

BREVES ANOTACIONES SOBRE LA DOCTRINA PENAL PERUANA REFERENTE A LAS INFRACCIONES SEXUALES (p. 245)

José de Puit

SUMARIO: *I. Introducción. II. Código Penal de 1863: Silva, Rada. III. Código de 1924: Calle, Malpica, Bramont Arias, Peña Cabrera. IV. Proyecto de 1984: Prado Saldarriaga. V. Código de 1991: Bramont-Arias Torres, Salinas Siccha. VI. Colofón*

I. 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 (p. 246) los fundamentos de las decisiones o de las modificaciones legislativas, pues muchas 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.

II. 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, por que ambos a dos 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".

(p. 247) 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.

¹ SILVA SANTISTEBAN, p. 84.

² SILVA SANTISTEBAN, p. 84.

³ SILVA SANTISTEBAN, p. 85.

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 ésta 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 estupro"⁴.

La imagen social de la mujer fue también fuertemente influenciada por las ideas positivistas italianas, aunque la recepción de éstas 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 primera"⁵. 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 flores"⁶. Con este tipo de comentarios es lógico 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.

⁴ SILVA SANTISTEBAN, p. 198.

⁵ RADA, p. 122.

⁶ RADA, p. 124

III. 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, aquélla podía faltar en la mujer casta. En efecto, la virginidad se caracteriza por la presencia de la membrana himen y ésta puede haberse roto ó 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 á 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.

(p. 249) En breves notas a las disposiciones del mencionado Código, Torres Malpica⁹ se limita a dar algunas indicaciones sobre los problemas técnicos

⁷ CALLE, p. 162.

⁸ CALLE, p. 162.

⁹ TORRES MALPICA, p. 121.

de aplicación. Así, afirma que el acto sexual a que se refiere el art. 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 de menor y aún suponiendo que se trate de un precoz, su voluntad nada vale, porque justamente en esto se basa la ley para calificar como violación presunta, tácita o impropia las relaciones practicadas con él"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 ésta, 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.

¹⁰ TORRES MALPICA, p. 121.

¹¹ TORRES MALPICA, p. 123.

¹² TORRES MALPICA, p. 124.

(p. 250) 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 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,

¹³ BRAMONT ARIAS, p. 11.

¹⁴ BRAMONT ARIAS, p. 12.

¹⁵ BRAMONT ARIAS, p. 12.

¹⁶ BRAMONT ARIAS, p. 13.

no a la moral sexual, a no ser que constituyan espectáculos deshonestos (art. 210)"¹⁷.

(p. 251) 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 prestación sexual, tanto para la satisfacción del instinto como para la conservación de la especie". Para explicar su posición, recurre al denominado *debitum conyugale*; que en su opinión "es una prestación ineludible consiguiente a la fidelidad obligatoria (art. 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 art. 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

¹⁷ BRAMONT ARIAS, p. 14.

¹⁸ BRAMONT ARIAS, p. 16.

¹⁹ BRAMONT ARIAS, p. 16.

²⁰ BRAMONT ARIAS, p. 14.

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 resis (p. 252) tencia 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".

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

²¹ BRAMONT ARIAS, p. 15.

²² BRAMONT ARIAS, p. 15.

²³ BRAMONT ARIAS, p. 15.

²⁴ BRAMONT ARIAS, p. 32.

²⁵ BRAMONT ARIAS, p. 32.

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 **(p. 253)** 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 ésta se refleja de alguna manera la manera como percibe las diferencias entre los sexos. Refiriéndose a Noronha, dice que " en el torneo 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

²⁶ BRAMONT ARIAS, p. 33.

²⁷ BRAMONT ARIAS, p. 42.

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 **(p. 254)** 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 aquél".

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

²⁸ BRAMONT ARIAS, p. 44.

²⁹ PEÑA CABRERA, p. 69.

³⁰ PEÑA CABRERA, p. 205.

³¹ PEÑA CABRERA, p. 206.

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 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 ésta sea abatida". Estas afirmaciones revisten importancia en la medida en que, implícitamente suponen, que no basta 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; ésta "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 una resistencia del tipo antes indicado. Sin embargo, esto parece ser atenuado mediante el argumento "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

³² PEÑA CABRERA, p. 207.

³³ PEÑA CABRERA, p. 208.

³⁴ PEÑA CABRERA, p. 228.

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 eximente 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 sólo 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 reinte (p. 256) grada a sus padres. La segunda busca extender la eximente a todos los participantes. Siguiendo a Soler, Peña afirma que la eximente "es una especie de perdón que apareja necesariamente el efecto concomitante de la comunicabilidad, consecuencia que sería difícil aceptar si la estimásemos como excusa absolutoria, una de cuyas notas es precisamente la intransferibilidad"³⁵. Estas cuestiones técnicas, ocultan las verdaderas razones que inspiran la admisión de esta eximente. Estas razones son de orden ideológico y de índole discriminatoria respecto a la mujer, a pesar de que son presentadas como favorables a ésta. Así, Peña dice que "consulta los intereses de la víctima y de la familia, con el criterio que inspira a las acciones dependientes de instancia privada, presumiendo ahora que la prosecución del juicio es más dañosa para aquéllos que la misma represión, no sólo por el strepitus fori, sino también porque mediante ella se atentaría contra la familia, sea por la prisión del marido, sea por el debate en torno a las relaciones de la esposa con los copartícipes de aquél"³⁶.

