elementos de gran valor para apreciar sus concepciones.

En esta breve exposición, nos limitaremos a presentar las opiniones de un número limitado de autores con la finalidad de describir la evolución de las ideas referentes a los delitos sexuales.

2. Código Penal de 1863: Silva, Rada

En lenguaje propio de la época y reflejo de las concepciones morales de entonces, la honestidad es explicada indirectamente. Con este objeto, Silva se refiere al pudor considerándolo “uno de los derechos más sagrados del hombre, una de sus joyas más preciadas”. En su opinión, “es un elemento constitutivo de la dignidad, el emblema de la moral y la dote que realza más el corazón de la mujer”. Por lo tanto, “una amarga blasfemia pronuncian, pues los que se atreven a sostener que no hay verdaderos delitos contra la honestidad”¹.

Habiendo afirmado la igualdad de las personas, Silva afirma que el adulterio es igualmente reprochable en caso de la mujer o del marido, en la medida en que lo define diciendo que, en “realidad, lo constituye cualquier acto de infidelidad de los cónyuges, porque ambos tienen el mismo derecho a su jurada fe”. Así, señala como base de la incriminación a la infidelidad. Para justificar la represión discriminatoria de la mujer en relación con el marido, Silva recurre ampliamente a diversos criterios. Así, afirma: “pero, 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 lo 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 en la mujer, mientras que respecto al marido exige continencia pública o barraganía”². La manera peyorativa como se refiere a los “materialistas” pone de manifiesto que el autor se inclina en favor de justificar la represión del adulterio por la deshonra causada al marido. Por esto concluye reconociendo que “se comprende que nadie sino el cónyuge ofendido podrá tener derecho de acusar, como único juez de su honra y de su afecto”.

1 SILVA SANTISTEBAN, José, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del Autor, Lima, 1863, p. 84.

2 SILVA SANTISTEBAN, *Curso de Derecho penal*, cit., p. 84.

En cuanto a la violación, Silva³ hace hincapié sobre todo en que “es [...] un ultraje hecho con violencia; y así puede recaer sobre una virgen, como sobre otra mujer cualquiera”. Destaca así y sin mayores explicaciones que el factor esencial es “el abuso por la fuerza, contra la voluntad de la ultrajada”. La referencia a la condición de virgen de la agraviada está condicionada por la manera como el legislador ha descrito los delitos. Así, el estupro es descrito como el acceso con una persona virgen, con o sin violencia. Según el caso, varía la naturaleza y severidad de las penas. La virginidad está plenamente identificada con el pudor, base de la honestidad.

Por esto no extraña, dentro del contexto en el que escribe, que el autor acepte sin comentarios la protección de la virginidad mediante el derecho penal. Su concepción sobre la moral y las relaciones de esta con el derecho penal se manifiesta claramente cuando de modo genérico indica 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”. Lo mismo sucede cuando refiriéndose muy naturalmente a la pederastia (“comercio carnal con persona del mismo sexo”), lo califica de “vicio torpe y vil” y señala que se reprime con las mismas penas del estupro⁴.

La imagen social de la mujer fue también fuertemente influenciada por las ideas positivistas italianas, aunque la recepción de estas no fue realizada de manera seria y consecuente. Pedro José Rada, en 1894, manifestaba: “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 en 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 primera⁵”. Luego de plantear el tema de los substitutos penales (como por ejemplo, permitir en el orden familiar el divorcio, el matrimonio libre, para evitar los crímenes de esta clase), se refiere a la mujer delincuente diciendo: “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 flores⁶”. Con este tipo de comentarios es ló-

3 SILVA SANTISTEBAN, *Curso de Derecho penal*, cit., p. 85.

4 *Ibídem*, p. 123

5 GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984, p. 122.

6 GARCÍA RADA, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 124 4.

gico que no se abandonan los tradicionales criterios referentes a la moralidad y honestidad de la mujer; por el contrario, se refuerzan las ideas de la mujer como madre, ama de casa, benefactora, esposa leal y recatada.

3. Código de 1924: Calle, Torres Malpica, Bramont Arias, Peña Cabrera

En sus anotaciones al Código Penal de 1924, Juan José Calle⁷ no abandona los criterios de interpretación forjados durante la aplicación del Código de 1862. Así con respecto al delito de seducción, no considera mejor que referirse a los comentarios que hace Moreno con relación a la reforma de la legislación argentina. Mediante esta reforma se suprimió la exigencia de la virginidad. Con este objeto se tuvo en cuenta 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 esta puede haberse roto o desaparecido por causas ajenas a contactos carnales”. Según el mencionado autor, invocado por Calle, “además, la ley no trata de proteger el hecho de la virginidad, en sí misma, sino la honestidad”. Para fijar este concepto, primero, afirma 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”. En su opinión “mujer honesta es, en ese sentido, la que no ha tenido contacto carnal con un hombre, voluntariamente”. Así, el derecho penal es reconocido como 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 concepción se revela, igualmente, cuando Moreno sostiene 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’”. Respecto a todas estas consideraciones, Calle manifiesta, que le “parecen perfectamente aplicables a la joven de conducta irreprochable”⁸.

