La violación en los consorcios sexuales. Tratamiento jurídico en España y Venezuela

Elida Aponte Sánchez

Este artículo aborda el tratamiento jurídico que ha recibido la violación en los consorcios sexuales, específicamente, en el matrimonio y en el concubinato, tanto en España como en Venezuela, extendiendo la mirada a otros países.

En el tema se revisan las posiciones tradicionales doctrinarias sobre la materia, así como lo dispuesto en el derecho positivo o legislaciones penales y en la jurisprudencia en ambos países, para arribar, desde la legislación nacional e internacional sobre la violencia y con el aporte de los estudios de género, a una concepción no sexista del delito tratado y a la exigencia del rigor punitivo.

Posiciones doctrinarias más comunes sobre el tema

Un consorcio sexual, conocido también en la doctrina jurídica tradicional como maridaje, es una unión relativamente permanente, basada en la cooperación económica y sexual. Formas de consorcio sexual son el matrimonio y el concubinato. Tanto el derecho español como el derecho venezolano están de acuerdo en que la relación conyugal es la que une a las personas de distintos sexos que han contraído matrimonio, uno de cuyos efectos más característicos lo constituye la vida común de los cónyuges, esto es, la convivencia habitual de los mismos en la misma casa [artículo 68 CC español y 44 del CC venezolano].

Por otra parte, la relación personal análoga al matrimonio ha de entenderse únicamente como la existente entre personas de distinto sexo que, sin haber contraído matrimonio, convivan de hecho *more uxorio*, lo que usualmente se conoce como parejas o uniones de hecho (sentencia del T. S. de España 11/05/1995). Y que el código civil venezolano recoge en su artículo 767. Es de interés resaltar que el artículo 77 de la Constitución Bolivariana de Venezuela establece un tratamiento igualitario para el matrimonio y las uniones de hecho al afirmar que: "Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio".

Uno de los asuntos que se mantienen en nuestro país (Venezuela) entre sombras es el referido a la violación en los consorcios sexuales. En otros países, como en España, ha cambiado la forma de percibir ese delito, haciéndolo más visible, juzgándolo más grave, obligando a tener en cuenta categorías ocultas durante mucho tiempo.

La violación entre esposos es claramente condenable en España a partir de la ley de 1980. Antes se ignoraba deliberadamente, pues los vínculos del matrimonio parecían garantizar por principio el consentimiento de las partes, misma creencia que subyace en la doctrina y en la jurisprudencia venezolana.

La literatura jurídica aporta diversas definiciones sobre la violación. Bastin la define como relación sexual de un varón con una mujer, consumada por la fuerza y sin el consentimiento de ésta [Muñoz Sabaté, 1976: 238]. Esta definición presupone una relación sexual heterosexual.

El criminalista francés Jousse definió la violación como "toda conjunción ilícita cometida por fuerza y contra la voluntad de las niñas, mujeres y viudas" [Mendoza T., 1965: 42]. Otros autores han considerado la violación

como el coito ilícito con una mujer a la que se fuerza o que no puede consentir.

Desde el punto de vista histórico legislativo, algunos países suponían como sujeto pasivo del delito sólo a la mujer. Pero, en la actualidad, la mayoría de leyes penales suponen como sujeto pasivo a cualquier persona de uno u otro sexo. Es interesante anotar que estudios realizados en Estados Unidos de Norteamérica han puesto de manifiesto que el porcentaje de víctimas pertenecientes al grupo hispanoamericano es tres veces y media superior al porcentaje de las de Estados Unidos, y el de las víctimas negras es cuatro veces superior al de víctimas blancas, siendo en su mayoría mujeres.

El sujeto activo de la violación es indiferente y puede ser hombre o mujer. En algunas legislaciones no se acepta que lo sea aquélla, pues requieren, para la consumación del delito, que el agente tenga acceso carnal con la víctima y sólo tiene acceso carnal el que penetra y no el que sufre la penetración, como lo ha considerado la doctrina tradicional argentina.

Para que haya violación según lo previsto en el artículo 375 del código penal venezolano se requiere que el agente haya constreñido, mediante violencias o amenazas, al sujeto pasivo a la realización del acto carnal. En ese sentido, el autor Sebastián Soler ha dicho que la violencia debe entenderse no solamente en el sentido de fuerza física, sino también en el de coacción o violencia moral, y que, por consiguiente, comete violencia tanto el que materialmente, por empleo de la fuerza, logra vencer la resistencia, como el que, por la amenaza de un mal grave, obtiene el consentimiento [Soler, 1953: 116].

