

**RECENSIÓN DEL LIBRO DE LOURDES SORIA SESÉ,
LA HONESTIDAD CONGÉNITA DE LA MUJER.
HISTORIA DE UNA FICCIÓN JURÍDICA
(MADRID, IUSTEL, 2011, 195 PÁGS., I.S.B.N. 978-84-9890-165-8)**

Por D.^a CARMEN LOSA CONTRERAS
Profesora Titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid

En las últimas décadas los mal llamados, a mi entender, estudios «de género» se han convertido en un tema de moda entre historiadores y juristas. La obra que aquí reseñamos, como su título nos sugiere, participa de la loable inquietud por analizar la Historia del Derecho penal, otorgando un protagonismo a las mujeres que sistemáticamente había sido ignorado. La profesora Soria, con un admirable rigor jurídico, prescinde de apreciaciones sentimentales, para abordar el estudio de tipo penal específico, el estupro, desde su configuración en el Derecho romano hasta la regulación que adopta en los diversos códigos penales españoles del siglo XIX.

La autora remarca la importancia de un delito cuya configuración permanece casi inalterada durante diez siglos, porque nos permite mostrar la convención social casi sin fisuras, de la mujer como un sujeto necesitado de tutela. La víctima de estupro debe ser protegida por «razón de su indefensión espiritual y carnal, fruto de su congénita debilidad frente al engaño».

Página tras página, con el meritorio empeño de apuntalar con datos fehacientes su novedoso enfoque, a la vez que muestra la difícil caracterización de este delito frente a figuras similares como el adulterio o el rapto, la autora demuestra su hipótesis de que fue precisa la creación por la doctrina de la presunción sobre la «candidez femenina ante el engaño» para justificar la defensa de la protección del honor familiar, en consonancia con una mentalidad social que poco ha evolucionado a través de los siglos. Para constatar la veracidad de dicha hipótesis el estudio se sirve los instrumentos analíticos y conceptuales adecuados: fuentes normativas y doctrinales que nos permiten contemplar el estupro con una perspectiva dilatada en el tiempo; ingente material documental proveniente tanto de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid, como del Archivo General de Guipúzcoa, en su sección Corregimiento; y, por supuesto, una extensa bibliografía.

La obra se sujeta a un plan que permite abordar, con sincronía precisa, los diversos aspectos de la investigación. Tras justificar el interés de la investigación, señalar su objeto, así como las hipótesis de trabajo, en las páginas que, a la manera clásica, la autora titula «Planteamiento»; el capítulo I, se remonta a los precedentes del estupro en el Derecho Romano, examinando la vinculación con delitos similares a través de la «*Lex Iulia de adulteriis coercendis*», lo que permite una clara conceptualización del estupro, además de valorar la labor jurisprudencial posclásica que permitió fijar los elementos fundamentales del tipo penal, inalterados hasta su desaparición; en concreto, la presunción de la existencia de engaño a la mujer; y la imposición, como bien jurídico protegido, la honestidad.

Fijados los elementos esenciales del ilícito penal, se aborda en el extenso capítulo III, su configuración legal en el Derecho castellano, conforme a los parámetros del Derecho de la Recepción, donde se da entrada a un elemento singular, que no se había detectado ni en el mundo visigodo ni en la regulación foral, la relación ilícita con «mujer de religión». Así la VII Partida consagra el concepto de estupro como delito en que el sujeto pasivo es una mujer libre no casada y honesta, virtud que se presume en las religiosas, mientras que en el caso de las vírgenes y viudas demuestra por su buena fama y su modo de vida (pág. 34). El recorrido normativo que la profesora Soria esboza desde el siglo XIII al XIX, le hace concluir que la tipificación que se recogía en Partidas se mantiene a grandes rasgos, con la introducción en el Ordenamiento de Alcalá de la variante del estupro doméstico. El Derecho penal ilustrado, a diferencia de otros delitos, no introduce otro cambio que la benignidad en la sanción con el único fin de evitar los frecuentes abusos de las querellantes en orden a mejorar sus expectativas materiales; por ello, la Real Cédula de 1796, recogida en la Novísima marca un punto de inflexión, al abandonar la presunción del engaño, lo que priva de justificación al delito; sin embargo parece mantenerse la ficción jurídica de la honestidad, para castigar la fornicación con libre consentimiento, por cuanto su práctica genera corrupción de costumbres que comporta riesgos para el orden moral y social imperante. El exhaustivo repaso que sobre la regulación que los códigos penales hacen del estupro, donde se detecta la influencia francesa, especialmente en el de 1822, hacen concluir a la autora que, a pesar de las mejoras técnicas que se introdujeron en 1848, ninguno de ellos supera la regulación que del ilícito se realizó en Partidas.