Los estudios sobre la legislación penal se intensificarán y adquirirán un mejor nivel con el avanzar de la aplicación del Código Penal de 1924 y gracias a la difusión de las ideas penales europeas por parte de los juristas españoles que se refugian en América a la caída de la República.

En breves notas a las disposiciones del mencionado Código, Torres Malpica⁹ se limita a dar algunas indicaciones sobre los problemas técnicos de aplica-

7 CALLE, Juan José, *Código Penal del Perú*, Lima, 1924, p. 162.

8 CALLE, *Código Penal del Perú*, cit., p. 162.

9 TORRES MALPICA, Carlos, *Código Penal*, Lima, 1965, p. 121.

ción. Así, afirma que el acto sexual a que se refiere el artículo 196 (violación) debe circunscribirse al 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”. En cuanto a la violencia afirma que debe ser tal “que anule la resistencia de la mujer; debe ser seria y constante [...]. No aquella resistencia aparente por razón de pudor con un contenido de deseo”¹⁰. Respecto a la violación de menores de 16 años, se plantea la pregunta “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?”. La respuesta, en su opinión, “debe ser afirmativa”. Para justificar su afirmación, sostiene que “lo que prima en las relaciones sexuales es la iniciativa. De quien parte? No ha de ser del menor y aun 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”¹¹.

Destaca así mismo que la prueba del delito, por la naturaleza íntima de las relaciones carnales, no siempre es fácil. Frente a la negativa del imputado, señala que la Corte Suprema dice que no es suficiente la preventiva de la víctima, como prueba de cargo, excepto si la preventiva es corroborada por otros elementos de convicción, especialmente si hay desfloración de data reciente. De esta manera, se percibe si bien en el discurso teórico la referencia a la virginidad ha perdido importancia, no sucede lo mismo en la práctica judicial. En esta, la virginidad vuelve subrepticamente respecto a la comprobación de si el delito ha sido cometido. El retorno a los viejos criterios se produce igualmente cuando se interpreta la disposición referente a la seducción. Según Torres Malpica, “la irreprochabilidad de la conducta, que la ley pone como condición, debe referirse a la vida íntima de la agraviada, anterior al delito. El comportamiento social de la joven propias de la moda o de las costumbres de nuestra época, que raya en el libertinaje, debe apreciarse debidamente para considerarlo incompatible con la honestidad”¹².

Bramont Arias¹³ considera 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

10 TORRES MALPICA, *Código Penal*, cit., p. 121.

11 *Ibíd.*, p. 123.

12 TORRES MALPICA, *Código Penal*, cit., p. 124.

13 BRAMONT ARIAS, LUIS A., *Código Penal anotado*, Lima, 1966, p. 11.

el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se atiende a la reserva sexual de las personas, esto es, a la inviolabilidad sexual de los individuos contra la manifestación ilícita de prácticas viciosas”. El aspecto moralizador de esta afirmación reside tanto en la manera como se hace referencia a las buenas costumbres y al calificativo de viciosas que se da a las prácticas ilícitas. Esta orientación se confirma con la cita que Bramont hace de la opinión de Roy Freyre¹⁴. Este autor define al honor sexual, “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 respetar; y, de otro lado, decimos que es la opinión que los demás tienen de nuestras buenas cualidades morales para hacer una vida heterosexual irreprochable”. Para precisar su idea, Bramont, con relación al delito de violación, señala¹⁵ también 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”.

De manera más concreta y tomando debidamente en cuenta el factor libertad e igualdad de las personas, Bramont subraya¹⁶ 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”. Sin embargo, refiriéndose a los romanos, admite que en caso de las prostitutas “podrá reducirse la pena, cuando la víctima sea mujer de multitud, pero la ley no puede dejar de protegerla”.

Respecto a la violación de la mujer por su marido, afirma que no se trata de “violación, sino 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 (artículo 210)”¹⁷.

En su opinión¹⁸, “el hombre tiene el derecho de exigir el acto sexual y el deber de cumplirlo. El matrimonio confiere el derecho de exigir la presta-

14 BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado*, cit., p. 12.

15 BRAMONT ARIAS, loc. cit.

16 BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado*, cit., p. 13.

17 *Ibídem*, p. 14.

18 *Ibídem*, p. 16.

ción sexual, tanto para la satisfacción del instinto como para la conservación de la especie”. Para explicar su posición, recurre al denominado *debitum conjugale*; que en su opinión “es una prestación ineludible consiguiente a la fidelidad obligatoria (artículo 159 del C.C.)”. Sin embargo, considera que es necesario “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”. Concluye sosteniendo¹⁹ que “la norma civil tutela el cumplimiento 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”. Por tanto, “si el marido tuviera alguna enfermedad contagiosa: si buscara el acceso por vías carnales anormales; si a la mujer le aquejara enfermedad inconciliable con el acto sexual, los actos de imponer el concubito no constituirían el delito de violación, pero sí el de coacción, legislado en el artículo 222”.