Tres son las posiciones doctrinarias sobre la violación en los consorcios sexuales. Refiriéndonos específicamente al matrimonio, los autores se encuentran divididos entre:

- Quienes niegan este delito dentro del matrimonio.
- Quienes sólo lo admiten bajo determinados supuestos.
- Quienes consideran que dentro del matrimonio la violación es posible en todo caso.

Quienes niegan la posibilidad de este delito en el matrimonio fundamentan su posición en el débito conyugal, es decir, en la obligación que tiene la esposa de yacer con su marido, de manera que si el marido recurre a la fuerza, no ataca la libertad sexual de su esposa. En todo caso su acción sería deshonesta pero no antijurídica. Tulio Chiossone, quien adhiere esta tesis, sostiene que el vínculo matrimonial elimina la libertad sexual y establece un status sexual especial que despoja a la amenaza de su carácter punible para convertirla en causa de separación o de divorcio. Jiménez de Asua considera que no se lesiona la moral sexual entre cónyuges. Gimbernat E. alega que aún atacando a la libertad sexual de la esposa, no se trata de una acción deshonesta por lo que es legítima [González Rus: 1982:7].

Omar Arenas Candelo critica, en Venezuela, las teorías negadoras afirmando que estas concepciones deben abandonarse definitivamente para dar paso a una idea más humana y natural del matrimonio como institución, cuyo pilar fundamental es el amor y la comprensión, donde la mujer no ocupe el puesto de sierva o semi-esclava, sino que, rescatada en su dignidad y reivindicada en su condición humana, ocupe el puesto de amiga y compañera en paridad de condiciones frente al hombre.

En España, en la doctrina de hace apenas quince años, se seguía sosteniendo que el acceso carnal tenía que ser ilícito, con lo cual se quería expresar que el coito efectuado por el cónyuge o el concubino, sin el consentimiento de la mujer, no constituía el delito de violación, pues aquél "al disponer sexualmente de ésta" obraba en el ejercicio legítimo de un derecho.

La mujer, ante tal doctrina, no puede invocar, en el caso de una resistencia violenta, la legítima defensa porque, por muy violenta que sea la actitud del marido, no existe por su parte agresión ilegítima alguna. Podría ser responsable de lesiones pero nunca de violación [De Vega Ruiz, *Ibíd.*].

El disparate, afirma De Vega Ruiz, que toda esta teoría significaba, llegaba a sus últimas conclusiones cuando establecía la distinción entre divorcio y separación legal, para reconocer el derecho de la mujer a rechazar el acto sexual sólo en el caso de divorcio pero no en la separación. En Francia se ha sostenido que la separación relaja los lazos del matrimonio sin disolverlo, autoriza a la mujer a no vivir en el domicilio del marido, pero no anula los deberes provenientes del matrimonio. Luego, la mujer separada queda sujeta a la obligación de complacer al varón cuando éste quiera.

Los autores que admiten la violación entre cónyuges sólo en determinados supuestos, argumentan que el marido que, por medio de violencias o amenazas, constriña a su mujer al coito vaginal, en circunstancias normales y durante la vigencia del débito conyugal, actúa en el ejercicio legítimo de un derecho que es el cumplimiento por parte de ésta de la referida obligación. En consecuencia, debe tratarse del coito vaginal, dejando fuera otras

formas, y excluyéndose los casos de enfermedad en la mujer o del marido, embarazo y post parto, estados psíquicos anormales, sexo en lugares públicos o frente a terceros. En estos casos, la constricción al acto sexual configurará el delito.

Otros autores, como Cuello Calón, Carranza y Trujillo y Mendoza Troconis, consideran que la imposición violenta del acto sexual por vía anal es *contra natura*, ello es, atentatoria contra el pudor y, en consecuencia, configuraría igualmente la violación.

Entre el grupo de juristas que asume una postura afirmativa de la existencia del delito en el seno del matrimonio tenemos a Orts Berenguer [1981: 30 y ss.] para quien si bien es cierto "que existe un derecho de naturaleza jurídica (del esposo de acceso carnal en la persona de su mujer) y su correlativo deber, el coito entre los cónyuges será de signo negativo, nunca ilimitado. Su abuso nunca podrá ser dictaminado de ejercicio legítimo de un derecho, sino más bien, ilegítimo.

Pero aún tiene que recapacitarse sobre otro extremo. ¿El matrimonio concede un verdadero derecho a la cópula? La respuesta parece que ha de ser negativa. La institución matrimonial regulariza una determinada situación legalizando unos posibles efectos. Pero la norma jurídica no puede tener la pretensión de invadir los recintos de la intimidad personal, instaurando derechos y obligaciones en parejas tan personales.

Así no es de extrañar que el ordenamiento jurídico guarde un prudente silencio y se abstenga de toda intromisión en esta órbita".

