

Violación a la libertad sexual desde la perspectiva de género

José Ugaz Sánchez-Moreno

Abogado. Profesor de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro del Comité Consultivo de *Ius et Veritas*.

1 Cambio de bien jurídico y realidad de género.

Uno de los cambios más significativos que introdujo el Código Penal de 1991, en lo que atañe a bienes jurídicos, ocurrió en materia de delitos sexuales, en los que, apartándose de una tradición de larga data, el legislador peruano abandonó los viejos conceptos de buenas “costumbres” y “honor sexual”, que venían siendo objeto de permanente crítica en la dogmática universal por tratarse de denominaciones con un fuerte contenido moral. En su lugar, tituló el Capítulo IX (Título IV, Libro Segundo) como Violación de la **Libertad Sexual**.

Como sostienen los profesores españoles Fermín Morales Prats y Ramón García Albero⁽¹⁾, la libertad sexual es “(...) un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, cuyo contenido esencial son las facultades de auto-determinación sexual, actual o *in fieri* como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante”.

Desde esta nueva opción político criminal, tratándose de adultos, se busca castigar las conductas que obstaculicen la libre opción sexual, mientras que en el caso de los menores de edad -que carecen de capacidad para decidir sobre el ejercicio de su sexualidad-, se pretende garantizar las condiciones básicas para que puedan desarrollar en el futuro su personalidad en la esfera sexual, por lo que se protege es su libertad sexual **potencial -in fieri-** (indemnidad sexual).

Esta variación en el bien jurídico implicó un cambio sustancial, no solamente en el contenido del Título IV, Capítulo IX del Código Penal, sino también en la percepción del derecho penal respecto a la ubicación de la mujer frente al delito sexual. Sabemos que en los códigos previos a éste, podía ser agraviada de los delitos sexuales solamente la mujer. Hoy, en la letra del código, no hay discriminación respecto de quién puede ser víctima de un delito sexual, lo que implica que el legislador del 91 abandona una posición -que podríamos calificar de paternalista (y que tiene muchos rasgos de machismo)-, para pasar a una concepción más democrática e igualitaria de los delitos sexuales.

Esta opción dogmática expresada en el código vigente, muestra un intento de cambio ideológico. Sin embargo, tal variación no opera como un cambio automático en la realidad, subsistiendo viejas concepciones que se evidencian en la tramitación de los conflictos en materia sexual a nivel de los diversos operadores del derecho (policía, fiscalía y poder judicial).

Ciertamente el cambio de denominación del bien jurídico (de honor sexual y buenas costumbres a libertad sexual) implica de alguna manera despojarlo del contenido moral que frecuentemente rodea a los delitos sexuales. Sin embargo, si observamos cómo se ha comportado la jurisprudencia en esta materia, aparece que los juzgadores mantienen una ubicación ideológica que corresponde a la época pre-código de 1991, advirtiéndose un substrato muy amplio de

(1) QUINTERO OLIVARES y otros. *Comentarios a la parte especial del derecho penal español*. Madrid: Aranzadi, 1996. p.228.

percepciones cargadas de contenido “moral” y desarrolladas desde la perspectiva de las “buenas costumbres”.

En materia de delitos contra la libertad sexual, existe un contrabando ideológico del cual debemos ir despidiéndonos progresivamente a fin de evitar distorsiones injustas en la solución de los conflictos sexuales en el ámbito penal.

Cuando hablamos de libertad sexual y su correlato en el caso de la indemnidad sexual, no hablamos de un derecho **merecido** por parte de la mujer, sino, independientemente de la circunstancia o conducta desarrollada por la víctima, de un acto de violencia o grave coacción que implica una restricción a la libertad. Dicho de otro modo, así como la víctima de secuestro no tiene por qué ver justificado el delito por su propia conducta inadecuada (al secuestrado no se le pregunta si tiene antecedentes, si desarrolla una vida desarreglada o laxa en términos morales), de igual forma no puede justificarse la violación a partir de la conducta de la víctima.

