

ACERCA DE LA “DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO” A TRAVÉS DE LAS REFORMAS DEL DERECHO PENAL SEXUAL	33
I. Interpretación del derecho penal sexual	33
II. El objeto de protección.	37
III. Protección de la libertad sexual	49
IV. Protección de la indemnidad sexual.	73
V. Las consecuencias jurídicas del delito sexual.	82

ACERCA DE LA “DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO” A TRAVÉS DE LAS REFORMAS DEL DERECHO PENAL SEXUAL*

I. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL SEXUAL

Los estudios “de género” o de “feminismo legal”,¹ adoptan diferentes posturas “estratégicas” frente a la utilidad del DP para contribuir a la igualdad de la mujer,² desde su utilización radical,³ instrumental⁴ o promocional,⁵ hasta la renuncia a este control en el marco del abolicionismo.⁶ Por su valor victimológico, éstos pueden contribuir al desarrollo de un derecho penal sexual orientado a sus consecuencias político criminales, sin que ello signifique adoptar

* Esta contribución fue concluida en el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau-Alemania, en febrero de 2000, gracias a una beca de la Sociedad Max Planck.

1 Para Arcila Arenas, “Género y sistema penal: a propósito de la Ley 360 de 1997”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, 1999, p. 46, el análisis de género “requiere de un enfoque particular que, a manera de una nueva mirada debevel diferentes formas y campos en que opera el ordenamiento social de los sexos y la circulación de poder que ese ordenamiento acarrea”.

2 Van Swaaningen, “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d’Estudis i Formació*, núm. 5, 1989, pp. 85 y ss.

3 Smaus, “Abolicionismo. El punto de vista femenino”, *No Hay Derecho*, núm. 7, 1992, pp. 10 y ss.

4 Bovino, “Delitos sexuales y feminismo legal: (algunas) mujeres al borde de un ataque de nervios”, *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 14, 1997, pp. 21-24. Antony, “Reflexiones sobre feminismo legal y criminología”, *Criminalia*, núm. 1, 1997, pp. 123-126.

5 Críticamente, Grazioni, “*Infirmas sexus*. La mujer en el imaginario penal”, *Nueva Doctrina Penal*, 1999/A, p. 94.

6 Críticamente, Smaus, *op. cit.*, nota 3, pp. 10 y ss.

una interpretación penal “de género”, o bien, una “perspectiva de género” dentro de la teoría del delito. En esa perspectiva se inscriben las investigaciones que contrastan el reconocimiento jurídico de la igualdad de género⁷ frente a la cultura de discriminación de la mujer.⁸ La discriminación “jurídica”⁹ se manifiesta en el terreno legislativo y en la práctica de los operadores del dere-

7 El artículo 2.2 de la Constitución peruana de 1993 establece la igualdad entre la mujer y el varón, y prohíbe toda forma de discriminación por motivo de sexo, véase Bernaldes Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 4a. ed., Lima, 1998, p. 120. Bermúdez Valdivia, “Alcances constitucionales del derecho a la igualdad de la mujer”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*, Lima, 1995, pp. 31 y ss. Sobre los múltiples instrumentos internacionales ratificados por Perú, véase CAJ/Ramos, Manuela, *Instrumentos internacionales de protección de los derechos de la mujer*, Lima, 1997. Zamora, “La protección de los derechos humanos de la mujer”. *Foro Internacional: la Defensoría del Pueblo*, Lima, 1996, pp. 151 y ss. Bermúdez Valdivia, “Protección internacional de los derechos de las mujeres”, *Sobre género, derecho y discriminación*, Lima, 1999, pp. 71 y ss. Tamayo León, “Discriminación contra la mujer y estándares internacionales de derechos humanos”, *Sobre género, derecho y discriminación*, pp. 99 y ss. CAJ. Entre tales instrumentos, cabe citar por su importancia la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada mediante la Res. de la Asamblea General de la ONU núm. 34/180 del 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981 y ratificada por Perú mediante la Res. Leg. núm. 23432 del 20 de agosto de 1982, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará, aprobada mediante la Res. de la OEA del 9 de junio de 1994 y ratificada por Perú mediante la Res. Leg. núm. 26583 del 7 de marzo de 1996. Véase Mantilla Falcón, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra Mujer (Convención de Belem do Pará)”, *Sobre género, derecho y discriminación, cit.*, pp. 81 y ss.

8 Villanueva Flores, “La ‘discriminación inversa’ como forma de avanzar en la igualdad”, *Los derechos humanos en el umbral del tercer milenio: retos y proyecciones*, Lima, 1997, pp. 213 y ss.; “Análisis del derecho y perspectiva de género”, *Sobre género, derecho y discriminación, cit.*, nota 7, pp. 11 y ss. Ruíz Bravo López, “Una aproximación al concepto de género”, *Sobre género, derecho y discriminación, cit.*, nota 7, pp. 131 y ss. Larrauri, “Control informal: las penas de las mujeres...”, *Mujeres, derecho penal y criminología*, Madrid, 1994, pp. 12 y 13. Grazioni, *op. cit.*, nota 5, pp. 55 y ss.

9 Villanueva Flores, “Análisis del derecho y perspectiva de género”, *Sobre género, derecho y discriminación, cit.*, nota 7, pp. 19 y ss.

cho.¹⁰ En el sector penal,¹¹ se materializa en el plano ideológico,¹² en la determinación de las categorías y en el lenguaje,¹³ así como en los procesos de criminalización primaria, secundaria y de ejecución.¹⁴ Esta realidad puede apreciarse directamente en el DP sexual, donde la intervención desigual y no exenta de contenidos morales¹⁵ parece trasladar a un segundo plano la misión de prevención y tutela de bienes jurídicos, rasgos de un DP simbólico que no protege suficientemente a la víctima.¹⁶ La persecución de metas pedagógicas para prevenir la

10 Arcila Arenas, *op. cit.*, nota 1, p. 42

11 Defensoría del Pueblo, “La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana: las voces de las víctimas”, *Transparencia, responsabilidad y buen gobierno*, Lima, 1999, pp. 530-536, 157-160, 722. Zaffaroni, “La mujer y el poder punitivo”, *Vigiladas y castigadas*, Lima, 1993, pp. 19-25.