Conforme a la doctrina entonces imperante, considera que “la violencia consiste en el empleo de la fuerza física sobre la mujer suficiente y continuada, capaz de vencer su resistencia seria”²⁰. Es interesante destacar que 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”. Esta noción es completada haciendo referencia a la resistencia de la mujer. Para Bramont, 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”. Citando a Cervantes, deja comprender que esta resistencia debe ser importante (Quijote, parte II, cap. XLV: Sancho dijo “si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa lo mostrarais, y aún la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, la fuerza de Hércules no os hicieran fuerza”)²¹. Para confirmar esta concepción, citando a Maggiore. Bramont dice²² 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”.

19 BRAMONT ARIAS, loc. cit.

20 BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado*, cit., p. 14.

21 BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado*, cit., p. 15.

22 BRAMONT ARIAS, loc. cit.

De la misma manera estricta, Bramont²³ define la amenaza; la misma que debe ser seria y continuada; seria en el sentido de la posibilidad cierta de las realización del daño por parte de la persona de quien emana la amenaza, y 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. En resumen, sostiene que “conforme a la común doctrina, aquella que es capaz de rechazar o hacer negatoria la fuerza física o moral por la cual se trata de vencer a la mujer”.

Con relación a la seducción, Bramont²⁴ justifica la protección de la víctima sobre la base de la condición personal tanto de la mujer en general como del sujeto pasivo en particular. Así, se refiere a que se justifica la protección penal debido a que “por su inexperiencia, debilidad propia de la mujer y por no haber alcanzado el desarrollo completo de su capacidad volitiva, no puede defenderse por sí misma de los ataques a su honor sexual”.

De acuerdo a la orientación moralizadora de su análisis, Bramont²⁵ considera que la expresión “conducta irreprochable” debe ser interpretada “en la relación con la moral sexual dominante que rige las relaciones heterosexuales”. De acuerdo con el abandono de la virginidad como elemento de la descripción del acto incriminado, afirma 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”. La perspectiva que debe adoptarse es normativa y, en este sentido, estima 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”. Esto no le impide, sin embargo, adoptar un criterio legalista para descartar la seducción: afirma que “no es dable hablar de seducción cuando se trata de mujer cuyo estado civil aleja toda idea de inexperiencia sexual. Esas mujeres saben lo que hacen”.

Merece la atención tener en cuenta la idea que Bramont²⁶ tiene de las relaciones sexuales, pues en esta se refleja de alguna manera la manera como percibe las diferencias entre los sexos. Refiriéndose a Noronha, dice que “en el torneo

23 BRAMONT ARIAS, loc. cit.

24 BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado*, cit., p. 32.

25 BRAMONT ARIAS, loc. cit.

26 *Ibíd.*, p. 33.

amoroso, la iniciativa, por regla general, pertenece al hombre. El hombre es el intelecto, la mujer es 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”.

El aspecto moral del criterio sostenido por Bramont se revela también cuando analiza los efectos del subsecuente matrimonio respecto a la represión. El matrimonio es considerado 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 palabras de Bramont²⁷, “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”.

De manera amplia, siguiendo a Jiménez de Asúa, toma partido en favor de la idea que el matrimonio del ofensor con la ofendida constituye una excusa absolutoria posterior basada en la reparación. En su opinión²⁸ “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”. Además, considera 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 tomo a las relaciones de la esposa con los partícipes de aquel”.

Peña Cabrera²⁹, parte de consideraciones aparentemente más favorables a la mujer al momento de interpretar ciertas disposiciones legales. Por ejemplo,

27 BRAMONT ARIAS, *Código Penal anotado*, cit., p. 42.

28 *Ibíd.*, p. 44.

29 PEÑA CABRERA, *Código Penal anotado*, cit., p. 69.

respecto al aborto y sin base legal alguna afirma que, en caso de autoaborto, “la tentativa de la mujer es impune”. Se trata de una recepción de un criterio argentino. En cuanto a la violación, considera 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 particular concepción biológica del acto sexual, coloreada de un fuerte criterio machista, Peña reconoce que “claro está que el sujeto pasivo también realiza el acto sexual, pero sufriendolo”.

Sin plantearse el problema de fondo y permaneciendo en el simple nivel formalista, afirma³⁰ que la violación supone violencia, pero que “violencia desplegada por un hombre que vive con una mujer en pleno concubinato no constituye violación”. Este desconocimiento de la libertad de la mujer y el implícito reconocimiento del denominado “deber conyugal”, le permiten sostener³¹ que si el cónyuge puede ser, evidentemente, “ser 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 por lesiones”.

Refiriéndose a la doctrina, Peña manifiesta³² “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”. En su opinión, “la generalidad de las mujeres oponen cierta resistencia antes de establecer la relación carnal”. Opinión deducida de una creencia muy difundida entre ciertos sectores, pero que no ha sido comprobada mediante investigaciones empíricas. Este tipo de criterios juega un papel importante en la apreciación de las pruebas en el proceso penal. Pensando en esto, Peña cree necesario indicar que el supuesto hecho de que las mujeres, generalmente, oponen cierta resistencia al tener relaciones sexuales, “exige mucho cuidado del juzgador”. Para precisar su criterio, afirma que la “resistencia continuada se entiende como una categórica resolución, independiente de que esta sea abatida”. Estas afirmaciones revisten importancia en la medida en que, implícitamente suponen, que no basta con que la mujer no este de acuerdo con practicar el acto sexual; puesto que es necesario oponga una resistencia significativa. Esta noción de violencia condiciona la definición que da de la intimidación; esta “debe ser susceptible de quebrantar la voluntad de la víctima”. Voluntad que debe manifestarse, de lo contrario la interpretación global de la disposición no sería coherente, mediante

30 *Ibidem*, p. 205.