Resulta absolutamente impertinente introducir en la investigación del delito una averiguación de la conducta personal de la víctima en materia de afectación de la libertad sexual. Debería bastar simplemente la verificación de que se actuó contra su voluntad o sin su consentimiento.

Prueba del fuerte contenido moral asignado al bien jurídico protegido por los delitos sexuales, es que hasta hace poco, el código de 1924, al tipificar el delito de seducción, exigía que la víctima fuera una persona de “conducta intachable”, siendo frecuentes los casos en los que esa cualidad se probaba con un certificado extendido por el párroco de la jurisdicción donde vivía la víctima, quien daba fe de sus virtudes morales.

Así, tenemos que el “delito sexual” estaba íntimamente vinculado, en la ley, a la conducta

“honorable” o “deshonrosa” de la mujer. Por lo tanto, si la mujer desarrollaba una conducta liberal en materia sexual, o, peor aun, ejercía la prostitución, se terminaba justificando el delito sexual.

Al producirse el tránsito al nuevo bien jurídico que orienta estos delitos, debió producirse también un cambio de orden ideológico, dejando de lado las averiguaciones sobre la conducta moral de la víctima, para centrarse objetivamente en la verificación de si, cuando se produjo el coito o el acto contra natura, la víctima **no** consintió, o expresó su voluntad contraria. Basta la sola comprobación de la ausencia de consentimiento para que el delito se haya producido.

2 El papel del consentimiento en los delitos sexuales.

Sin embargo, el tránsito ideológico que debió aparejar el cambio de bien jurídico, en la realidad aún no se ha dado, o por lo menos, no se ha producido con la misma velocidad con la que cambió la ley.

El tema del consentimiento en materia de violación sexual es central, porque si la víctima consintió la relación sexual, evidentemente desaparece el elemento de coacción o de violencia y, por lo tanto, no concurre un elemento esencial del tipo objetivo que determina que sea una conducta penalmente relevante.

¿Cómo se ha regulado tradicionalmente el consentimiento de la mujer desde la dogmática y la jurisprudencia?

El profesor Roy Freyre, en una afirmación que resulta ilustrativa de la forma cómo se ha percibido tradicionalmente -y se percibe aún- a la mujer desde la problemática del delito sexual, sostiene que:

“Es necesario no confundir la violencia a que se refiere la ley como medio coercitivo para lograr el acceso carnal *intra-vas*, 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 temible el acto sexual⁽²⁾”.

(2) ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Lima: EDDILI. pp.56 y 57.

Desde esta perspectiva, se ha venido señalando por décadas desde la dogmática, que existe un tipo de violencia permisible respecto del hombre sobre la mujer para efectos de conseguir el acceso carnal, porque en la mujer hay un “recato natural” que hace que se resista, en una suerte de coqueteo, al acto sexual. Como parte de este ritual erótico, el hombre se ve obligado a ejercer una “dulce presión” para vencer el pudor femenino, que no expresa una negativa, sino forma parte del cortejo previo a la relación sexual. Es más, el mismo autor nacional, citando a Ure, señala que en la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana, el tema del consentimiento y la resistencia dio origen al establecimiento de ciertas reglas para determinar si había habido o no consentimiento, siendo una de ellas, “que haya existido una resistencia constante y siempre igual por parte de la persona que se pretende violada, por lo que se considera suficiente que la resistencia haya cedido un instante, para decidir que la presunta violada consintió⁽³⁾”. En otras palabras, según esta regla, si la víctima se detiene a respirar en medio de la batalla para evitar ser violada, ese respiro ya se considera una interrupción de la expresión de no consentimiento y, por lo tanto, elimina la presunción de resistencia frente a un acto sexual no deseado.

Este tipo de percepciones relativas a los delitos sexuales son muy frecuentes en nuestro medio y se explican en la medida en que expresan rasgos hereditarios de una cultura machista.

La jurisprudencia nacional registra un sin número de ejecutorias de la Corte Suprema en las que la tendencia uniforme en materia de delitos sexuales apunta a considerar que el solo dicho de la agraviada no es suficiente para probar una violación, si es que no viene acompañado de pruebas irrefutables que la acrediten; es más, no son pocos los casos en que el dicho de la agraviada acompañado de un conjunto de indicios, no da mérito suficiente como para superar la denominada “duda razonable”.