12 Gerhard, *Atempause. Feminismus als demokratisches projekt*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 7 y ss. Hacker, *Gewalt ist keine Frau. Der aktuerin oder eine Geschichte der Transgressionen*, Königstein/Taunus, 1998, pp 231 y ss. Möller, *Sexual Correctnes. Die Modernisierung antifeministischer Debatten in den Medien*, Opladen, 1999, pp. 197 y ss.

13 Adams y Ware, “Sexismo y lenguaje: la implicaciones lingüísticas de ser mujer”, *Mujeres, derecho penal y criminología, cit.*, nota 8, pp. 43 y ss.

14 Facio y Camacho, “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología”, *Vigiladas y castigadas, cit.*, nota 11, pp. 27 y ss. Grazioni, *op. cit.*, nota 5, pp. 58 y ss. Zaffaroni, *op. cit.*, nota 11, pp. 17 y ss. Larrauri, “Control formal: ...y el derecho penal de las mujeres”, *Mujeres, derecho penal y criminología, cit.*, nota 8, p. 93.

15 Vásquez Sotelo y Tamayo Vargas, *Violencia y legalidad*, Lima, 1989, pp. 33 y ss., 109 y ss. Siles Vallejos, *Con el sólo dicho de la agraviada. ¿Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres?*, Lima, 1995, pp. 67 y ss.; *Indicadores de la criminalidad sexual: lo que se puede saber*, Lima, 1995, pp. 7 y ss. Rosas Ballinas, *Violencia sexual: un crimen silenciado*, Lima, 1990, pp. 5 y ss.; *Aborto por violación*, Lima, 1997, pp. 62-90. Montoya Vivanco, *Normas penales discriminatorias y aplicación discriminatoria del derecho penal desde la perspectiva de género: delitos de violación de la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad corporal*, Lima, 1999, inédito, *passim*.

16 Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 51, 1991, pp. 17 y ss. Baratta, “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 1, 1993, 59 y ss. Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales”, *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, 1997, pp. 113 y ss.

discriminación de la mujer, corresponde a otros medios de control, pero de allí no se deduce que el DP deba permanecer inmune al principio de igualdad. Las sucesivas reformas de los delitos sexuales no han permitido que las normas y la jurisprudencia se sometan plenamente a este principio, lo que otorga relevancia a una interpretación de lege lata, orientada a la meta político criminal de protección de la libertad e indemnidad sexuales.

La determinación del derecho aplicable se sujeta a un proceso lógico y a un importante elemento de poder.¹⁷ Pero la vinculación del DP al principio de certeza implica contar con un marco valorativo común¹⁸ que, conforme al estado actual del DP, se concreta en los derechos humanos¹⁹ y la Constitución.²⁰ El carácter personalista²¹ (artículo 1o.) y el modelo de Estado social y democrático de derecho²² (artículos 38, 43 y 44), que adopta

17 Hurtado Pozo, "A propósito de la interpretación de la ley penal", *Derecho*, núm. 46, 1992, p. 92; *Nuevo Foro Penal*, núm. 57, 1992, pp. 327 y ss.

18 Gómez Benítez, "Seguridad jurídica y legalidad penal", *Vinculación del juez a la ley*, Madrid, 1995, pp. 157 y ss.

19 Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, *passim*; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 15 y ss. Wolter, "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del derecho penal", *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 37 y ss.; "Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de derecho penal", *Política criminal y nuevo derecho penal*, *cit.*, nota 16, pp. 101 y ss. Nino, "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", *Doctrina Penal*, 1989, pp. 29 y ss. Hurtado Pozo, "Derechos humanos, bien jurídico y Constitución", *Anuario de Derecho Penal*, 1995, pp. 77-80.

20 Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de derecho penal*, Barcelona, 1996, pp. 33 y 34. Arroyo Zapatero, "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución", *RJCLM*, núm. 1, 1987, pp. 97 y ss. García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, pp. 43 y ss. Tiedemann, "Constitución y derecho penal", *REDC*, núm. 33, 1991, pp. 145 y ss.; "La constitucionalización de la materia penal en Alemania", *Anuario de Derecho Penal*, 1994, pp. 59 y ss.

21 Berdugo Gómez de la Torre, "Derechos humanos y derecho penal", *Temas de derecho penal*, Lima, 1993, p. 86 y 87.

22 Mir Puig, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29 y ss.; "El sistema del derecho penal en la Europa actual", *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, *cit.*, nota

nuestra carta magna, conducen a una concepción del DP como instrumento de control al servicio de la persona humana. Por ello, derechos constitucionales especialmente relevantes en el ámbito sexual, como la igualdad (artículo 2.2) o la libertad de conciencia (artículo 2.3), y principios democráticos como el pluralismo y la tolerancia, deben encontrar su realización a través del *ius puniendi*.²³ Este punto de partida en la confrontación de la legislación penal sexual, producto de sucesivas y poco ordenadas reformas, en muchos casos hará necesario adoptar una interpretación acorde con un DP orientado a sus consencuencias político-criminales, quizás en perjuicio de una coherencia intrasistemática perseguida en un DP funcional.²⁴

II. EL OBJETO DE PROTECCIÓN

1. *Del Código Santa-Cruz de 1836 al Código Maúrtua de 1924*

La concepción moralizadora de la legislación penal sexual tiene una larga tradición en Perú. El relativamente reciente CP de 1991, de inspiración social-democrática, sólo pretendió alejarse de este pasado, pues mantiene rezagos de dicha concepción y no se observa una renovación sustancial de los delitos sexuales en orden a sancionar comportamientos graves que vienen siendo objeto de criminalización en el derecho comparado, donde el lugar común es la permanente reforma del DP y procesal

19, p. 27; *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, 1999, pp. 74 y ss. Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2a. ed., Valencia, 1996, pp. 79 y ss.