El hilo común entre los defensores (hombres) de esta tesis, no obstante sostener el derecho del esposo al cuerpo de su cónyuge, es que tal derecho no es tan absoluto que lo autorice a su ejecución violenta. Pues a tal derecho, como lo ha anotado González Rus, se opone la obligación de los cónyuges de respetarse mutuamente, que consagra el artículo 67 del Código Civil español y el artículo 137 del Código Civil venezolano, así como la libertad sexual de la mujer, que serían, pues, los límites de este derecho del esposo [Pastor V., 1991: 125]. Y si se afirma la posibilidad de violación dentro del matrimonio, con mayor razón lo será en el otro caso de consorcio sexual o concubinato.

En este punto es de interés adelantar que la doctrina ha considerado que el delito de violación carnal es complejo, y consta de la realización de un acto carnal y del uso de la violencia para realizarlo.

Considero que el delito de violación puede darse tanto en el matrimonio como en el concubinato, no limi-



tándose el acto carnal al mero forzamiento vaginal, sino también a toda otra forma de *invasión o imposición sexual* no exclusivamente vaginal, anal o bucal.

La postura tradicional masculina que refiere el delito de violación a la penetración forzosa vaginal de la mujer por parte de su agresor, sea su cónyuge o no, tiene como substrato la reducción del acto sexual a la cópula carnal. "No es necesario que se siga en la noción del acto carnal el estrecho concepto de los médicos legistas que exigen la introducción completa del miembro viril, en el caso normal o anormal, con eyaculación espermática, la denominada *inmissio seminis* o *seminatio intra vas*" [Mendoza T.: *Ibíd.*].

La expresión *acto carnal* tiene su antecedente en el Código Penal italiano de 1930, según el cual se consideraba como función sexual toda actividad directa de la libido normal o no, siempre que existiera en ella una intervención de los órganos genitales del actor que pudiera representar el coito o una forma degenerada equivalente del mismo, superior a la masturbación.

En Venezuela, la doctrina mayoritaria se inclina por una mínima introducción del miembro viril en la vagina, en el ano o en la boca, esto es, una simple conjunción

carnal, o la desfloración si se trata de una virgen. En España, el artículo 429 del Código Penal de 1995 dejó establecido que el acceso carnal puede tener lugar no sólo con la penetración en vagina sino también por las vías anal y bucal. El acceso carnal vaginal, el acceso carnal anal heterosexual y homosexual y el acceso carnal bucal han quedado equiparados en el Código Penal español.

Con relación a la violación de una prostituta, Juan Ramírez Bustos en su Manual de Derecho Penal sostiene que siendo lo importante la indemnidad sexual y no la honestidad, en cuanto bien jurídico, no hay dificultad para estimar que es posible la violación de una prostituta, al igual como de cualquier otra mujer.

En materia de violación de una prostituta, durante muchos años la Corte Suprema de Justicia en Venezuela consideró que en este caso debía tomarse su actividad deshonesta como una atenuante de la pena en beneficio del sujeto activo, pero dicho criterio fue dejado atrás por reciente sentencia.

Para nosotras, el derecho fundamental a la libertad sexual, que a su vez tiene su asidero en la igualdad del hombre y de la mujer, no puede ser abrogado por el contrato matrimonial ni por ningún otro tipo de consorcio sexual. Libertad sexual que, "defendiendo quizá la faceta más trascendente de la naturaleza humana permite a la persona, hombre o mujer, desarrollar sus deseos sexuales hasta donde quiera, y como quiera, según sus apetencias y según le permita obviamente la pareja en el consenso que ha de presidir este tipo de relaciones dentro de la más absoluta igualdad de los sexos" [De Vega R., 1994: 67].

¿Qué decir del delito de violación en los consorcios sexuales de hecho? Para algunos autores, en Italia, el delito es posible entre personas que viven juntas en uniones análogas al matrimonio, pues en tanto que la ley no prohíbe la convivencia *more uxorio*, es decir, la convivencia de un hombre y una mujer sin estar casados, tampoco le concede al hombre el derecho a la cópula con la mujer con la que cohabita debido a la causa ilícita, en el sentido de que a la persona no le puede ser exigido aquello que ésta no ha dispuesto de antemano con respecto al venidero coito.

A la misma opinión se suman en América los autores Fontán Balestra, Laye Anaya, Ricardo Levene y Roy Freyre.

Lo que dice la legislación o el derecho positivo

Si bien en España, Italia, Portugal, Venezuela y la mayoría de países latinoamericanos el matrimonio no supone una excepción al delito de violación, como no lo supone tampoco las uniones de hecho, no faltan códigos que excluyen a la mujer casada como sujeto pasivo del delito, aún cuando la sociedad sigue protestando tales regulaciones.