Constatando la contradicción existente entre, de una parte, el art. 312 CPP que establece el juicio de oficio si 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 sólo 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

³⁵ PEÑA CABRERA, p. 238.

³⁶ PEÑA CABRERA, p. 239.

para mejor proteger 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 ésta. 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 **(p. 257)** 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, son de 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 medios que no son la cópula heterosexual. De aquí que algunos actos parasexuales calificados de "perversos" pueden encontrarse circunstancialmente dentro de la gama de recursos normales, ya sea cuando se les practica esporádicamente, o como parte del juego amoroso, 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

³⁷ PEÑA CABRERA, p. 242.

³⁸ ROY FREYRE, p. 25, nota 306.

³⁹ ROY FREYRE, p. 25, nota 306.

⁴⁰ ROY FREYRE, p. 25, nota 307.

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.

(p. 258) 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 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 cópula vaginal". Esto se debe a que "que la institución del matrimonio" no "ha conceptuado 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.

⁴¹ ROY FREYRE, p. 43.

⁴² ROY FREYRE, p. 47.

⁴³ ROY FREYRE, p. 58.

⁴⁴ ROY FREYRE, p. 59.

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 art. 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 **(p. 259)** 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 (art. 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 casa 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 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 "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

⁴⁵ ROY FREYRE, nota 325 bis.

⁴⁶ ROY FREYRE, p. 52.

⁴⁷ ROY FREYRE, nota 321 bis.

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 conyugale*, como se da a entender líneas atrás, no es acaso lógico deducir que la ilegitimidad de la violencia o grave amenaza utilizada por el conviviente se deriva del derecho civil, es decir 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 (p. 260) 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 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

⁴⁸ ROY FREYRE, p. 53.

⁴⁹ ROY FREYRE, p. 60.

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 practica del "coito per anum", no se limita a invocar el texto literal de la norma legal, en el que sólo 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 anti- (p. 261) naturales"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

⁵⁰ ROY FREYRE, p. 97.

⁵¹ ROY FREYRE, p. 101.

⁵² ROY FREYRE, p. 104.

en el ámbito sexual (se puede ser virgen, pero no honesta o verdaderamente honesto a pesar de consumir drogas), sino más bien destacar como un discurso tan persuasivo puede ocultar, sin quererlo, graves discriminaciones.

Por considerar que 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.

IV. 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 **(p. 262)** 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 impunes". Sólo con relación a los actos libidinosos, de manera tímida, juzga que debe "cuando menos de replantearse" tal solución.

⁵³ ROY FREYRE, p. 128.

⁵⁴ PRADO SALDARRIAGA, p. 245 y ss.

⁵⁵ PRADO SALDARRIAGA, p. 257.

⁵⁶ PRADO SALDARRIAGA, p. 257.

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 opone, 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 (p. 263) 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, p. 258.

⁵⁸ PRADO SALDARRIAGA, p. 258.

⁵⁹ PRADO SALDARRIAGA, p. 259.

⁶⁰ PRADO SALDARRIAGA, p. 259.

V. 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 sólo 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*”.

(p. 264) 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

⁶¹ BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 178.

⁶² BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 178.

⁶³ BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 178.

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 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 medir **(p. 265)** se 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. Lo que 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 reprimiría 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

⁶⁴ BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 178.

⁶⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 178.

⁶⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 176.

“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 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 éstas 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 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 desta **(p. 266)** car 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 discutidas en otras latitudes, no necesariamente europeas. Así, por ejemplo, este autor continua 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, afirma que “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 necesario una resistencia

⁶⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 184.

⁶⁸ SALINAS SICCHA, p. 183.

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. 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, sólo 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 **(p. 267)** 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 sólo 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

⁶⁹ SALINAS SICCHA, p. 183.

⁷⁰ SALINAS SICCHA, p. 184, nota 13.

⁷¹ SALINAS SICCHA, p. 186.

⁷² SALINAS SICCHA, p. 189.

"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; mientras se atribuye el papel pasivo, recatado a la mujer. Prejuicios que califica 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 **(p. 268)** 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

⁷³ SALINAS SICCHA, p. 194.

⁷⁴ SALINAS SICCHA, p. 195.

la sexualidad y la familia, desnaturalizadas en la medida en que afirma⁷⁵: "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, 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 se (p. 269) aplique el mismo criterio respecto al concubinato. Familia basada en la unión de facto 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

⁷⁵ SALINAS SICCHA, p. 196.

concluye diciendo de manera sibilina: "convencidamente señalamos que el juzgador al aplicar el art. 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.

VI. 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 jurídicas referentes a dichas concepciones y a los mecanismos de asimilación y racionalización de sus criterios fundamentales. Estas observaciones no sólo 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.

⁷⁶ SALINAS SICCHA, p. 196.