23 Bernal del Castillo, *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998, pp. 5 y ss.

24 Sobre ambas perspectivas, Muñoz Conde, "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", *Revista Penal*, núm. 5, 2000, pp. 46 y 47.

sexual, como se aprecia por ejemplo en Bolivia,²⁵ Brasil,²⁶ Colombia,²⁷ México,²⁸ Uruguay,²⁹ Alemania,³⁰ España,³¹ Francia³² o Italia.³³

El Código Penal Santa-Cruz, vigente en el Estado Sud-Peruano de la Confederación Peruano-Boliviana entre el 13 de octubre de

25 La Ley núm. 1768 del 10 de marzo de 1997 modificó el Título XI (“Delitos contra la libertad sexual”) del Libro Segundo del CP.

26 Ley 9.281/96.

27 La Ley 360 del 7 de febrero de 1997 reformó el Título IX (“Delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana”) del Libro Segundo.

28 El Decreto del 30 de diciembre de 1997 reformó el Capítulo I (“Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación”, artículos 259bis y ss.) del Título XV (“Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”) del Libro Segundo del CP para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

29 La Ley 16.707 del 12 julio de 1995 modificó el Capítulo IV (“De la violencia carnal, corrupción de menores, ultraje al pudor público”) del Título X (“Delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia”) del Libro II.

30 La 6a. Ley de Reforma, vigente desde el 1o. de abril de 1999, Wolters, “Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrecht”, *Juristenzeitung*, núm. 8, 1998, pp. 397 y ss. Asimismo, la Ley alemana para la Lucha contra los Delitos Sexuales y otros Delitos Peligrosos, del 30 de enero de 1998 (*BGBI*, I, pp. 160-163), vigente desde el 31, modificó el CP, la legislación procesal y la penitenciaria.

31 La Ley Orgánica 11/1999 del 30 de abril de 1999 modificó el Título VIII (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, artículos 178 y ss.) del CP español de 1995.

32 Ley núm. 98-468 del 17 de junio de 1998, “Relativa a la prevención y represión de las infracciones sexuales así como a la protección de menores”.

33 La Ley núm. 66 del 15 de febrero de 1996 derogó el Capítulo I (“De los delitos contra la libertad sexual”) del Título IX (“De los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres”, artículos 519 y ss.) del CP Italiano, reubicando los delitos sexuales en la Sección II (“De los delitos contra la libertad personal”) del Capítulo III (“De los delitos contra la libertad individual”) del Título XII (“Delitos contra las personas”). Posteriormente la Ley núm. 269 del 3 de agosto de 1998, “Normas sobre el disfrute de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de menores, como nuevas formas de reducción de la esclavitud”, estableció dentro de la Sección I (“De los delitos contra la personalidad individual”) del citado Capítulo III, entre los artículos 600bis y ss. la sanción de comportamientos como la prostitución y pornografía de menores, la tenencia de material pornográfico e iniciativas turísticas para el disfrute de la prostitución de menores.

1836 y julio de 1838,³⁴ recurrió a diversos rótulos de gran contenido moral y a una tipificación no sistemática, la presencia de ilícitos sexuales se aprecia hasta en cuatro lugares distintos.³⁵ Se estableció un rígido catálogo de moralidad sexual donde sólo el hombre podía realizar los comportamientos punibles de “abusos deshonestos”, teniendo como víctima principalmente a la mujer, sólo el varón menor de edad (“impuber”) podía ser objeto de delito sexual. A esta desigualdad, se añadió la de otorgar mayor tutela a la mujer “honesta” frente a la “*publica*, conocida por tal”, dada la desaprobación social (moral) de su conducta pública. Se sancionaba por ejemplo, el abuso de una mujer honesta —previéndose como circunstancia atenuante que la violentada fuere “mujer *publica*, conocida por tal”— (artículo 421), la seducción con copula carnal de una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad y menor de 17 años (artículo 422), el abuso deshonesto de una “mujer no ramera, conocida como tal” mediante matrimonio fingido previéndose una atenuante si fuere “mujer *publica* conocida como tal” (artículo 568), entre otras conductas típicas.

De modo distinto, el CP de 1863³⁶ agrupó los delitos sexuales en el Título II (“De la violación, estupro, raptó y otros delitos”) de la Sección Octava (“De los delitos contra la honestidad”) del

34 Código Penal Santa-Cruz del Estado Sud-Peruano, Lima, Oficial, 1836. Tuvo como fuentes el CP español de 1822, el Código Napoleón de 1810 y el Derecho Histórico Español, véase Villavicencio Terreros, *Lecciones de derecho penal, parte general*, Lima, 1990, p. 73.

35 En los Capítulos I (“De las palabras y acciones obscenas en sitios públicos; y de la edición, venta y distribución de escritos, pinturas o estampas de la misma clase”) y II (“De los que promueven o fomentan la prostitución, o corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de estas cosas”), del Título VII (“Delitos contra las buenas costumbres”) del Libro Segundo (“De los delitos contra el Estado”), y en los Capítulos IV (“De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos”) y V (“Del adulterio y estupro alevoso”), del Título I (“De los delitos contra las personas”) del Libro Tercero (“De los delitos contra los particulares”).