Hace unos años, un ex vocal de la Corte Suprema afirmó en un programa de televisión, luego de escuchar

varios testimonios de violaciones, que éstos “debían tomarse con mucha reserva porque no es poco común que la mujer haga este tipo de denuncias para vengarse de su marido, su conviviente o algún amor frustrado”.

Hay una extendida creencia de que la mujer tiende a mentir en esta materia y por lo tanto siempre va a ser sujeto de sospecha. Esto se percibe claramente desde que la mujer va a la policía a denunciar el hecho. La actitud en esta primera etapa administrativa de procesamiento del conflicto, es de indiferencia o de duda; son frecuentes los testimonios de mujeres que permanentemente han señalado que cuando van a la policía, les dicen que regresen a su casa porque luego se van a arrepentir, pretendiendo sistemáticamente disuadir a la agraviada de que presente la denuncia. Por ello se creó la Comisaría de Mujeres, en el entendido que había un problema de género y que era necesario romper la “solidaridad masculina” de los policías.

3 La condición de varón y las “fuerzas superiores”.

Esta actitud ha sido reiterada muchos veces en el procesamiento de los conflictos sexuales a nivel del Ministerio Público y del Poder Judicial. En un excelente trabajo basado en entrevistas a hombres encarcelados por delitos sexuales, hoy plasmado en un libro que lleva como título *Yo actuaba como varón solamente*⁽⁴⁾, la mayoría de entrevistados explican que el hecho de la violación se ha producido al haber actuado como varón, pues **se asume que se ha respondido a un impulso incontrolado**.

Esta percepción que tienen de sí mismos los violadores, evidencia una ausencia de sentimiento de culpa, ya que siempre hay una justificación: “estaba borracho”, “la mujer me provocó”, “no sé qué me pasó”, “no lo puedo entender”; en algunos casos muchos piden una evaluación psicológica para entenderse a sí mismos, porque se sienten víctimas de

(3) Las otras reglas exigen que: 2) Haya una evidente desigualdad entre sus fuerzas y las del violador; 3) La víctima haya luchado y gritado; 4) Que hayan quedado sobre su persona algunas huellas de la violencia de la que fue objeto. ROY FREYRE. Op.cit.; p.56.

(4) LEÓN, Rafael y STAHR, Marga. *Yo actuaba como varón solamente*. Lima: DEMUS, 1995.

un impulso incontrolable e irrefrenable.

De otro lado, los que procesan a los violadores, muchas veces revelan una tendencia similar, en virtud de la cual asumen que por tratarse de inculpadados varones, el tema de la falta de control de las circunstancias que concurren a la comisión del hecho, -esta animal expresión de la libido- es una suerte de justificación de los hechos. En muchos casos, los operadores penales, de manera inconsciente, perciben al imputado como víctima de un conjunto de fuerzas superiores a su propia capacidad, que lo han llevado de manera casi inevitable a esta circunstancia desgraciada que incluso en ocasiones ni siquiera es percibida como delito.



Se aprecia en el discurrir de estas entrevistas, dos ideas que me gustaría resaltar. En primer lugar, lo que implica asumir que el imputado actuaba como “varón”, es decir que, por ser hombre, tiene menor control de su sexualidad que una mujer. Para ilustrar mejor este aspecto, me voy a permitir citar textualmente algunos párrafos de lo dicho por los propios condenados por delito de violación:

- “Señor, yo ya no estaba borracho, para qué lo voy a engañar, tenía los estragos pero no le voy a decir que hice esto porque estuviera borracho. La niña se me

aventó y yo no sé qué me sucedió, en segundos perdí toda noción. Yo no entiendo porqué esto me ha pasado, me gustaría que venga un psicólogo y me explique cómo es mi carácter, en qué estoy fallando”.

- “Ella se me insinuó, no me gustaba, no me gustaba. Fíjese que en sólo seis meses he tenido cuatro relaciones con ella; ella dijo que yo lo había hecho a la fuerza”.