31 *Ibidem*, p. 206.

32 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984, t. II, p. 207.

una resistencia del tipo antes indicado. Sin embargo, esto parece ser atenuado mediante el argumento de “que el juez deba preocuparse de captar en cada caso la cultura de la mujer” (el recurso a un maleficio es insuficiente en caso de una mujer culta, pero puede bastar respecto a una ignorante)³³.

En cuanto al estupro, la concepción conservadora y moralizadora de Peña se pone de manifiesto en la manera como define la irreprochabilidad de la conducta. En su opinión³⁴, “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 honesta”. De modo que, como lo decía Malpica, cierta forma de vestir podría desempeñar un papel destacado al momento de determinar si la joven era de conducta irreprochable. Así, el proceso contra el supuesto agresor puede transformarse fácilmente en el proceso de la víctima. Sobre todo, cuando se llega a afirmar que en “el estupro, el juez no tiene por qué presumir que la víctima es honesta, cuando bien puede ser que no lo sea”.

Bien pudo decirse lo contrario: “el juez tiene que presumir que la víctima es honesta, aunque aparentemente no lo sea y esto hasta que sea debidamente probado lo contrario”.

Sobre la exigente del matrimonio subsecuente, Peña formula dos críticas a la regulación legislativa: de un lado, señala que la “norma parece excluir el matrimonio con consentimiento válido de la víctima antes que sea reintegrada a los padres” y, de otro lado, indica que parece referirse solo al “delincuente” y no a todos los participantes. Mediante la primera observación, deja entender que el consentimiento de la víctima puede ser válidamente expresado aun cuando no haya sido reintegrada a sus padres. La segunda busca extender la exigente a todos los participantes.

Siguiendo a Soler, Peña afirma que la exigente “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 intransferibilidad”³⁵.

Estas cuestiones técnicas, ocultan las verdaderas razones que inspiran la admisión de esta exigente. Estas razones son de orden ideológico y de índole discriminatoria respecto a la mujer, a pesar de que son presentadas como favorables a esta. Así, Peña dice que “consulta los intereses de la víctima y de la familia, con

33 PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, cit., p. 208.

34 *Ibidem*, p. 228.

35 PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, cit., p. 238.

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 e n torno a las relaciones de la esposa con los copartícipes de aquel”³⁶.

Constatando la contradicción existente entre, de una parte, el artículo 312 CPP que establece el juicio de oficio si la víctima es menor de 14 años o de 16 cuando no tengan padres ni tutores y, de otra parte, la regla general del Código Penal que prevé solo la acción privada, se pronuncia en favor de esta segunda regla. El argumentado alegado es simplemente formal, pues no entra en materia sobre la necesidad de perseguir de oficio los responsables para proteger mejor a las víctimas que se encuentran en tal situación. Así, invoca el criterio teórico de que “cuando una disposición procesal contradice una disposición sustantiva, debe tenerse por no escrita la primera, quedando en pie la disposición fundamental”³⁷.

Roy Freyre³⁸ parte de dos afirmaciones generales. La primera concierne a la eficacia de la prevención general, ejercida mediante la amenaza legislativa y la carga física del proceso judicial, para conseguir “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”. La segunda está relacionada con la igualdad de los sexos. Igualdad que es negada porque es de admitir una discriminación en favor de la mujer y que tiene “una finalidad protectora” para esta. Esto es una consecuencia de la diferencia fisiológica entre los dos sexos. De acuerdo con Martínez Zuñiga, afirma 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”³⁹.

Con la finalidad de precisar sus explicaciones, Roy Freyre recurre a una serie de afirmaciones que, aun expresadas en notas marginales, deben tenerse en cuenta. De esta manera sostiene 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 me-

36 *Ibíd.*, p. 239.

37 *Ibíd.*, p. 242.

38 ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal peruano. Parte especial*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1975, t. II, p. 25, n. 306.

39 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 25, n. 306.

dios 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*⁴⁰.

La percepción moral del dominio de los delitos sexuales se revela cuando Roy Freyre manifiesta “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 [...]”. De esta manera, en su opinión, se limita “presentar una realidad psicológica que tiene también dimensión sociológica, para fundamentar la existencia del honor sexual como un interés que reclama protección jurídico-penal”⁴¹.

Para 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”. Encuentra fundamento para su afirmación en las disposiciones del Código Civil que presuponen “fidelidad y hacer vida en común”⁴². La admisión de la obligación de mantener relaciones sexuales de parte de los cónyuges lo lleva a no plantearse si no sería conveniente de reprimir la “violación” al interior del matrimonio.

Sostiene, por el contrario, su inexistencia sosteniendo 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 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”⁴³. Aquí, se pone en evidencia la concepción de la familia y de sus fines. Concepción que está a

40 Ibidem, p. 25, n. 307.

41 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 43.