En la mayoría de los países latinoamericanos la violación es un delito de acción privada. Para su enjuiciamiento se requiere una acusación particular o querella por parte de la víctima, o bien un delito semi-privado para cuya persecución penal hace falta la denuncia de la persona ofendida o de quien sus derechos represente. En consecuencia, el perdón dado por la víctima impide el enjuiciamiento del delito.

La consideración de la violación como delito de acción privada es la consecuencia lógica de encontrarse tipificado, en el Código Penal venezolano, como un *delito contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias* y no como un delito contra la libertad sexual y, en última instancia, contra la igualdad entre los hombres y las mujeres. En otros países se sigue considerando como un delito contra *la honestidad*. México y Ecuador se refieren a los "delitos sexuales".

Desde otro punto de vista, la tradición legal de los países latinoamericanos considera que el casamiento del autor del delito con la víctima, en los casos de delitos sexuales, extingue el procedimiento y, eventualmente, todas las medidas resultantes de la condena. Y ello es así porque se considera en estos países que el matrimonio es un acto de perdón por parte de la víctima. La situación anotada traería como consecuencia la impunidad cuando el delito hubiese sido cometido por varias personas, ya que el matrimonio cubriría la responsabilidad penal de las restantes.

En España, a partir de la Reforma del Código Penal Español en 1989, el perdón perdió todo significado en el caso de los delitos sexuales, en lo que concierne al procedimiento judicial. Así mismo, la violación y los delitos que antes eran considerados "delitos contra la honestidad", pasaron a ser "delitos contra la libertad sexual" en la redacción del Código Penal de 1995. La reforma del Código Penal español en 1995 ratificó una protección específica frente a aquellas conductas discriminatorias negativamente, adecuándose algunos tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya la honestidad de la mu-

jer, sino la libertad sexual de todos. Y a partir de la última reforma de L. O. 11/99, de 30 de abril, se denominan "delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales".

El autor español, Javier Prieto Rodríguez, considera que los grupos feministas han jugado un papel preponderante en el cambio de mentalidad colectiva en relación con el delito de violación y los delitos sexuales en general. Estos grupos —dice— "clamaban por una agravación de la pena del delito de violación, con pérdida absoluta de la operatividad del.perdón de la ofendida" y a un claro deseo liberalizador en materia sexual, defensor de la libre voluntad en este campo. La nueva denominación introducida en el Código Penal tiene consecuencias en relación con la violación en el matrimonio, pues con ella se superaría la corriente doctrinaria que sostenía que no era posible hablar de violación entre esposos, pues tal conducta aunque *ataque la libertad del otro, no puede ser deshonesta.* Habiendo establecido la legislación española como objeto de protección la libertad sexual, las afirmaciones negatorias del delito ya no tienen asidero legal, pues defender que no es posible la violación de la mujer casada o de la concubina, según el caso, sería tanto como sostener que estos sujetos carecen del derecho a la libertad sexual.

El Código Penal venezolano establece en su artículo 375 que "el que por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, del uno u del otro sexo, a un acto carnal, será castigado con presidio de cinco a diez años...".

La violencia puede ser física o moral. La violencia física ejercida sobre la víctima debe ser suficiente y constante. Estas dos condiciones son recogidas por José Mendoza Troconis del autor Salvagno Campos, en los siguientes términos: "El concepto de suficiencia de la violencia efectiva física presupone, necesariamente, la exteriorización de una resistencia adecuada por parte del sujeto pasivo, quien, a la postre, resultó vencido. La evaluación de la resistencia adecuada opuesta produce en la práctica uno de los más difíciles problemas que se le pueden presentar al magistrado. En doctrina, se aconseja el discreto examen de las diversas circunstancias en que el hecho ha podido realizarse: la desigualdad de las respectivas fuerzas de los protagonistas, la posibilidad de gritar o de obtener socorro por parte de la víctima, etcétera" [Mendoza T., *Ibíd.*: 47].

El problema es que siendo cuestiones puramente de hecho: la resistencia adecuada, la violencia constante, la suficiencia de la violencia efectiva, quedará al arbitrio de los/las magistrados/as pronunciarse según su prudente criterio, basándose en los elementos de prueba que el juicio les proporcione. Cuestión nada sencilla, sobre todo si tomamos en cuenta que la herencia doctrinaria ha precisado el concepto de violencia sobre cuatro reglas para que los/as jueces/zas puedan comprobar la adecuada resistencia de la víctima en la tipificación del delito:

- Que haya existido una resistencia constante y siempre igual de parte de la persona que pretende haber sido violada.
- Que haya una desigualdad evidente de fuerzas comparadas con la del violador.
- Que la víctima haya gritado.
- Que hayan quedado sobre su persona algunas huellas de la violencia de que ha sido objeto.

