

¿LA VIOLACIÓN O LA REGULACIÓN DEL ACCESO SEXUAL EXCLUSIVO DEL VARÓN?

Extracto del Artículo "Sexualidad y Reproducción" de Lorena Fries y Verónica Matus

En Chile, el delito de violación consiste en la penetración del pene en la vagina de una mujer ya sea por la fuerza, cuando ésta está privada de razón o bien cuando es menor de 12 años. Ninguna otra conducta por más impuesta o forzada que sea, constituye violación. Esto es absolutamente coherente con el origen histórico del delito de violación y con la ubicación que tiene en el código entre los delitos que atentan contra los bienes jurídicos del orden de la familia y la moralidad pública.

En efecto, históricamente las leyes matrimoniales y las leyes de violación se entrelazaron a partir de la figura del varón, dueño y jefe de familia. En este contexto, era permitido capturar y violar a las mujeres de otras tribus mientras que esa acción no se permitía con las mujeres de la misma tribu a la que pertenecía el varón. El desvalor no era la conducta sexual, sino que la usurpación de la posesión y del derecho tribal al control del acceso sexual de las mujeres, concebidas como parte de las posesiones del varón. El matrimonio, establecía la ley, se consumaba a través de la desfloración y de pruebas ceremoniales de la virginidad de la mujer. La violación criminal se refería a la destrucción de la virginidad fuera del contrato matrimonial, pues en éste no se concebía su existencia. Con el tiempo, la definición de la violación se amplió desde el punto de vista del objeto poseído; no constituyó violación el acto de certificación de virginidad que el señor feudal verificaba con la futura cónyuge de un vasallo, asimismo de la relación con el dueño, porque la violación se amplió para aceptar la falta de castidad de la cónyuge, extendiéndose hasta aquellas mujeres no vírgenes. De acuerdo a Susan Brownmuller, la relación entre violación y matrimonio se refleja en "la violación de los derechos de posesión del macho basadas en las exigencias masculinas de virginidad, castidad y consentimiento al acceso privado, estas tres últimas como contribuciones femeninas al contrato de matrimonio"^[1]. De manera que la garantía de impunidad a los maridos que fuerzan sexualmente a sus cónyuges es tan antigua como el origen de la violación.

Comment [1]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [2]: <!--[endif]-->

El deseo del varón por mantener un acceso exclusivo, total y completo a la vagina de la mujer - de acuerdo a las leyes matrimoniales- surge de la necesidad de certidumbre en la concepción y del manejo de los derechos hereditarios. El concepto de violación es masculino desde sus orígenes y también contemplaba la defensa de la virginidad de la hija, manteniendo la misma lógica de dueño; debía sancionarse porque dañaba la mercancía valiosa antes de llegar al mercado matrimonial.

A finales del siglo XX, la violación permanece aún ligada a los antiguos conceptos patriarcales de propiedad. En efecto, en la violación se define el lugar y la legitimidad del ejercicio de la sexualidad de la mujer: extra matrimonial es ilegítima y matrimonial es legítima. Fuera del matrimonio hay violación pero aquel autoriza su comisión dentro de la familia.

El atentado "al orden de la familia" se configura cuando un tercero varón, extraño al núcleo familiar, accede sexualmente a una mujer, posesión que es de otro y que está legitimada por el matrimonio. Sólo los varones pueden ser agresores en este delito y sólo las mujeres pueden ser violadas. La violación presupone que el género masculino es el titular sobre el cuerpo de la mujer de ahí que sea necesario regular este acceso para que solo un varón, el dueño, ejerza dicha titularidad. ¿Cuándo abusan de este derecho? Cuando acceden sexualmente y a través de penetración vaginal (por ende con riesgo de embarazo) a una mujer que en tanto casada con otro, no es legítima propiedad del agresor. Las mujeres son víctimas de estos varones sólo en cuanto estos cometan dicho abuso, pues estando la violación radicada en el ámbito de un matrimonio la mujer no es víctima y cumple con un deber, el de la sumisión frente a su dueño.

La norma penal opera bajo el supuesto que la violación ocurre siempre en el ámbito público y por terceros desconocidos para la víctima. En efecto, la estructuración que hace el código de los delitos relacionados con la sexualidad, contraponen la violación al incesto, siendo este último un delito que ocurre en el ámbito privado, de la familia, y que conlleva una pena menor por su menor desvalor^[2]. La violación entre cónyuges no se tipifica en tanto es atributo de posesión del varón cónyuge acceder sexualmente a su mujer, complementado con la norma del Código Civil que obligaba a la mujer a la obediencia y que suponía la cohabitación, en tanto uno de los fines del matrimonio era/es la procreación. Es la familia patriarcal y su proyección pública la que debe protegerse.