36 CP del Perú, Lima, Oficial, 1862. Tuvo como fuentes el CP español de 1848 reformado en 1850, influenciado a su vez por el CP brasilero de 1830, el francés de 1810 y el español de 1822, véase Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 34, p. 73.

Libro Segundo, pero mantuvo el contenido moral en las rúbricas y la discriminatoria concepción unilateral de la agresión sexual (hombre-autor vs. mujer-víctima, salvo en el delito de sodomía). Asimismo, aunque renunció a la diferencia entre “mujer honesta” y “mujer pública”, con mayor casuística condicionó el grado de tutela según la mujer fuera “virgen”, “doncella”, “casada” o “viuda”, honestas. Ello se aprecia en la definición de los comportamientos punibles, al sancionar, por ejemplo, la violación de una virgen impuber —aún con su consentimiento—, o a una mujer casada fingiendo el autor ser su marido (artículo 269), el estupro de una virgen mayor de 12 y menor de 20 años, mediante la seducción (artículo 270), o la sodomía (artículo 272).

El Código Maúrtua de 1924, de injerencia fundamentalmente helvética,³⁷ tampoco logró alejarse de la concepción moral de los delitos sexuales, lo que era visible desde la rúbrica del Título I “Delitos contra la libertad y el honor sexuales” de la Sección Tercera del Libro Segundo que sancionaba los “Delitos contra las buenas costumbres”. La consideración de elementos empírico-culturales en el tipo, como mujer de “conducta irreprochable” (artículo 201), o la imposibilidad de considerar como sujeto pasivo de agresión sexual al hombre o a la mujer casada (artículos 196, 197, 198), eran claras manifestaciones de una criminalización moralizadora y discriminatoria, convalidada doctrinalmente³⁸ y que motivó una extensa jurisprudencia,³⁹ cuyas principales tendencias se conservan hasta la actualidad.

37 Hurtado Pozo, *L'influence de la législation pénale suisse sur le Code pénal péruvien*, Bienne, 1972, pp. 1 y ss.; *La ley importada*, Lima, 1979, pp. 131 y ss. Principalmente el Proyecto de CP Suizo de 1918 en materia de delitos sexuales, Bramont Arias, *Código Penal anotado*, Lima, 1966, pp. 331-336.

38 Benites Sánchez, *Derecho penal peruano*, Lima, 1952, pp. 193-196. Roy Freyre, *Derecho penal peruano. Parte especial*, Lima, t. II, 1975, pp. 21 y 22, 42 y 43. Bramont Arias, *Temas de derecho penal*, Lima, núm. 3, 1990, pp. 9-12. Críticamente, Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, 5a. ed., Lima, 1986, vol. II, pp. 305-311.

39 Ampliamente, Espinoza Vásquez, *Delitos sexuales*, Trujillo, 1983, *passim*.

Una concepción moral de la sexualidad se aprecia también en los proyectos de CP de septiembre de 1984, octubre-noviembre de 1984,⁴⁰ agosto de 1985 y marzo-abril de 1986, textos que prácticamente reprodujeron la ubicación sistemática, rúbricas y características típicas de los delitos sexuales del Código de 1924. Por su parte, los proyectos de julio de 1990 y enero de 1991 se limitaron a plantear la modificación parcial de algunos tipos penales a fin superar las principales críticas doctrinales y hacerlos acordes con el principio de igualdad, pero mantuvieron la consideración del “honor sexual” y las “buenas costumbres” como intereses penalmente protegibles.

2. La reforma de 1991

El expreso reconocimiento del principio de ofensividad en el artículo IV del CP, avalado por la doctrina⁴¹ y la jurisprudencia,⁴² exige que la imposición de la pena opere sólo por motivos de utilidad social, es decir, como respuesta frente a la lesión o puesta en riesgo de un interés social que permite la realización del individuo.⁴³ De una concepción material del bien jurídico-penal,

40 Prado Saldarriaga, *Política criminal peruana*, Lima, 1985, pp. 257 y ss.

41 Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima, 1987, pp. 37 y ss. Bramont Arias, “Los principios rectores del nuevo Código Penal”, *Derecho*, núm. 46, 1992, pp. 21 y 22. Bramont-Arias Torres, *Lecciones de la parte general y el Código Penal*, Lima, 1997, p. 51. Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3a. ed., Lima, 1999, pp. 48-70. Prado Saldarriaga, *Todo sobre el Código Penal*, Lima, 1996, t. I, pp. 30-33. Villavicencio Terreros, *Código Penal*, 2a. ed., Lima, 1997, pp. 35-38. Urquiza Olaechea, “El bien jurídico”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 6, 1998, pp. 805 y ss. Villa Stein, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1998, pp. 103-105. Ángeles Gonzáles y Frisancho Aparicio, *Código Penal I*, Lima, 1996, pp. 57-76. Caro Coria, “Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs”, *Thémis*, núm. 35, 1997, pp. 137-168.

42 SCS del 5 de diciembre de 1994, exp. 3374-93-B. Resolución de la CS del 28 de diciembre de 1994, exp. 2900-94.

43 Diez Ripollés, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, 1999, pp. 129 y ss. Caro Coria, *op. cit.*, nota 41, 137 y ss.

acorde con los principios de merecimiento y necesidad de pena,⁴⁴ sería de esperarse el uso no demagógico del DP, ni su puesta al servicio de los grupos dominantes,⁴⁵ como medio de control de la perturbación de sentimientos morales,⁴⁶ religiosos o éticos,⁴⁷ o frente a la alteración de meros programas políticos o unidades funcionales de valor.⁴⁸

El rendimiento político criminal del principio de lesividad no es el esperado en el DP sexual, muestra de ello es que el CP de 1991 no ha renunciado totalmente a la herencia del Código Maúrtua y sus fuentes. Este texto incardinó los ilícitos sexuales dentro de los “Delitos contra la libertad” (Título IV del Libro II), en el Capítulo IX denominado “Delitos de Violación de la libertad sexual”, rúbrica insuficiente por dos razones, primero porque incorpora ilícitos que atentan contra la “indemnidad” o “intangibilidad sexual” de menores de edad.⁴⁹ En segundo término, la expresión “violación” comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración anal o vaginal, y en estricto mediante el uso de violencia o amenaza, lo que excluye relevancia a la sanción de conductas el

44 Silva Sánchez, *Derecho penal contemporáneo*, pp. 288-291. Caro Coria, *op. cit.*, nota 41, pp. 163-168. Urquizo Olachea, *op. cit.*, nota 41, pp. 828-834.