En el capítulo IV, se afronta el tratamiento doctrinal que mereció el estupro. Si bien canonistas y civilistas no le dedicaron más atención que considerarlo una especie separada del adulterio, poniendo el cuidado en salvar el escollo del consentimiento; los comentaristas del Derecho Regio –Antonio Gómez, Juan Gutiérrez, Gregorio López–, así como los juristas del XVII y XVIII (Berní, Elizondo) realizaron la verdadera construcción del ilícito sobre la base del Derecho común, matizando sobre la apreciación del engaño, y, por su querencia a la práctica, dando gran importancia al tema de la prueba.

Como apunta la autora, el siglo Ilustración, impone la eficacia y el tratamiento coherente de los principios ya existente y la presunción de engaño se sustituye por la libre voluntad, pues los juristas intentan impedir un resultado injusto, premiar a las mujeres culpables, incluso por el mismo hecho de consentir; pues la pena –indemnización o dote– se entiende como incentivo para una falta de honestidad elegida; la doctrina propone la valoración de cada caso al arbitrio del juez. A principio del XIX, la autora cita la *Práctica criminal* de José Marcos Gutiérrez, se empieza a valorar la despenalización del delito en muchos de los casos. Los comentaristas de los códigos penales, García Goyena y Pacheco, siguen esta opinión, dando un sentido indemnizatorio a la pena, pues al ser un delito privado, el consentimiento de la víctima, lleva implícito el perdón y pone fin al proceso.

Si hubiera concluido aquí el libro, tendríamos un meritorio estudio sobre la configuración normativa y doctrinal del estupro, pero el capítulo V, nos muestra el por qué nos encontramos ante una obra de referencia inexcusable. Dedicado al estilo judicial, por la novedad de su planteamiento y el rigor de sus conclusiones, estimo que es el núcleo central de este trabajo y, como tal, es preciso destacar sus aspectos principales. La profesora Soria señala la importancia del manejo de las resoluciones judiciales como medio para conocer la efectividad penal, así como para calibrar el siempre discutido tema de la arbitrariedad judicial. Si en páginas anteriores veíamos una tendencia doctrinal a la estabilidad en el tratamiento del estupro, ahora se plantean si los cambios en la aplicación de la justicia son verdaderamente tan acelerados como se presume. En definitiva la profesora Soria se plantea determinar el delito efectivamente castigado y el objetivo que persigue dicho castigo; además, el hecho de presentar un delito de elaboración doctrinal, construido sobre una ficción, los actos procedimentales corroboran la estabilidad del hecho social protegido.

En armonía con las hipótesis planteadas, la autora aborda la validación de un tópico jurídico muy difundido: el triunfo de la uniformidad del derecho penal por obra conjunta del *Ius proprium* del reino y el *Ius commune*, con la consiguiente postergación de las costumbres locales. Para ella, esta igualación se produce, con el decidido apoyo de la Corona, por el predominio de la cultura escrita que simboliza la actuación de los letrados en la aplicación del Derecho. Esta opinión se demuestra con los datos que proporcionan los procesos de primera instancia en Guipúzcoa, donde la práctica del derecho tradicional, la oralidad y la actuación de alcaldes locales legos, hacia difícil la postergación de un derecho local consuetudinario. Para ello, Soria, ha revisado una ingente cantidad de pleitos de Justicia ordinaria, fechados entre 1585-1625; período cronológico al que podría oponerse que da una visión sesgada del problema al dejar fuera los siglos XVIII y XIX, ignorando la perspectiva amplia que presenta la obra.