El delito de violación supone la negativa y resistencia por parte de la mujer adulta al agresor. De allí que éste aplique fuerza o intimidación, primera

Comment [3]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [4]: <!--[endif]-->

hipótesis que considera la ley. Sin embargo también comprende aquellas situaciones en las que no hay consentimiento, o bien que lo haya pero que no sea válido, por que está distorsionado, por que no hay ninguna manifestación de éste o porque se trata de una menor de 12 años a la que se la presume sin posibilidad de consentir. En los primeros dos casos, estamos ante un caso hipotético de violación a mujeres adultas por parte de un tercero que no es su cónyuge y que es un extraño ajeno al núcleo familiar. En la última sin embargo, se protege que la hija llegue "limpia" y sin mácula a su objetivo, ser de otro a través del matrimonio. De ahí que el sujeto contra el que se atenta sea también el Jefe de Familia y por ende la familia.

En el delito de violación (Artículo 361^[3], Código Penal) el sujeto activo es siempre un varón mientras que el pasivo siempre una mujer. En este sentido, la formulación del tipo penal no es neutra lo que confirma que el bien jurídico protegido no es la libertad sexual sino que el control del cuerpo de la mujer en el seno de la familia legítima y, a lo más, la libertad sexual del varón, compatible con el dominio sobre el cuerpo de la mujer.

Comment [5]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [6]: <!--[endif]-->

De acuerdo a la legislación chilena, la violación requiere del sometimiento de la víctima, sea por el uso de la fuerza o por intimidación. La primera alude a la violencia material para someter a la víctima. Sin embargo, no considera que hay fuerza cuando los actos del varón no se encaminan unívocamente al logro de la cópula, sino solo a la excitación (figura de abusos deshonestos). La intimidación, por su parte, es la violencia moral que actúa significativamente sobre la víctima para que esta acceda a la violación. Obviamente se trata de un consentimiento viciado en tanto no nace libre y espontáneamente sino que es forzado por el agresor. Para algunos autores, la excitación que la mujer pueda provocar al varón, aun sin la intención de acceso carnal completo, constituiría una atenuante. En la ley chilena, el Artículo 11 N°5 del Código Penal establece una atenuante, descrita como "obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación" invocada en algunos casos para dar cuenta de que el agresor habría obrado movido por algún grado de reacción a la excitación de la víctima.

La "fuerza o intimidación" como uno de los requisitos de este delito, tiene dos caras. Es la fuerza que emplea el autor, pero también tiene que ver con la mayor resistencia de la víctima, evaluada a partir de las lesiones visibles. De esta manera las lesiones forman parte del delito e inciden en la evaluación del juez, para quien es diferente la mujer que opone resistencia y se defiende, de aquella que no lo hace y que por ende no resulta creíble. En efecto, en una investigación realizada por la Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada, algunos de los jueces varones entrevistados señalan lo

siguiente: "La víctima incita al violador, es el amigo y aceptaron tener relaciones sexuales y después le explican a los padres que fue violación. A veces la mujer es provocadora." La mujer es víctima, aunque no tanto porque "ahora es difícil establecer si la mujer incitó, las niñas ahora son más provocativas, resulta fácil abordar al hombre".

Otro juez ejemplifica el delito de violación señalando:

Voy a contar una historia, se trata de una reina a la que le llevaron a una violada y a un violador para que dirimiera el caso. La reina tomó una espada, se quedó con la vaina en la mano y se la pasó a la violada y le dijo que intentara poner la vaina en la espada, se quedó ella con la vaina en la mano y se la pasó a la violada y le dijo que intentara ponerla en la vaina. Cuando la mujer intentaba hacerlo, la reina se movía y así lo hizo varias veces, de modo que no pudo ponerla en la vaina. La reina entonces dijo: si tu no hubieses querido no habría espada que hubiera entrado en tu vaina.