45 De la Cuesta Aguado, “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996, pp. 173-175.

46 López Calera, “Democratización moral y derecho penal”, *Vinculación del juez a la ley*, *cit.*, nota 18, pp. 122 y ss.

47 Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1991, pp. 139 y ss.

48 Hassemmer, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doctrina Penal*, 1989, pp. 279-282.

49 En España, la Ley Orgánica 11/1999 sustituyó la denominación “Delitos contra la libertad sexual” del Título VIII del Libro II del CP de 1995, por la expresión “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, véase Boix Reig y Orts Berenguer, “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, *Actualidad Penal*, núm. 35, 1999, pp. 674 y 675. De Vicente Martínez, “La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999”, *Actualidad Penal*, núm. 42, 1999, pp. 781 y ss.

acto bucal o la coacción para que la víctima relice un determinado comportamiento sexual.

El CP de 1991, dentro del citado Capítulo IX mantiene referencias morales como “acto contrario al pudor” (artículos 176 y 176-A) o la antigua expresión del artículo 276 del CP de 1863 de “mantener a la prole” y que ahora recoge el artículo 178. También sobrevivieron instituciones decimonónicas, presentes ya en el CP-Santa Cruz (artículo 425) y en el CP de 1863 (artículos 277 y 278), propias de una concepción privatista de la persecución penal sexual, es decir, el “matrimonio con la ofendida” como causa de cancelación de la pena y el ejercicio de la acción por querrela de parte (artículo 178), las mismas que fueron abolidas recién por la Ley núm. 27115 del 17 de mayo de 1999.

Fuera del Capítulo IX, el CP de 1991 conserva múltiples referencias morales, como “seducción” (artículo 181), “ofensas al pudor público” (rúbrica del Capítulo XI), “obsceno”, “pudor del agraviado o excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual” (artículo 183.1), “exhibiciones, gestos, tocamientos u observa cualquier otra conducta de índole obscena” (artículo 183.2), “práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción” (artículo 183.3), “cine u otro espectáculo de índole obsceno” (artículo 183.4). En el Libro Tercero se utiliza la rúbrica “Faltas contra las buenas costumbres” (Título IV) y la expresión “proposiciones inmorales o deshonestas” (artículo 450).⁵⁰ Finalmente, entre las disposiciones de la PG, la redacción original del artículo 78.3 del CP de 1991 se refería a los “delitos contra la libertad y el honor sexuales”.

En el terreno de los comportamientos punibles, salvo algunas diferencias que se pondrán de relieve luego, la regulación de 1991 prácticamente mantuvo el catálogo del Código Maúrtua de 1924, de modo que la actual regulación de los delitos sexua-

50 Noguera Ramos, *La violación de la libertad sexual en el nuevo Código Penal*, Lima, 1992, pp. 17 y 18.

les encuentra también sus antecedentes en el Proyecto de CP Suizo de 1918. El texto de 1991 originalmente sancionaba los delitos de agresión sexual mediante coacción (artículo 170), agresión sexual mediante alevosía (artículo 171), violación de persona incapaz (artículo 172), abuso sexual de menor (artículo 173), violación de persona dependiente o sometida a autoridad o vigilancia (artículo 174), seducción (artículo 175) y los llamados “actos contra el pudor” (artículo 176). Asimismo, se previó como circunstancias agravantes, aplicable a cualquiera de estos delitos, la provocación previsible de muerte o lesiones graves, y el despliegue de crueldad (artículo 177).

La disposición del artículo 184, vigente hasta ahora y común a los delitos de “Violación de la libertad sexual” (Capítulo IX), “Proxenetismo” (Capítulo X) y “Ofensas al pudor público” (Capítulo XI), establece que los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualquier persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperen en la comisión de estos delitos, “actuando en la forma señalada por el artículo 25, primer párrafo, serán reprimidos con la pena de los autores”. Una norma semejante existía en el CP de 1924 (artículo 211), su carácter ornamental es evidente porque no establece una nueva consecuencia para la complicidad primaria, ya que el propio artículo 25, párrafo 1, del texto actual señala que esta forma de participación debe sancionarse con la pena prevista para el autor.

Las sucesivas reformas hechas desde 1991 tampoco han tipificado expresamente otras formas de atentado sexual relevantes en el derecho comparado, como la introducción de objetos por la vía vaginal o anal,⁵¹ o la coacción para que el sujeto pasivo realice en su propio cuerpo, el cuerpo del autor o el de un tercero, una determinada conducta sexual.⁵² Por otra parte, hasta la

51 Artículo 179 del CP español, artículos 265 párrafo 3 y 266.III del CP mexicano.

52 §177 del CP alemán, artículo 178 del CP español, artículos 260 y 261 del CP mexicano, artículo 305 del CP colombiano, artículo 609bis del CP italiano, artículo 214 del CP brasileiro.

fecha no se sanciona expresamente el acto bucal, lo que mantiene la reticencia judicial a incluirlo dentro de la categoría “acto análogo” de los delitos sexuales. Tampoco se prevé un tipo específico para el acoso sexual,⁵³ conducta que sólo puede sancionarse a título de coacción (artículo 151), con una pena simbólica de dos años de privación de libertad siempre susceptible de ser sustituida por alguna medida alternativa.