En Venezuela, si la violencia no puede ser probada, se considera que no hay delito.

El aspecto de que la violencia física sea constante tampoco deja de suscitar interpretaciones sexistas, pues por violencia constante se entiende el mantenimiento de la violencia hasta el momento en que se establece el contacto sexual de la víctima. Así, si la violencia hubiera cesado cuando se produjo la conjunción, ésta tendría el aspecto de un acto espontáneo en la mujer, y no se podría hablar ya de violación, porque como observa Garcon, "el pudor de una mujer que se entrega por su propia voluntad no cede a menudo sino frente a instancias más o menos arriesgadas y, según dicen algunos autores, en este acto secreto, la resistencia tiene sus grados y la voluntad sus caprichos". Lamentable postura dogmática que no disimula la creencia de que las mujeres gustan de la violencia en el acto sexual.

Durante muchos años la doctrina penal tradicional diferenció la *verdadera violencia*, que generalmente dejará en las ropas y en el cuerpo de la víctima otras señales que las del acto sexual mismo de"la *discreta energía* con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad desea y consciente, pues tal fuerza e intimidación deben orientarse en el sentido de vencer una resistencia seria y constante de la víctima, mientras ésta se halle en situación de resistir" [Grisanti, A. y Grisanti, F., 1982: 114].

El resto arqueológico que le sirve de supuesto a la anterior creencia es la *vis grata puellis*, es decir, *la violencia que se considera agradable a las muchachas*, que por ser tal, dejaba intacta la voluntad. Debe ser por ello que en los países latinoamericanos resulta un calvario la denuncia y posterior enjuiciamiento del agresor en los

delitos de violación, pues los funcionarios policiales, y aun los jueces, siguen creyendo que la mujer víctima del delito de violación es, en cierta manera, provocadora del mismo, y hasta lo disfruta, en el caso de que la resistencia al acto carnal no se hubiese mantenido hasta el último momento.

La doctrina española del último decenio, con fundamento en las sentencias del T. S. del 5/12/1991 y 18/12/1992, ha sostenido con relación a la resistencia de la víctima que ésta no tiene por qué ofrecer una resistencia heroica (aunque en la actualidad pareciera estarse dando una vuelta atrás), quizá ni siquiera tendría que ser seria en tanto que lo verdaderamente definidor de la infracción es la actitud violenta, agresiva, amenazante e indiscutiblemente criminal del violador, "ante la cual poco le cabe hacer al sujeto pasivo como no sea encontrar todavía un mal mayor al poner en peligro, después de su libertad sexual mancillada, la integridad física o la vida misma" [De la Vega Ruiz, *ob. cit.*: 68].

Lo que dicen los tribunales

Un primer aspecto nos obliga a resaltar que ni en España ni en Venezuela, tampoco en América Latina, existe una suficiente doctrina jurisprudencial sobre la violación en los consorcios sexuales. Las Audiencias Provinciales en España han ido produciendo sobre la materia varias sentencias, consideradas por algunos/as autores/as como lamentables, pues si bien parten de la idea de admitir el delito de violación entre parejas, matrimoniales o concubinarias, difieren en el tratamiento que dan a dicho delito.

El primer auto de procesamiento que se dicta en Andalucía (España) sobre el delito de violación en el matrimonio lo emitió el Juzgado de Instrucción 4 de Málaga, el 7 de octubre de 1988. La sentencia absuelve al procesado por falta de pruebas, no pronunciándose sobre el fondo de la cuestión. Las conclusiones son las siguientes: 1. Que el tribunal parte de la base de que el matrimonio, por sí mismo, no excluye la existencia del delito de violación entre cónyuges. 2. Ello no obstante, admite que el vínculo matrimonial, en cuanto "conjunto de relaciones afectivas y hábitos de convivencia" puede repercutir en el dolo característico del delito de violación, abriendo las puertas a la posibilidad de una conducta culposa en este delito; esto es, que el sujeto activo del delito lo ejecute sin plena consciencia y voluntad, sino como consecuencia de una conducta negligente y descuidada, o por ignorancia del carácter punible de su conducta —error—, al creer que está actuando legítimamente en el ejercicio de un derecho" [Pastor V., *Ibíd.*: 128].