El juez prosigue:

Es cierto que así se da, yo tuve a un hombre cuatro o cinco días preso y luego la mujer confesó que no la había violado, que lo que le pasó es que le había prometido matrimonio y luego no cumplió, pero que ella se acostó con él con consentimiento. No se puede afirmar así no más que la violación no existe, eso no. Cuando los hombres dicen que las mujeres son las que los provocaron, eso no más es una excusa. A mi manera de ver el violador es un anormal que debe ser sancionado.

Parecen ser dos las opciones más generalizadas para los jueces: o la mujer miente al afirmar que es violada para vengarse del hombre, o alimenta el mito de que los autores de este delito son hombres que presentan trastornos síquicos. Uno de los jueces manifiesta: "son débiles mentales o de limitada inteligencia porque si no no lo harían". Sin embargo estudios realizados por el Centro de Atención a las Víctimas de Abuso Sexual (CAVAS) demuestran que en un alto porcentaje, los agresores no sufren de ningún tipo de trastorno de la personalidad. Mas aún aquellos respecto de los cuales podría esgrimirse algún tipo de patología corresponderían al 50% de los agresores que no tienen relación alguna con la víctima que constituyen alrededor de un

20% del total de los agresores por abuso sexual.

La tendencia a patologizar al autor hace que los jueces opten mayoritariamente por pedir un perfil psiquiátrico de éste y no uno de la víctima, el que podría arrojar mayor certeza psicológica sobre la comisión del delito dado los avances en materia de constatación de síntomas post-traumáticos. Estos sin embargo, se constituyen en recurso para los jueces sólo cuando se trata de víctimas menores de 12 años⁴, restándole toda credibilidad a las mujeres adultas víctimas de violación. El conjunto de prejuicios que operan en la aplicación que de la ley hacen los jueces puede resultar determinante en el acercamiento que tienen frente a las partes involucradas en el delito y en el requerimiento de diligencias probatorias.

Comment [7]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [8]: <!--[endif]-->

En la violación, de acuerdo a algunos jueces:

son claves los elementos de prueba, tiene que haber una certeza, porque hay casos en que se inventan los hechos que posteriormente se reconocen, después de salir en primera plana, se demuestra la inocencia del sujeto. Lo que pasa es que lo que no se demuestra es su culpabilidad. También hay invento para proteger a los posibles acusados.

El prejuicio sexista introduce una sospecha respecto de la mujer violada, que ella debe encargarse de aclarar, a través de la comprobación de las huellas y marcas que demuestran la resistencia que opuso. Así uno de los jueces entrevistados dice:

Es fácil acreditarlo, las lesiones son comprobables. En la violación tiene que haber fuerza, si no la golpearon, amarraron de manos, pegaron y eso deja señales, marcas. En el proceso la víctima revive todo lo que le ocurrió.

Esta interpretación restrictiva del delito de violación deja a un lado dos de las hipótesis que la norma admite: la violación con pérdida de razón o inconsciencia de la mujer, y aquella en que la fuerza se ejerce con intimidación. La inadmisibilidad en la práctica de este tipo de violación garantiza la impunidad de los varones violadores que se enfrentan a un proceso judicial por estas razones. En efecto, si la violación debe dejar huellas y marcas, si presupone la oposición y resistencia de la víctima, ¿qué pasa con aquella mujer desmayada por alcohol, o aquella que es intimidada a través de la amenaza a un familiar cercano?

Los medios de prueba más frecuentemente considerados por los jueces en la violación son los informes médico legales, los que acreditan sobre la existencia de desfloración^[5], la existencia de líquido seminal en el cuerpo o las ropas de la mujer violada y de otro tipo de lesiones que si bien no acreditan el delito sí otorgan mayor credibilidad a la víctima frente al juez. El informe médico gineco-obstétrico sitúa como parámetro de existencia de la violación la ruptura reciente del himen. Sin embargo, a menos que se acompañen lesiones que den cuenta de la resistencia que opuso la víctima frente a su agresor, no podrá concluirse que la violación existió, aun cuando existan restos de semen en la vagina de la víctima. Si no hay señal de lesiones, y si la víctima ha tenido una vida sexual activa anterior al delito queda virtualmente descalificada como sujeto pasivo idóneo. Así con relación a la prueba de la "pureza" de la mujer, el juez puede o no considerarla dependiendo del nivel de lesiones que se puedan constatar. No obstante, una vez perdido el himen aumentan los grados de impunidad del varón frente a los hechos que le sean imputados. Un 90% de los casos que se someten al conocimiento de los tribunales son sobreseídos o absueltos producto de esta situación.