3. “Libertad sexual” e “indemnidad sexual”

Esta breve revisión no permite arribar a conclusiones satisfactorias sobre la vigencia del principio de lesividad. Corroboramos esta tesis que en la doctrina de la PE se considere a la libertad e indemnidad sexuales como objeto de tutela, mientras que la jurisprudencia no se aleja notoriamente de las concepciones éticas del CP Santa-Cruz y los de 1863 y 1924. Este divorcio entre dogmática y realización judicial no es privativo del DP sexual, pero debe tenerse en cuenta la particular dificultad que ofrece el terreno de la sexualidad, por sus connotaciones culturales, sociales, psicológicas, etcétera, para una aplicación judicial acorde con el principio de igualdad.

En la doctrina se tiene claro que lo protegido por el DP sexual no es una difusa “moral sexual social”, la “honestidad”, las “buenas costumbres” o el “honor sexual”.⁵⁴ Desde una perspectiva de mínima intervención del DP sexual,⁵⁵ se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente, es la libertad sexual, entendida en sen-

53 Artículo 184 del CP español, artículo 259bis del CP mexicano. Véase De Vega Ruiz, *El acoso sexual como delito autónomo*, Madrid, 1991, pp. 49 y ss. Gonzáles, *Acoso sexual*, Buenos Aires, 1996, pp. 185 y ss.

54 Boix Reig, “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, *Mujer y derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 11-16. En la doctrina peruana, sólo Noguera Ramos, *op. cit.*, nota 50, pp. 21 y 22, considera que mediante la protección de la “libertad sexual” prevista en el CP, se tutela además el “honor sexual”.

55 SCSL del 11 de agosto de 1998, exp. 3105-98, *Jurisprudencia Penal*, Lima, 1999, t. III, p. 248.

tido positivo-dinámico y negativo-pasivo.⁵⁶ El aspecto positivo-dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir.⁵⁷ En el CP peruano dicha libertad se protege mediante los delitos de agresión sexual

56 Diez Ripollés, *El derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, pp. 214 y ss.; *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, 1985, p. 23. Orts Berenguer, “Delitos contra la libertad sexual”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, vol. I, pp. 905 y 906. Carmona Salgado, *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, 1981, pp. 32-34; “Delitos contra la libertad sexual”, *Curso de derecho penal español. Parte especial I*, Madrid, 1996, pp. 302 y 303. Morales Prats y García Albero, “Delitos contra la libertad sexual”, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1996, pp. 228-230. López Garrido y García Arán, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 107. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 11a. ed., Valencia, 1996, p. 176. Del Rosal Blasco, “Los delitos contra la libertad sexual”, *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 160-162. Cancio Meliá, “Delitos contra la libertad sexual”, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 515 y 516; “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código Penal español”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núms. 7-8, 1999, pp. 646 y 647. Suárez Rodríguez, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Pamplona, 1995, pp. 50 y 51. Polaino-Orts, “Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67, 1996, pp. 157 y ss. Moras Mom, *Los delitos de violación y corrupción*, Buenos Aires, 1971, pp. 10-15. Sproviero, *Delito de violación*, Buenos Aires, 1996, pp. 1-3. Cancino, *Delitos contra el pudor sexual*, Bogotá, 1983, pp. 105 y ss. En la doctrina peruana, Peña Cabrera, *Tratado de derecho penal. Parte especial I*, 2a. ed., Lima, 1994, pp. 687-689. Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *Manual de derecho penal. Parte especial.*, 4a. ed., Lima, 1998, pp. 232 y 233. Ángeles Gonzáles y Frisancho Aparicio, *Código Penal II*, Lima, 1996, p. 990. Chocano Rodríguez, “La violación sexual y los actos contra el pudor de menores”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 4, 1994, pp. 756 y 757. Salinas Siccha, “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 3, 1994, pp. 180 y 181. Rosas Ballinas, *Aborto por violación*, cit., nota 15, p. 70.

57 Lauffhütte, *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10a. ed., Berlín-Nueva York, 1988, t. IV, §174/4ss. Lackner y Kühl, *StGB*, 23a. ed., München, 1999, §174/1, §177/1ss. Tröndle y Fischer, *StGB und Nebengesetze*, 49a. ed., München, 1999, §177/3. Horn, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 6a. ed., Bonn, 1999, t. II, §177/12.3. Carmona Salgado, “Delitos contra la libertad sexual”, *Curso de derecho penal español*, cit., nota 56, pp. 302 y 303.

bajo violencia o amenaza (artículo 170), violación con alevosía (artículo 171), violación de persona en “incapacidad de resistir” (artículo 172), violación con abuso de la relación de dependencia (artículo 174), seducción (artículo 175) y actos contra el pudor de persona de 14 o más años (artículo 176).⁵⁸

En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque “sufre de anomalía síquica, grave alteración de la conciencia” o “retardo mental” (artículo 172), o por su minoría de edad (artículos 173, 173-A y 176-A), lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad” sexual.⁵⁹ Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y síquicas para el ejercicio sexual en “libertad”,⁶⁰ las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca adquirirse. Si se desea mantener a tales personas lejos de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, en estricto no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones ma-

58 Peña, *op. cit.*, nota 56, pp. 690 y 720. Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, pp. 234, 241, 244, 251, 254 y 256. Chocano Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, pp. 756 y 757, 760-762, sin considerar que el artículo 172 también protege la libertad sexual. Ángeles y Frisancho, *op. cit.*, nota 56, pp. 1004, 1008, pero recurren también a la etérea noción de “pudor sexual”, p. 991.