En la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción 4 de Gijón el 5 de julio de 1988, por primera vez, un tribunal español declara procedente el supuesto de violación conyugal, condenando al acusado a una pena de dos años y cuatro meses de prisión menor. De dicha sentencia podemos sacar las siguientes conclusiones: 1. El tribunal se inclina plenamente por la tesis de la existencia y concurrencia del delito de violación entre cónyuges. 2. Ello no obstante, el tribunal es consciente de que la libertad sexual de la esposa (bien jurídico protegido por este delito) "no goza de tanta amplitud en persona casada que en otra soltera" o, dicho en otras palabras, la libertad sexual de la esposa se encuentra limitada por el débito conyugal. 3. Finalmente, consciente el tribunal de que la pena a imponer al procesado es excesiva (el Ministerio Público solicitaba que se le impusiese una pena de doce años y un día de reclusión menor), se esfuerza en buscar algún tipo de solución legal que le permita reducir de modo considerable la pena, acudiendo a la solución de aplicar a la conducta del procesado el llamado "error vencible de la prohibición", regulado en el artículo 6, literal b) del Código Penal español que permite sancionar una conducta como culposa [*Ibíd.*].

En síntesis, lo que nos dijo el tribunal fue que el procesado cometió un delito de violación, pero que desconocía el carácter delictivo de su conducta, dada su mentalidad, nivel cultural e idiosincrasia, por lo que consideró que en su actuar había concurrido el "error vencible de la prohibición", lo que permitió aplicarle una pena moderada.

En la sentencia dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el Juzgado de Instrucción 3 de Gijón, se declaró probado que el procesado de autos cometió el delito de violación en perjuicio de su esposa por lo cual fue condenado a una pena de catorce años, aplicándose con todo rigor la sanción penal sin acudir a soluciones, como la del error, que permiten reducir la pena aplicable, pues tales soluciones sólo son aplicables en casos concretos y no con carácter general.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, en sentencia del 24 de abril de 1992, ratificando su criterio sostenido en las sentencias del 7/11/1988, 9/03/1989 y 14/02/1990, con relación a la posibilidad de la comisión del delito de violación sobre la propia esposa, estableció que se trata de un atentado contra *la autodeterminación sexual*. Se está en presencia de un auténtico acto de fuerza y no de una negativa simplemente formal de la esposa,



y por ello se dan todos los presupuestos necesarios para estimar existente la violación.

Otras sentencias dictadas durante la última década en España y que recomendamos consultar son las del Tribunal Supremo del 24 de abril de 1992 y del 23 de febrero de 1993.

En España se ha establecido en lo que atañe a la fuerza e intimidación que ejerce el agresor sobre su víctima, que "ha de ser la suficiente para vencer la resistencia inicial de la víctima" [sentencia del T. S. de España del 16/05/1995]. Lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de la intencionalidad decidida del violador, de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque, "en cuanto a la resistencia que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía fuera ésta trascendente, casi heroica, estimándose suficiente una resistencia seria, más tarde definida como razonable, cuando no incluso se *llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva* que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar incluso la vida misma" [sentencias del T. S. de España del 2/12/1991, 18/12/1992, 2/3/1992 y 16/05/1995].

Las sentencias *in comento* son importantes porque dan al traste con la concepción de que la víctima, esposa o concubina, en el delito de violación debe resistirse de manera seria o razonable a la agresión del cónyuge o concubino, quien la conmina por acto de la violencia física o moral al acto sexual. Mucho menos cuando estudios aportados por la psiquiatría y la sicología sostienen que en este tipo de delitos, la resistencia de la víctima potencia la agresión del sujeto activo.

Últimamente los tribunales españoles han dictado una serie de sentencias en materia de violación, verdaderamente lamentables, como diría Ana Rubio Castro, siempre orientadas a la exculpación del cónyuge o del compañero sentimental.

En Venezuela, existe jurisprudencia que considera que el acto carnal debe consumarse para que digamos que estamos en presencia del delito de violación.

Así, en sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Penal, se decía: "El acto carnal, que según nuestra legislación penal —artículo 375 del Código Penal— constituye elemento esencial al delito de violación es definido por la doctrina y la jurisprudencia como coito o acto sexual. El sujeto activo debe yacer con el pasivo para que pueda consumarse el delito de violación. Pero, si en cuanto al sujeto pasivo se llega a admitir que pueda verificarse el acto carnal por órgano que no sea el sexual femenino, como la boca o el ano, no puede en cambio concebirse su realización por el sujeto activo sino mediante su órgano sexual normal, o sea el pene" [sentencia del 17-11-1959 de la C. S. J.].

En el caso del concurso real de delitos se impondrá al reo la pena correspondiente al hecho más grave, pero con aumento de la misma, sin que pueda exceder de treinta años [sentencia del juzgado superior segundo en lo penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Venezuela del 4/02/1993 y sentencia del Juzgado Superior Quinto en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Venezuela del 18/03/1993].

Uno de los aspectos que llama la atención en las decisiones judiciales pre citadas es que se considera que para que se tipifique el delito de violación el sujeto activo debe utilizar, en el acto carnal, el *pene*. De tal manera que la penetración ejecutada con cualquier otro instrumento, o con los dedos, por ejemplo, desvirtuaría el delito.