42 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 47.

43 Ibidem, p. 58.

la base de los criterios que provocan el desigual trato de la mujer con respecto al hombre.

Dentro de la concepción de Roy Freyre es evidente que “la cópula buscada por el marido coactivamente tiene que ser la lícita, es decir, la copula vaginal”. Esto se debe a que “que la institución del matrimonio” no “ha conceptualizado como *debitum* conyugale” al “coito per anum”⁴⁴. Si el marido impone este comportamiento a su mujer, se hace responsable por delito contra la libertad. Lo que significa admitir que tanto el derecho penal como el matrimonio son instrumentos para regular las conductas sexuales consideradas normales. Para evitar que sus opiniones puedan ser calificadas como políticamente conservadoras, Roy Freyre, nuevamente en una nota marginal⁴⁵, considera oportuno aclarar que “no se vaya a creer 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 artículo 276 CP húngaro]”. Lo cierto es que tales leyes penales, así como la práctica judicial y social, no comportaron —con justificaciones diferentes— graves discriminaciones para las mujeres. El análisis permanece así al nivel formal y sin cuestionarse el fondo del asunto.

Es interesante también subrayar que, como lo han hecho otros autores, Roy Freyre admite que no hay duda en que se debe proteger a la prostituta (pues en su comercio consiente), al mismo tiempo que sostiene que “naturalmente el juez tiene facultad para considerar esta forma irregular de vida personal de la víctima anterior al delito (artículo 51 CP), como una circunstancia atenuante genérica para el delincuente, en razón de que la ‘extensión del daño causado’ no ha sido grande”⁴⁶. Si el daño no es grande es porque en el caso de la prostituta la moralidad no es la misma que en el caso de una mujer honesta.

La idea que tiene de la familia, de la moral de la mujer casada y de la honra del marido, explica la aparente contradicción en que incurre Roy Freyre cuando se plantea el caso de la pareja no casada que vive en concubinato. En su opinión, quizás por no existir el deber conyugal, sostiene 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

44 *Ibidem*, p. 59.

45 *Ibidem*, n. 325 bis.

46 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 52.

derecho a disponer de su sexo en 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.” Este criterio lo explica en una nota a pie de página⁴⁷, diciendo que “no logramos comprender cómo de la unión extra-legal se puedan 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”. Y continua argumentando, “si la legitimidad de la coacción empleada por el esposo se colige del *debitum conjugale*, 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 de la inexistencia de ese deber legal que obligue a la mujer a soportar la cópula sexual, y no de ninguna fuente extra-legal? Concluye afirmando que “la inexistencia de vínculo de matrimonio hace que una pareja de convivientes regule sus relaciones sexuales con una libertad que no tendrían si fuesen casados”⁴⁸.

En relación a la definición de la violencia, también se encuentran en el análisis de Roy Freyre los criterios ya señalados respecto a otros autores. Así, indica que es necesario no confundir 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 la fuerza; se ha limitado a empujar una puerta semi-abierta, sino derechamente abierta”⁴⁹.

Tratándose de la seducción, considera que el bien jurídico protegido es el honor sexual. Las reflexiones de Roy Freyre en cuanto a la índole y repercusiones del aspecto sexual resultan interesantes en muchos sentidos: individual, respecto a la víctima misma; familiar, en cuanto a la actitud de los parientes y de los efectos sobre los mismos; moral, con relación a la personalidad de la adolescente. Para comprender su pensamiento hay que leer sus afirmaciones siguientes: “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

47 *Ibidem*, n. 325 bis.

48 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 53.

49 *Ibidem*, p. 60.

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 17 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”⁵⁰.

Para descalificar como conducta típica de seducción el hecho de que el agente haya obtenido mediante engaño la práctica del “coito per anum”, no se limita a invocar el texto literal de la norma legal, en el que solo se habla de acto sexual. Recurre a un argumento que le permite descalificar la víctima. Con este objeto 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”⁵¹. La admisión de las relaciones heterosexuales como únicas morales y normales, lleva a considerar que carezca de conducta irreprochable la joven que haya sido obligada a practicar el acto análogo.

Por último, señalemos los criterios que Roy Freyre para caracterizar en general la conducta irreprochable. En su opinión, “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. Por el contrario, estima que “tiene 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”⁵². Estos criterios resultan comprensibles, aunque no justificados, si se tiene en cuenta, en particular, la concepción sexual y, en general, social de las que se parte. Lo interesante no es señalar que ninguno de estos criterios implica necesariamente que la persona concernida no sea de conducta irreprochable en el ámbito sexual (se puede ser virgen, pero no honesta o verdaderamente honesto a pesar de con-

50 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 97.

51 *Ibíd.*, p. 101.

52 *Ibíd.*, p. 104.

sumir drogas), sino más bien destacar como un discurso tan persuasivo puede ocultar, sin quererlo, graves discriminaciones.

Por considerar la situación débil de la mujer y la necesidad de protegerla, Roy Freyre sostiene, a diferencia de otros autores, que por ser una circunstancia personal que atañe a la penalidad, el matrimonio subsecuente es incommunicable a los demás partícipes del hecho⁵³.