Comment [9]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [10]: <!--[endif]-->

En una sentencia de violación del año 1990, consta:

Se interrogó al reo, quien confesó haber pretendido tener relaciones sexuales con..., a quien tendió en el suelo, y le rompió los calzones con una tijera que manejaba, pero aún así ella no quiso y forcejeó hasta que apareció un testigo e hizo cesar el asedio. Pasado un momento se hizo presente un segundo testigo que dijo pertenecer al cuerpo de Carabineros y llevó al cuartel al reo y a la niña.

El reo fue acusado de violación frustrada y condenado por sentencia de primera instancia, a tres años y un día de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias como autor de violación frustrada. En la Corte de Apelaciones se condena al reo como autor de tentativa de violación, a la pena de sesenta y un días concluyendo que debe aplicarse el Artículo 362 del Código Penal que castiga la tentativa de violación como delito consumado por haber principio de ejecución. Se interpone recurso de casación en el fondo por la pena aplicada, autor de violación consumada, que señala que se incurrió en error al confundir tentativa con principio de ejecución, agregando más adelante:

el acto de tender a la niña en el suelo, levantarle los vestidos, sacarle los calzones y cubrirla mientras ella forcejeaba para zafarse de la agresión y pedía auxilio, son hechos directos,

destinados, sin duda, a consumar el coito forzado; pero no constituyen todavía un principio de ejecución del delito si no se comprueba un comienzo de introducción del pene del varón en la vagina de la mujer.

La Corte resuelve finalmente:

Que los hechos establecidos en la sentencia recurrida no se refieren a un comienzo de introducción del miembro viril en la vagina de la mujer ofendida, y por consiguiente no constituyen un principio de ejecución del acto sexual forzado, que el reo pretendió ejecutar con ella..., los hechos estuvieron dirigidos a una finalidad sexual no admitida por la ofendida, aunque faltaron otros para la iniciación del acto sexual; y en consecuencia el delito sólo fue intentado, y se condena... a la pena de un año de presidio menor en su grado mínimo.... como autor de violación en el grado de tentativa.

En este caso, una vez más, se exige para calificar la acción de violación frustrada probar la introducción del pene en la vagina, para lo que obviamente deben existir huellas o marcas susceptibles de acreditarse a través del Instituto Medico Legal.

Otra de las pruebas que permiten al juez ir afirmando una convicción respecto al caso es el careo. Este consiste en el enfrentamiento de las declaraciones tanto del inculpado como de la víctima, en una misma audiencia y frente a un funcionario del tribunal. Aún así varios jueces varones señalan que cuando la víctima no quiere enfrentar la situación hay algo sospechoso. "El careo con el autor es positivo para el juez, es una prueba fundamental. Las víctimas, en general no aceptan ser careadas. La mujer es más afectada en el careo, sin embargo es útil. En algunos casos no quieren por temor, por haber consentido".

En estos delitos en los que sólo las mujeres son víctimas ésta resulta claramente desprotegida por el sistema penal que la desacredita y utiliza arbitrariamente las pruebas legales favoreciendo la impunidad del varón. Quizás se busque componer con esta impunidad la existencia de una regulación que en materia sexual afecta directamente a la titularidad que el género masculino tiene sobre los cuerpos de las mujeres.

Comment [11]: <!--[if !supportFootnotes]-->

[1] Brownmuller, Susan. *Contra nuestra Voluntad*.

[2] El argumento que se esgrime para la penalización del incesto no es sin embargo el de la exclusividad del varón incluso dentro de la familia sino que el de la posible degeneración de la estirpe lo que cae en contradicción con la propia norma que sanciona como incesto la relación entre personas unidas por parentesco por afinidad.

[3] Art.361: "La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1. Cuando se usa de fuerza o intimidación

2. Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa

3. Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores."

[4] Area Ciudadanía y Derechos Humanos, Corporación de Desarrollo de la Mujer. *Intervención crítica desde una perspectiva de género y de derechos humanos en el sistema jurídico penal*. La MORADA, Santiago, 1998.

[5] *Idem*.

Comment [12]: <!--[endif]-->

Comment [13]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [14]: <!--[endif]-->

Comment [15]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [16]: <!--[endif]-->

Comment [17]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [18]: <!--[endif]-->

Comment [19]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [20]: <!--[endif]-->

Comment [21]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [22]: <!--[endif]-->