La consideración de que la penetración siempre debe ser con el pene, aunque hay casos donde la erección del *pene* sólo se consigue con el uso de medios mecánicos, nos parece insostenible, ya que el delito de violación sexual se caracteriza por:

- El ataque a la libertad sexual que se concreta en *una invasión, dominio y sometimiento del cuerpo de la víctima*, en el caso que comentamos, de la esposa o concubina.
- Hacer uso de la fuerza o la violencia. Y esa invasión se consuma bien se ejecute la penetración con el pene (miembro sexual viril) o de cualquier otro objeto o miembro, si tal penetración satisface la intención sexual, dolosa y violenta del sujeto activo del delito.

No hay que perder de vista que el sujeto activo del delito de violación procura para sí o para otro, no para su víctima, la excitación o satisfacción sexual, cuando no la venganza, el odio, el desprecio o cualquier otro sentimiento innoble distinto al goce sexual. Lo contrario sería como sostener que —*mutatis mutandi*—, sólo estaríamos en presencia del delito de homicidio si el arma utilizada para su ejecución fuera un revólver y no en el caso de que el arma u objeto utilizado fuera de distinta entidad. El telón de fondo es que toda persona tiene el derecho fundamental a no verse involucrada, sin su consentimiento, por otra persona, en un contexto sexual. Y así como se acepta, con relación al sujeto activo, que la penetración puede consumarla sobre su víctima, en vagina, boca y ano, de la misma manera puede haber violación si la penetración la ejecuta el sujeto activo del delito en vagina o ano por medio de los dedos o de cualquier otro objeto, incluyendo *los penes portátiles, mal llamados consoladores*.

De cualquier manera, los tribunales venezolanos han sido tímidos a la hora de pronunciarse sobre la violación en los consorcios sexuales, lo cual es consecuencia de una sociedad altamente machista, en donde el tratamiento de la mujer como *objeto sexual* sigue como orden del día. Quien dude de la anterior aseveración sólo tiene que revisar el concurso de Miss Venezuela, las telenovelas y la publicidad comercial en general.

Lo que dice el derecho internacional

La violación, los golpes y las intimidaciones de todo tipo ocurridos en los hogares, apenas fueron reconocidos como atentados a los derechos humanos de las mujeres en la década de los años ochenta. Como delitos contra los derechos humanos, hasta esa década, sólo eran reconocidos tales actos si eran perpetrados por regímenes dictatoriales contra prisioneras políticas que sufrieran torturas y violaciones en las cárceles.

Según ha ido tomando cuerpo la teoría de los derechos humanos de las mujeres y permeando a los gobiernos y otras instituciones nacionales e internacionales, se han asumido una serie de acuerdos y compromisos internacionales como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que establece como objetivos prioritarios de la comunidad internacional "la plena participación, en con-

diciones de igualdad de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacionales, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo..." [artículo 18].

Lo importante de la anterior declaración es que se precisa que la violencia que se da en el ámbito privado tiene las mismas repercusiones que la ejercida desde el Estado. Esto significa acabar con el anonimato característico de los hechos de violencia ocurridos dentro del ámbito doméstico, y darles igual validez política que a los asesinatos, torturas y violaciones producto de la represión política [campaña "Una vida sin violencia, un derecho nuestro" de Isis Internacional].

También hay que tener presente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de abril de 1978, que estableció que el trato inhumano o la tortura es algo diferente del simple trato degradante, produciéndose éste siempre que se propicia la humillación o el envilecimiento en cierta medida.

De la misma manera, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Eliminar la Violencia contra las Mujeres (1994), más conocida como Convención de Belém do Pará, son excelentes instrumentos para la lucha contra la violencia, en especial la violencia en el ámbito doméstico.

En Venezuela, la Ley Sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, aun cuando es un instrumento legal que permite la denuncia y procesamiento de la violencia contra las mujeres, se queda corta ante la realidad. Por ello reclamamos una inminente reforma del Código Penal que aumente el rigor punitivo de los delitos, hoy considerados "contra las buenas costumbres y el buen orden de las familias", y que debieran ser considerados "delitos contra la libertad sexual".

Un paso de avance ha sido la recientemente promulgada Constitución Nacional (1999), que en su artículo 23 establece la jerarquía constitucional, aplicación preferente en el orden interno y la aplicabilidad directa e inmediata por los tribunales, de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela; lo cual puede incidir, con el transcurso del tiempo, en la tipificación y el tratamiento punitivo de la violación en el ámbito interno.

En la teoría feminista es impostergable teorizar sobre algunos temas que contribuyan a afinar los conceptos legales relacionados con la violencia, tanto en el área civil como en el área penal.