4. Proyecto de 1984: Prado Saldarriaga

Comentando el Proyecto de reforma de 1984, Prado procede, después de expresar una serie de observaciones⁵⁴, a plantear algunas cuestiones tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. En cuanto a las primeras cabe destacar la crítica que hace al hecho que se siga agrupando, en dicho proyecto, a los delitos sexuales bajo el título de Delitos contra las buenas costumbres; así mismo, objeta por confusa y anacrónica la distinción entre delitos contra la libertad y el honor sexual de un lado, y los delitos de corrupción.

De manera un tanto inapropiada manifiesta que a las “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”⁵⁵. La calificación de real no resulta tan adecuada para descalificar las buenas costumbres como bien jurídico en la medida en que se considera como tal al honor.

Refiriéndose a las novedades contenidas en el proyecto con relación al Código de 1924, Prado señala⁵⁶ la previsión, de un lado, como sujeto del delito de violación, junto a la mujer, al hombre y, de otro lado, como comportamiento incriminado, además del acto sexual, el acto análogo.

Respecto a este último, explica que por “acto análogo se debe entender, suponemos, el coito anal. En consecuencia, el coito oral obtenido por violencia o grave amenaza o los actos libidinosos realizados en incapaces o personas en incapacidad de resistencia serán sancionados como delitos de coacción o quedarán

53 ROY FREYRE, *Derecho penal peruano. Parte especial*, cit., p. 128.

54 PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR, “Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio”, en PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR, *Política criminal peruana*, Lima, 1985, pp. 245 y ss.

55 PRADO SALDARRIAGA, “Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio”, cit., p. 257.

56 *Ibíd.*, p. 257.

impunes”. Solo con relación a los actos libidinosos, de manera tímida, juzga que debe “cuando menos de replantearse” tal solución.

Con relación a la seducción, critica que se persista en sancionarla “manteniendo la edad del sujeto pasivo entre 14 y 18 años”. En su opinión, debido a que se fija la capacidad penal absoluta a los 16 años, se debió “cuando menos [...] modificarse la edad de la mujer en la seducción”⁵⁷.

Para formular sus observaciones de *lege ferenda*, Prado estima que, primero, “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, es necesario abandonar expresiones como “moral pública” por ser “discutibles en el moderno derecho penal sexual”⁵⁸. Sobre este último punto, da entender, por la manera como las opondría, que se trata más bien de una cuestión de libertad de las personas que de moral pública.

En esta perspectiva señala que “los atentados sexuales afectan básicamente la autodeterminación sexual. Es decir la libertad de ejercicio de la sexualidad por los componentes de la comunidad. En ese sentido el nombre genérico de la sección debe ser delitos contra la libertad sexual”⁵⁹. Criterio que no es suficiente explicado con relación a los atentados en los que el sujeto pasivo es una persona incapaz de manifestar válidamente su voluntad.

Señalando, sin referirse a sus fuentes de información, 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”, Prado plantea que no se reprima la seducción. Para reforzar su afirmación, afirma que si se tutela la libertad, “resulta un contrasentido reprimir una práctica sexual voluntaria”⁶⁰. Para admitirse este criterio, debería explicar por qué la voluntad de la seducida es libre a pesar que su consentimiento, según la manera tradicional de describir la seducción, es viciado por el engaño, el artificio o el fraude utilizado por el seductor. Además, la argumentación resulta incompleta por no hacer referencia a la condición de la “conducta irreprochable” de la víctima; factor en el que se concretiza sobre todo la orientación moralizadora de la legislación tradicional.

57 PRADO SALDARRIAGA, “Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio”, cit., p. 258.

58 *Ibidem*, p. 258.

59 *Ibidem*, p. 259.

60 *Ibidem*, p. 259.

5. Código de 1991: Bramont-Arias Torres, Salinas Siccha

Comentando el nuevo Código de 1991, Bramont-Arias Torres⁶¹ considera que, en la violación, el “comportamiento comprende tanto la actividad heterosexual como la homosexual, pero esta última solo entre hombres.

Para que se cometa el delito de violación es necesario que por lo menos uno de los sujetos del delito sea un hombre”. En su opinión 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. Por tanto, se supone que no hay un consentimiento del sujeto pasivo; si se da, debe ser sincero y positivo, siendo una causa de atipicidad del comportamiento”⁶². Las expresiones acto sexual y acto análogo son interpretadas restrictivamente, la primera “como la penetración total o parcial del pene en la cavidad vaginal de la mujer-*secundum naturam*” y la segunda como el “coito rectal o anal-*contra naturam*”.

Con respecto a la segunda expresión se plantea la cuestión sobre “si se comprende el coito oral o bucal-*fellatio in ore*”. En su opinión, de acuerdo con el texto legal, esto es discutible. Sus dudas las explica de la siguiente manera: “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 la 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”. En razón de este problema de prueba, considera que “tal vez, habría que exigir la eyaculación en la cavidad bucal-*inmissio seminis*”⁶³. La noción restrictiva de violencia, determinada por la resistencia de la víctima, es igualmente sostenida por Bramont-Arias Torres. Al respecto sostiene que “el concepto de violencia está indisolublemente ligado al de resistencia del sujeto pasivo; la violencia ha de ser de tal naturaleza que imposibilite toda resistencia o la doblegue”. Sin embargo, atenúa esta exigencia sosteniendo 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

61 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, “El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* 4, Lima, 1997, p. 178.