Del análisis de los procesos, que comparten tres caracteres ineludibles (cualidad de la víctima como doncella, existencia de dolo y resarcimiento del daño), pueden extraerse consecuencias muy interesantes:

1. Predominio del Derecho culto, propiciado por el interés económico de los alcaldes (pág. 116): «aunque por la costumbre, y la sencillez, brevedad y rapidez del procedimiento, era más acorde a la mentalidad de los vecinos el proceso oral [donde los alcaldes no recibían más remuneración que la participación en las penas], sin embargo, la conveniencia económica de los alcaldes va a inducirles a preterirlo en beneficio del escrito».
2. La forma escrita, reproduce un proceso mixto sin formalidades conforme a la fórmula canónica «*simpliciter e de plano...*», a la que se añade la cláusula «sabida solamente la verdad», lo que abre la vía al albedrío judicial, lo que para la autora, en sintonía con los postulados de Tomás

y Valiente, genera importantes repercusiones negativas para la defensa del procesado.

3. El iter procesal del estupro se concreta, tras su inicio ante el alcalde ordinario, en tres fases: la sumaria –información de testigos, medidas cautelares, y, en su caso, confesión del acusado–; plenaria –acusación formal, tres días de descargo para el acusado, sentencia interlocutoria recibiendo el pleito a prueba–, y, finalmente, sentencia definitiva donde solo queda consignado si se ha demostrado la pretensión del querellante y la pena impuesta.

En los pleitos ante las instancias superiores, donde si se contempla un período temporal más amplio, la autora comprueba, como no podía ser de otro modo, que responden al modelo común del Derecho canónico, aun en el siglo XIX. En ellos se exige la prueba de la honestidad, se restringe la presunción del engaño que requiere promesa de matrimonio, y la sanción civil –multa, prisión o destierro– aparece frecuentemente como complemento de la canónica.

No conforme con el abundante aparato crítico, documental y bibliográfico que contiene esta monografía, la autora añade un anexo documental que nos permite asistir, gracias a una cuidada transcripción de los pasajes fundamentales, al completo desarrollo de un proceso por estupro de finales del XVI¹. La elección del proceso es la adecuada porque nos permite comprobar todas y cada una de las aseveraciones que se han vertido en la monografía, y nos permite conocer de primera mano cómo se percibía socialmente y se castigaba este delito.

Lourdes Soria, desde hace años, es acreedora del respeto de la comunidad científica por su categoría intelectual, y su inmensa capacidad de trabajo. Si consideramos, además, que la calidad de una monografía avala el acierto en la elección de tema, me atrevo a calificar, sin miedo a equívocos, a esta obra como modelo a seguir en la construcción de la Historia jurídica desde la perspectiva de la mujer, como sujeto social. La evolución que la regulación de este delito, en casi diez siglos, nos muestra a la mujer como sujeto social silenciado y preterido, en este caso pasivo, frente al protagonismo de unos hombres que imaginaban, elaboraban, aplicaban y en muchos casos padecían el Derecho. Lourdes Soria ha expuesto con maestría la evolución de un ilícito penal, como instrumento de denuncia de los prejuicios, que revestidos de presunción jurídica, informaban, ¿hasta hace poco?, una sociedad tradicionalmente estática y patriarcal.

¹ *El estupro a la letra o el elocuente proceso de Teresa Larrínaga* (págs. 119-170). Este completísimo expediente de unos 200 folios, nos guía en varias instancias judiciales (señorial, concejil y regia), el proceso civil iniciado a demanda de Teresa de Larrínaga, vecina de Oñate, sobre deuda de la dote, como pago de indemnización por el estupro que sobre su persona cometió el clérigo, Antonio Abad de Gauna. Como el culpable había fallecido, se reclamó el pago a su presunta heredera, también vecina de Oñate. La demanda se interpuso en 1569 ante el Conde de Oñate, y luego se pasó ante la Chancillería de Valladolid, con sentencia de 19 de marzo de 1571, confirmando el pago de la indemnización que había sentenciado el alcalde de Oñate, Pedro Sánchez Avendaño.