Uno de esos temas es el de la intimidad. "Probablemente no sea una coincidencia que las mismas cosas que el feminismo considera fundamentales para el sometimiento de las mujeres —por ejemplo, el lugar, el cuerpo; las relaciones en general, las relaciones heterosexuales; las actividades en las que se centran, las relaciones sexuales y la reproducción, y hasta los mismos sentimientos y la intimidad— constituyan el núcleo de lo que engloba la doctrina de la intimidad. Desde esta perspectiva, el concepto legal de intimidad puede amparar y de hecho ha amparado la violencia, la violación dentro del matrimonio y la explotación de las mujeres. Dicho concepto ha mantenido las realidades instituidas fundamentales por medio de las cuales las mujeres se ven privadas de su identidad, su autonomía, su gobierno, sus preferencias... Este derecho a la intimidad es un derecho de los hombres a que se les deje solos para oprimir a las mujeres [Mackinon, 1987: 101-102]."

Es necesario diseñar estrategias y políticas de intervención social que permitan canalizar la protesta social, más sabia muchas veces que el mismo legislador, que exige un tratamiento delictivo igualitario para la violación, tanto en el matrimonio como en las uniones de hecho, y lograr la reforma de los códigos penales en lo que a delitos sexuales se refiere.

Además, y siempre bajo la óptica de los derechos humanos, es necesario ampliar lo que pueda considerarse como violencia sexual, siendo tal cualquier acto de naturaleza sexual cometido en circunstancias en las que la mujer afectada se vea coaccionada, independientemente del estado civil de la víctima, para la cual debemos pedir penas mayores a las establecidas en las leyes penales de Venezuela y España. Y en ese trabajo, el derecho internacional está llamado a cumplir una tarea fundamental.

Tal vez hoy más que nunca es la hora de reivindicar, dentro o fuera del matrimonio, el reclamo que hiciera Virginia Wolff: *El derecho a una habitación propia, el derecho a un cuerpo propio.*

Conclusión

A los ejemplos innumerables de una fuerte presencia de la violación en los consorcios sexuales en Venezuela y en España, responde la escasez de los juicios y de las sentencias condenatorias. Ésta es una paradoja aparente cuyas causas son fáciles de identificar y que comparten tanto España como Venezuela: el acuse por parte de ambas sociedades de la violencia contra las mujeres como violencia primordial, la tolerancia ante la violencia sexual, la

♦♦♦

vulnerabilidad de las mujeres, la persecución escasa de la violación, el secreto difuso y generalizado por parte de las víctimas, los allegados y progenitores, la creencia patriarcal (simbólica) de que todos los cuerpos de las mujeres están allí para satisfacer las necesidades corporales de todos los hombres y, en particular, de que el cuerpo de la cónyuge se encuentra a disposición del marido. Todo ello, aunado a una legislación y a una práctica jurídica que acusan un derecho sexista que es necesario superar, en sociedades que se dicen democráticas. ♦



Bibliografía

Aponte S., Elida, "La ética del derecho o el derecho de la mujer", en *Frónesis*, volumen 3, número 1, abril de 1996, Maracaibo, Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J. M. Delgado O.", Universidad del Zulia, pp. 11-30.

Cuello Calón, Eugenio. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Barcelona, editorial Bosch, 1972.

De Vega Ruiz, José A. *La violación en la doctrina y en la jurisprudencia*. Colex 15, Madrid, editorial Colex, 1994.

Gimbernat Ordeig, Enrique, " Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español", en *Revista de Estudios Penales*, Madrid, 1976.

González Rus, Juan. *La violación en el Código Penal Español*. Granada, 1982.

Grisanti A., H. y Grisanti F., A. *Manual de derecho penal. Parte especial*. Valencia, editan los autores, 1984.

Mendoza Troconis, José R. *Curso de derecho penal venezolano*. Tomo VIII, Madrid, Gráficas Letra, 1965.

Muñoz Sabaté, L. *Sexualidad y derecho, elementos de sexología jurídica*. Barcelona, editorial Hispano-Europea, 1976.

Pastor Vita, Francisco, "La violación conyugal en el derecho penal español", en *Anuario*, volumen V, Málaga, Centro Asociado de la UNED de Málaga, 1991.

Prieto Rodríguez, Javier Ignacio. "Actualidad penal", número 9, España, 1991.

Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo III, Buenos Aires, 1953.

Orts Berenguer, Enrique. *El delito de violación*. Valencia, 1981.

Código Penal español. COLEX, Madrid.

Código Penal venezolano. Caracas, Distribuidora Escolar, 1975

Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará). O. E. A., 1994, Ley Aprobatoria, Venezuela, 1995.

Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Colección Ramírez & Garay, Caracas.

Jurisprudencia de los Tribunales de España. COLEX, Madrid.