62 *Ibidem*, p. 178.

63 *Ibidem*, p. 178.

de manifiesto la violencia y la voluntad contraria al mantenimiento de relaciones sexuales; existiría violación, por ejemplo, aunque no se pudiera oponer resistencia física por agotamiento”⁶⁴. La referencia a la resistencia y a la naturaleza del medio utilizado parecen deberse a la preocupación sobre las dificultades de prueba. Lo básico, en su opinión, sería la falta de voluntad de la víctima.

Pero, esta ausencia de voluntad es delimitada exigiendo que “el agresor actúe utilizando vías de hecho”. La mayor o menor resistencia física, si bien no es lo decisivo, constituye un elemento para la prueba. De esta manera, se introduce nuevamente en el tipo legal la resistencia activa de la víctima como un elemento del acto incriminado; ya que si no existiera esta resistencia como probar la falta de voluntad en mantener las relaciones sexuales.

Algo parecido, pero menos evidente, se presenta en relación con la definición de amenaza. Luego de afirmar 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”, se subraya que “como en toda intimidación, el mal anunciado ha de ser real y posible, de lo contrario perdería su carácter de grave”⁶⁵. Ello supondría que la víctima tendría que tener conciencia del real daño que sufriría si no accede a las demandas del violador. De esta manera, no se reprimirían los casos en los 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 está descargada, por ejemplo).

En cuanto al bien jurídico, Bramont-Arias Torres no es del todo coherente en su explicación. Luego de haber señalado de manera general que reprimiendo los delitos sexuales se protege la libertad sexual⁶⁶, debe recurrir a la “indemnidad sexual” para interpretar las disposiciones referentes a los delitos en que la víctima es una persona minusválida⁶⁷. En estos casos, el agente “aprovecha el estado en que se encuentra la víctima”. Esta inferioridad puede ser psíquica o física. La primera constituye “un estado permanente o transitorio que debilita el conjunto de las facultades mentales de la persona, poniéndola en condiciones desventajosas

64 *Ibidem*, p. 178.

65 *Ibidem*, p. 178.

66 BRAMONT-ARIAS TORRES, “El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad”, cit., p. 176.

67 *Ibidem*, p. 184.

con relación al sujeto activo” y la segunda consiste en “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 es que al hacerse 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 *handicap* especialmente mental; cuando se admite generalmente que como toda persona estas también tienen un instinto sexual que satisfacer.

El peso de la influencia de los trabajos elaborados en base a las disposiciones del Código Penal de 1924 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema se nota claramente en los análisis efectuados en los últimos años en relación al nuevo Código Penal. Una de las razones es el hecho de que los juristas se limitan al estudio dogmático del derecho positivo, sin cuestionar los principios generales y de política criminal que inspiran las normas positivas. Además, hay que destacar un descuido notable respecto a los análisis realizados por otros especialistas y, en particular, por los movimientos de mujeres.

Esto explica que jóvenes estudiosos, como Salinas Siccha, retomen ideas que han sido discutidas en otras latitudes, no necesariamente europeas. Así, por ejemplo, este autor continúa definiendo la violencia, en caso de violación, con referencia a la resistencia de la víctima. Según, la violencia o fuerza física “consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima.

Siguiendo a Ricardo Nuñez y Roy Freyre, “el autor recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia de la víctima”⁶⁸. Sin embargo, de manera positiva restringe los alcances de esta afirmación al señalar, criticando la opinión de Soler, que “teniendo firme el presupuesto de que las leyes penales no imponen actitudes heroicas a los ciudadanos, no es necesaria 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”. De modo que la violencia debe existir, pero no debe “coincidir 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”⁶⁹.

68 BRAMONT-ARIAS TORRES, “El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad”, cit., p. 183.

69 SALINAS SICCHA, Ramiro, “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 3, Lima, 1994, p. 183.

Este avance en la interpretación del término violencia es, sin embargo, limitado por la vuelta a prejuicios que sobreviven respecto a la índole de las relaciones sexuales. Haciendo recordar afirmaciones ya señaladas respecto a otros autores (por ejemplo, Roy Freyre que es citado), Salinas sostiene 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”⁷⁰.

A diferencia de Bramont-Arias Torres, considera que la amenaza no debe ser necesariamente seria y presente. En su opinión, solo es “verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o substancialmente enervada”. Admitiendo que es difícil dar reglas para “precisar el poder o la eficacia de la amenaza”, estima que esta cuestión debe ser dejada al criterio del juzgador; el mismo que debe tener en cuenta “las condiciones y circunstancias personales del sujeto pasivo, así como de sus circunstancias existenciales”. Es decir, “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 gravedad 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”⁷¹.