59 Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, pp. 243, 247 y 260. Bramont-Arias Torres, “El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 4, 1997, p. 197. Chocano Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, pp. 757, 762-764, 771 y 772.

60 Tröndle y Fischer, *op. cit.*, nota 57, §176/1a. Schönke y Schröder, *StGB Kommentar*, 25a. ed., München, 1997, §176/II. Laufhütte, *op. cit.*, nota 57, §174/7ss. Horn, *op. cit.*, nota 57, §176/12. Diez, *La protección de la libertad sexual*, *cit.*, nota 56, p. 29. Morales y García, *op. cit.*, nota 56, pp. 228 y 248, y Del Rosal Blasco, *op. cit.*, nota 56, pp. 161 y 171, sostienen por ello que, incluso en estos casos, lo tutelado por el DP es una potencial libertad sexual, pero ello conduciría a entender que se protege un bien jurídico aún inexistente.

teriales de indemnidad o intangibilidad sexual.⁶¹ Nuestra legislación, pese a agrupar todos los ilícitos bajo la rúbrica “violación de la libertad sexual”, regula diferenciadamente los comportamientos que atacan la indemnidad sexual, estableciendo una protección más intensa debido a la mayor afectación individual en relación a los atentados contra la libertad sexual.

La función interpretativa del bien jurídico⁶² implica que las decisiones judiciales deben determinar la tipicidad según el grado de afectación de la libertad o indemnidad sexual. De ese modo, el injusto no puede depender del “pasado” o la preferencia sexual de la víctima, de la existencia de una relación previa de carácter sentimental, sexual o de confianza entre sujeto activo y pasivo, entre otros criterios a los que recurre la jurisprudencia como condiciones positivas o negativas de la tipicidad. No se aprecia una vinculación clara al principio de ofensividad, para delimitar las condiciones objetivas y subjetivas del injusto penal.

Las escasas sentencias que identifican el bien jurídico no renuncian a una difusa descripción moral,⁶³ en otros casos se desconoce la noción de indemnidad sexual pues se atribuye libertad

61 Cobo del Rosal, “El delito de rapto”, *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1983, t. II, p. 402. Gonzáles Rus, *La violación en el Código Penal español*, Granada, 1982, pp. 281-285; “El bien jurídico protegido en el delito de violación”, *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. José Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 728 y ss. Carmona Salgado, *Los delitos de abusos deshonestos*, cit., nota 56, pp. 40 y 41; “Libertad sexual”, pp. 300, 303. Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 56, pp. 177-179. Berdugo Gómez de la Torre, “Anotaciones a la reforma del Código Penal de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual”, *Temas de derecho penal*, cit., nota 21, p. 330. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial.*, 2a. ed., Barcelona, 1991, pp. 113 y 114. Cancio Meliá, “Delitos contra la libertad sexual”, *Comentarios al Código Penal*, cit., nota 56, p. 531.

62 Polaino Navarrete, *El bien jurídico en derecho penal*, Sevilla, 1974, pp. 294 y ss.; *Derecho penal. Parte general.*, 3a. ed., Barcelona, 1996, t. I, pp. 281 y 282.

63 SCSL del 11 de agosto de 1998, exp. 3105-98, SCSL del 5 de junio de 1998, exp. 586-98, *Jurisprudencia Penal*, cit., nota 55, t. III, pp. 248, 250.

sexual a los menores.⁶⁴ Determinadas sentencias por seducción, por el contrario consideran que el menor de 14 a 18 años de edad no goza de libertad sexual, sino de un interés que se asemeja a la definición de indemnidad sexual.⁶⁵ Sólo excepcionalmente se observa una clara identificación del bien jurídico pero con fines formales, no se utiliza como criterio material de interpretación.⁶⁶

Estas orientaciones pueden obedecer, entre otros motivos, a la inercia de las concepciones morales de la legislación derogada o a la cultura de discriminación de género.⁶⁷ Pero una desvinculación de las consecuencias del principio de lesividad, implica quizás una renuncia al principal instrumento político criminal para enjuiciar el DP vigente⁶⁸ y perseguir su aplicación igualitaria en el terreno de los delitos sexuales.

III. PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. *Agresión sexual mediante coacción*

El artículo 170 del CP de 1991, modificado sólo en cuanto a las penas por la Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994, am-

64 SCSL del 17 de marzo de 1998, exp. 7512-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 242; S de la Sala Penal de la Corte Superior del Cono Norte del 27 de octubre de 1997, exp. 2042-97, Gómez Mendoza, *Jurisprudencia Penal*, Lima, 1999, t. IV, p. 426; S del JP de Sihuas del 17 de diciembre de 1996, exp. 07-96, *Serie de Jurisprudencia*, Lima, núm. 1, 1999, p. 524; SCSL, Segunda Sala Penal, del 22 de diciembre de 1997, exp. 559-97, Gómez Mendoza, *Jurisprudencia Penal, cit.*, t. IV, p. 384; S del 9o. JP de Chiclayo del 13 de julio de 1994, exp. 201-94.

65 SCSL del 14 de julio de 1998, exp. 1534-98, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 240.

66 SCSL del 21 de septiembre de 1998, exp. 4953-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 231; SCSL del 18 de mayo de 1998, exp. 8145-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 241.

67 Siles Vallejos, *Con el sólo dicho de la agraviada. ¿Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres?*, *cit.*, nota 15, pp. 49 y ss.

68 Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, 1985, p. 28.

plió las conductas punibles del CP de 1924, considera como sujeto pasivo a cualquier persona, hombre o mujer, sin importar su orientación sexual o si realiza actividades socialmente desvaloradas, como la prostitución o la sodomía. Debe tratarse de una persona de al menos 14 años, el acceso carnal con menores esta sancionado por el artículo 173. Tampoco es relevante la preexistencia de relación matrimonial con el autor, de forma que se sanciona inclusive la llamada “violación dentro del matrimonio”.