Lo que afirman ambos es que hubo una situación incontrolable respecto a una mujer, impulso a tal punto irrefrenable, que incluso no se sentía atracción por ella, pese a lo cual, tuvieron acceso carnal.

En segundo lugar, cabe resaltar la extendida tendencia a creer que la **mujer buena** es la que permanece en su casa, la que realiza las labores domésticas, y que más bien hay un tipo de **mujer perversa** que es la que está en la calle. Cuando un “varón de impulso irrefrenable” se encuentra con “una mujer de la calle”, no entiende o no percibe que ésta tiene también derecho a expresar una situación de abstención respecto a una libertad conferida a ella como a cualquier otra persona o ciudadano.

Desde esa perspectiva, el violador asume que tiene el derecho, o que deben haber ciertos cambios en su metabolismo o emociones, que le permiten poseer a la fuerza a esta “mujer de la calle”, respecto de la cual, en todo caso, no interesa si desea tener o no relaciones sexuales con él, pues no es una mujer respetable, buena, en suma, “de su casa”.

Otro entrevistado afirma:

“Después de las relaciones sexuales me sentía sucio, pero en el pene no sentía nada. Actuaba como varón simplemente; en cambio, mi señora sí me gusta porque es limpia, es aseada, es buena, es un amor”.

Aquí se advierte una aproximación al conflicto sexual que genera una distorsión absoluta respecto de la afectación del bien jurídico en materia de protección. No se puede pretender que haya una protección al bien jurídico “libertad sexual” desde el entendido que el varón (que normalmente es el responsable de estos delitos) es casi un inimputable al encontrarse en una situación de descontrol, y si se asume, por otro lado, que la víctima, normalmente mujer, es una persona, que si no es de su casa, es un agente provocador.

Pese a ello, éste parece ser un concepto bastante

difundido, por lo menos en los países de tradición hispana. En un interesante trabajo de exégesis jurisprudencial, el profesor granadino Juan Ruiz-Rico señala que, analizando sentencias de los tribunales españoles, advirtió con sorpresa la difundida creencia de que “(...) los apetitos sexuales corresponden al varón, y a ella (la mujer), solamente una ‘natural y pudorosa resistencia’, vencida por la promesa de las nupcias (...)”⁽⁵⁾.

Dicho autor afirma haber descubierto a través de su análisis de sentencias judiciales en materia sexual, que se ha dicho reiteradamente que “(...) la mujer carece por completo, radicalmente, de sexualidad. En modo alguno cabe pensar que ella también tuviera ganas de procurarse placer. El varón, por el contrario, tiene una **sexualidad compulsiva** -apetencias carnales, ansia persistente- (...)”⁽⁶⁾.

Sin embargo, la corriente mayoritaria -aunque no siempre uniforme- en los países desarrollados, asume lo que fue, de alguna manera, una consigna reivindicativa de las feministas: si la mujer o la víctima dice

que no a la relación sexual, es violación. No interesa cuál haya sido su conducta, o si hubo provocación o no, lo cierto es que se entiende que los seres humanos somos seres con voluntad y por lo tanto capaces de establecer límites a nuestra conducta. Esto se aplica tanto para la libertad sexual, como para cualquier otro ámbito de expresión de la conducta humana (la agresión física, por ejemplo).

Por último, es necesario resaltar que esta situación de minusvalía de la mujer frente al derecho penal, se hace mucho más patética en el caso de los niños. Por lo mismo que se asume que no pueden expresar una voluntad válida, su dicho no es tenido normalmente en cuenta, es asumido como un indicio relativo, a descartar y, por lo tanto, termina siendo irrelevante en materia probatoria.

Lo expuesto revela que en materia de delitos contra la libertad sexual existe un contrabando ideológico del cual debemos ir desprendiéndonos progresivamente a fin de evitar distorsiones injustas en la solución de los conflictos sexuales en el ámbito penal. *AB*

(5) RUIZ-RICO, Juan. *El Sexo de sus Señorías*. Madrid: Temas de Hoy, 1991. pp.15 y 16.

(6) *Ibid.*; p.37.