

EVOLUCION LEGISLATIVA DE LOS DELITOS SEXUALES (p. 337)

Luis Taylor Navas

SUMARIO : I. Introducción. II. Colonia. III. República: Proyecto Vidaurre y Proyecto oficial de 1859. IV. Código Penal de 1863: supervivencia de la influencia española. V. Código de 1924: la influencia suiza. VI. Código Penal de 1993 y sus modificaciones. VII. A manera de conclusión

I 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 éstos 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 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.

(p.338)

II. 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. Substitución 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

¹ Consultar: VARGAS, JAVIER, p. 191 y ss.; BASADRE AYULO, p. 145 y ss.

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 que mantuvieron los españoles varones con las mujeres nativas. Para ellos, éstas 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.

(p. 339) Por disposición de la Corona, se aplicó a los pueblos conquistados el derecho de Castilla, conforme a la ley de Toro. Así mismo, 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,

² FRIEDERICI, p. 213.

³ FRIEDERICI, p. 225.

⁴ FRIEDERICI, p. 226.

⁵ NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Nuevas reflexiones sobre las leyes de indias, 3a. edición, México 1980, p. 10.

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 en relación con el padre, el marido o el sacerdote.

(p. 340) 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 sólo estaba unida en esponsales con un varón. Además, se consideraba que el hombre no sólo 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.

(p. 341)

III. 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

⁶ HAMPE, p. 39 y ss.

⁷ Cfr. MACERA, p.297 y ss.; HURTADO, 2000, p. 21 y ss.

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

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 Basadre¹⁰, 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 Vidaurre¹¹. Bajo el título de "Violencias hechas a las mugeres", 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 **(p. 342)** contraer matrimonio la sanción se reduce a imponer al responsable el pago de una renta equivalente a la "cuarta parte de su 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,

⁹ COTLER, p. 79

¹⁰ 1968, I, p. 244.

¹¹ Las citas se hacen conforme a la edición publicada por JULIO ARMAZA GALDOS.

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 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 éste supone, de acuerdo con la concepción liberal del autor del proyecto, 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 formula "el que usa de"; pero se considera sólo 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 (p. 343) 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 sólo a éstas se refieren las reglas especiales sobre la virginidad y la violencia. Con respecto a la primera, en la Ley 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 sólo 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. Sólo 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 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 sus trabajo cederá en favor de la ofendida. Si el seductor es el hijo del tutor o curador, o 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 sólo 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 mas conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus (p. 344) costumbres, su carácter y sus inclinaciones; tarea sin embargo tan delicada y difícil, que por si 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 (art. 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 sólo 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" (art. 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" (art. 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 entregare 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 art. 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" (**p. 345**) (inc. 2); "el acto carnal con mujer que se halla privada del uso de sus sentidos ..." (inc. 1) y "con mujer casada de quien se abusa haciéndole creer el delincuente que es su marido" (inc. 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" (inc. 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 art. 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 art. 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 raptó, se le agrega la obligación del condenado a dotar a la ofendida y a mantener la prole (art. 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 (art. 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.

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

El Código Penal de 1863¹² constituyó una versión mejorada del Proyecto de 1859 y revisada conforme al Proyecto de la Constitución de 1860. Fuera de los **(p. 346)** cambios relativamente importantes en la sistemática y en la terminología, las disposiciones del Título II (De la violación, estupro, raptó 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.

¹² Vid. HURTADO, 1979, p. 42 y ss.

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 art. 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". Dificilmente 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 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 sólo la seducción" (art. 270). La víctima sólo 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 art. 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 se 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 deshecho 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 **(p. 347)** 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 ejercicio de la acción penal, por ejemplo, se dispone en el art. 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 art. 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" (art. 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 art. 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".

V. Código de 1924: la influencia suiza

El modelo hispano fue abandonado al reformarse el Código de 1924¹³. Los proyectos fueron elaborados siguiendo los proyectos de Código penal redactados para la unificación del derecho penal suizo. Esto significó un cambio substancial (**p. 348**) en la legislación penal peruana. Esta mutación se debió al hecho 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.

¹³ Vid. HURTADO, 1979, p. 58 y ss.

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 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 art. 196, la violación se produce mediante "violencia o amenaza grave"; mientras que en el art. 201, el autor debe "seducir" a la víctima. En cuanto al estado personal de ésta última, si bien toda mujer puede ser violada, sólo 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" (art. 197) o de hacerlo, "conociendo el estado de la víctima", con una "mujer idiota, inconsciente o incapaz de resistencia" (art. 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 ésta se oponga y que, mediante violencia, el marido la obligue a practicar el acto sexual, éste no puede ser considerado como autor de violación. (p. 349) 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 que el autor explote una relación de jerarquía o dependencia que lo une con la víctima. Según el art. 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 art. 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" (art. 199, pf. 2 y art. 200 pf. 2).

Una agravante general a todos los delitos sexuales es estatuida en el art. 203. Se trata, primero, de la denominada preterintención. La pena es agravada, si a consecuencia del delito se, 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 practica 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 art. 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 muerte o lesiones graves, previsto pero no querido (art. 205). Un segundo caso (**p. 350**) 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 (art. 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 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 18968, esta pena fue reemplazada por la de internamiento.

Tres años más tarde, mediante la Ley 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 práctica 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.

VI. 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 **(p. 351)** supresión del requisito de la "conducta irreprochable" en el tipo legal del delito de seducción (art. 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 inculpativo 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. Sólo 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 art. 175 en el sentido que no se trata más de la seducción, es reforzada por la modificación de esta disposición, mediante la Ley n° 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 el 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 sólo 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 eprimir a los respon **(p. 352)** sables 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 art. 175 C.P.) (proyecto número 4185). Con este objeto, se ha denunciando 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 No. 26770 se abrogó la circunstancia de eximente de penal 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 amplio debate y diversas propuestas (Proyectos de Ley No 1934, 2023, 2184, 2280) para substituir el proyecto original (Proyecto de Ley No 1147), aprobado con ciertas modificaciones¹⁴. 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.

(p. 353) 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 No * , 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

¹⁴ Ver BEATRIZ MERINO LUCERO (autora del proyecto original), Matrimonio y violación. El debate del artículo 178 del Código Penal Peruano. Lima 1997.

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° 1702, se establece la norma interpretativa siguiente: "entiéndase comprendido dentro de acto análogo no sólo 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 afirmandose 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, sólo tengan lugar a pedido de ésta o con su consentimiento previo (Proyecto de Ley No *).

(p. 354)

VII. A manera de conclusión

La presentación de la evolución legislativa de los delitos sexuales que acabamos de hacer sólo 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 menores.