Ante la incorporación de la mujer en tanto sujeto activo del delito de violación, contrariamente a lo previsto en el Código de 1924, Salinas⁷² considera que el “argumento más sólido” en favor de esta modificación legal “es la condición de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona natural, sin distinción de sexo”. En su opinión, esto constituye “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”. De esta manera, abandona el prejuicio tradicional de reconocer el papel activo, voluntario, dominante del hombre en las relaciones sexuales;

70 SALINAS SICCHA, “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano”, cit., p. 184, n. 13.

71 SALINAS SICCHA, “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano”, cit., p. 186.

72 *Ibíd.*, p. 189.

mientras se atribuye el papel pasivo, recatado a la mujer. Prejuicios que califican de “estereotipos consolidados en el Perú”. Si la libertad individual es reconocida, resulta contradictorio, en su opinión, “impedir la autorealización sexual de la mujer”. Basándose en criterios de Diez Ripollés, sostiene que son sociedades libres las que “emancipan las clases, los grupos étnicos y los sexos”.

Los argumentos fundados en el derecho de familia destinados a justificar la impunidad de la violación en el matrimonio, son desechados por Salinas señalando que aceptarla “supone tanto como afirmar que el matrimonio es el cementerio 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”⁷³. En razón de la dignidad humana, estima 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”⁷⁴.

Refuerza su posición, diciendo que la violación cometida por el marido en la persona de su mujer, tampoco puede ser apreciada como circunstancia que excluye “culpabilidad alegando ejercicio normal de un derecho”. Se trataría más bien de un “abuso de derecho”. Concluye afirmando que si bien pueden presentarse “dificultades de prueba”, no puede negarse el delito.

Estas razonables reflexiones de Salinas son, en razón a la dificultad que tiene para liberarse de la concepción tradicional imperante en el dominio de la sexualidad y la familia, desnaturalizadas en la medida en que afirma lo siguiente⁷⁵:

“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”. Justifica este abandono de sus rigurosas afirmaciones sobre la dignidad, la libertad y la igualdad de la mujer, invocando dos argumentos: según el primero, “el atentado a la libertad sexual aparece, en cierta medida, atenuado pero no justificado, por el hecho de una convivencia sexual continuada” y de acuerdo al segundo, “las intromisiones del Estado vía el derecho punitivo, puede conllevar más daño y perjuicios que ventajas a la familia”. Sin embargo,

73 SALINAS SICCHA, “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano”, cit., p. 194.

74 *Ibíd.*, p. 195.

75 *Ibíd.*, p. 196.

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 constituye una vuelta al argumento que debe sacrificarse a la mujer en aras del mantenimiento de la familia, por ser “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 al contexto ideológico que predomina.

El argumento de la importancia de la familia para atenuar la pena no resulta tan coherente en el análisis global de Salinas, en la medida en que admite que se aplique el mismo criterio respecto al concubinato. Familia basada en la unión de hecho de una pareja y que es puesta al mismo nivel que la familia por la Constitución. Este reconocimiento debería más bien ser invocado para reforzar 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.

Preocupado por la manera cómo el marido violador de su mujer puede ser reprimido, se cuestiona sobre la necesidad de prever una norma específica dirigida a atenuar la represión. Luego de responder negativamente, Salinas concluye diciendo de manera sibilina: “convencidamente señalamos que el juzgador al aplicar el artículo 170 en estos casos concretos, deberá aplicar la pena mínima al infractor”⁷⁶. Siguiendo este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, se puede esperar que, en la práctica, se generaliza 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.

6. Colofón

Esta presentación necesariamente incompleta nos permite percibir la manera como las concepciones sociales, morales y jurídicas de los juristas influyen en la interpretación y la apreciación del derecho positivo. A pesar de ser conscientes de este hecho, no realizan esfuerzos suficientes para consultar fuentes extra

76 SALINAS SICCHA, “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano”, cit., p. 196.

jurídicas referentes a dichas concepciones y a los mecanismos de asimilación y racionalización de sus criterios fundamentales. Estas observaciones no solo son válidas para los juristas, sino también *mutatis mutandis* para los estudios no juristas en la medida en que no se informan suficiente sobre la manera como los juristas presentan el derecho positivo y como lo aplican cotidianamente.

Estos breves apuntes, condicionados igualmente por nuestras concepciones personales, cumplirán su cometido si sirven, al menos, como acicate para que otros mejor preparados que nosotros procedan a un estudio profundo de 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.

7. Bibliografía sucinta

BRAMONT ARIAS, Luis A., *Código Penal anotado*, Lima, 1966.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, “El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* 4, Lima, 1997.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis/GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Manual de derecho penal. Parte especial*, Lima, 1966, 4.^a ed., Lima, 1998.

CALLE, Juan José, *Código Penal del Perú*, Lima, 1924.

GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. II, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Política criminal y delitos sexuales: ideas para un cambio”, en PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Política criminal peruana*, Lima, 1985.

ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal peruano. Parte especial*, t. II, Ed. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1975.

SALINAS SICCHA, Ramiro, “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 3, Lima, 1994.

SILVA SANTISTEBAN, José, *Curso de Derecho penal*, Tipografía del Autor, Lima, 1863.

TORRES MALPICA, Carlos, *Código Penal*, Lima, 1965.