Se considera típica la conducta de, mediante violencia o grave amenaza, obligar a una persona “a practicar el acto sexual u otro análogo”, lo que excluye la introducción de objetos por la vía vaginal o anal, vacío importante que debe superarse en una futura reforma. Con esta redacción, el ejemplo más fácil de imaginar es el de una persona sometida a acceso carnal violento por parte del autor, pero ser subjetivo activo del delito no significa ser la parte activa de la relación sexual. Teniendo en cuenta que el tipo del CP de 1924 (artículo 196) incriminaba obligar a “*sufrir* el acto sexual”, la actual redacción amplía el bagaje de posibilidades del comportamiento de la víctima como producto de la coacción. Para el CP de 1924 la víctima “sufre” pasivamente el acto sexual realizado activamente por el agente, para el CP de 1991 ésta es, en general, obligada a *practicar* el acto sexual, expresión que gramaticalmente puede comprender tanto un comportamiento pasivo de la víctima (“sufre el acto”), como la realización de actos positivos de penetración vaginal o análoga, a favor del autor⁶⁹ o de un tercero. Esta interpretación carece de actual refrendo en la doctrina peruana y en la jurisprudencia, pero permite criminalizar comportamientos graves como el de la mujer que obliga a un hombre a que le practique el acto sexual o la

69 Sólo en algunos casos de abuso sexual de menores, la Corte Suprema ha admitido como típica la práctica activa realizada por el menor a favor del autor, véase SCS del 13 de octubre de 1951, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1734; SCS del 1o. de diciembre de 1951, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1880; SCS del 6 de junio de 1973, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1973, p. 1012.

coacción a una mujer para que tolere la practica sexual de un tercero.

Como es común en el derecho comparado,⁷⁰ este delito se sanciona sin exigirse un resultado de lesiones o muerte, es suficiente el uso de amenaza. Esta claridad no ha evitado los frecuentes problemas de delimitación de la entidad de la violencia o amenaza excluyente de acuerdo, pareciera exigirse en la jurisprudencia que la agraviada sufra lesiones que demuestren la ausencia de acuerdo.⁷¹ Esta práctica es ilegal porque para la tipicidad del artículo 170 es suficiente una amenaza o *vis compulsiva* que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia. El tipo no requiere que la violencia o la fuerza sea irresistible, basta su eficacia para doblegar la voluntad de la víctima.⁷² No se exige la producción de lesiones,⁷³ sin son graves existe una cualificación especial (artículo 177, CP), si las lesiones son leves (artículo 122) deben aplicarse las reglas concursales.

Otro problema común en los delitos sexuales es la extensión del concepto de “acto análogo”. La doctrina del CP de 1991 mayoritariamente la limita a la conjunción anal, entiende que el *fellatio in ore* o acto bucal está excluido.⁷⁴ Durante la vigencia del

70 Véase artículo 179, CP español, §177 del CP alemán, artículo 609-bis del CP italiano y artículo 189 del CP Suizo.

71 S de Primer JP Capturador de Chiclayo del 4 de febrero de 1997, exp. 154-91.

72 Gimbernat Ordeig, “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el CP español: con especial referencia a la violación intimidatoria”, *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, 1990, p. 288. Orts Berenguer, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 1995, pp. 79 y 80.

73 Peña Cabrera, *op. cit.*, nota 56, p. 693. La desvinculación entre violencia y lesiones es clara fuera del DP sexual, por ejemplo la SCS del 24 de noviembre de 1998, R.N. 4131-98, consideró como violencia típica de robo un golpe leve que dio el autor en la mano de la víctima, determinando que ésta soltara al piso S/.30 (treinta nuevos soles, US\$8,5), hecho por el que se impuso 6 años de pena privativa de libertad efectiva.

74 Peña, *op. cit.*, nota 56, p. 693. Chocano Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, p. 765. Ángeles Gonzáles y Frisancho Aparicio, *op. cit.*, nota 56, p. 993. Noguera Ramos, *op. cit.*, nota 50, p. 33. En contra, Salinas Siccha, *op. cit.*, nota 56,

CP derogado existió poco espacio para la interpretación jurisprudencial del concepto de “acto análogo”, éste era relevante sólo en el tipo de abuso sexual de menor (artículo 199) y la doctrina lo indentificó con el acceso anal, excluyéndose el acto bucal porque no implica cópula o conjunción.⁷⁵ Esta interpretación fue reforzada cuando el D. Ley núm. 17388 del 25 de enero de 1969, estableció la pena de muerte para el delito de violación de menor.⁷⁶ Para evitar la imposición generalizada de tan grave consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia ratificaron la identidad entre “acto análogo” y acto anal.⁷⁷ Esta motivación político-criminal desapareció con la entrada en vigor del artículo 235 de la Constitución de 1979, que limitó el uso de la pena capital al delito de “traición a la patria en caso de guerra exterior”, por ello un sector de la doctrina propuso extender el concepto de acto análogo a la penetración entre las piernas y la bucogenital,⁷⁸ criterio también defendible con la vigencia de la carta magna de 1993, pues el artículo 140 permite el recurso a la pena de muerte sólo en el delito de “traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo”.

El enunciado “acto análogo”, presente en todos los tipos de violación del CP de 1991, es una cláusula general que permite la interpretación analógica,⁷⁹ lo que implica extender la tipicidad a todo aquel comportamiento que, por atacar o poner en riesgo de modo similar al bien jurídico, es susceptible de una desvalo-

p. 183. Sin adoptar una postura clara, Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, pp. 235 y 236. Bramont-Arias, *op. cit.*, nota 59, p. 97, n. 3.

⁷⁵ Peña Cabrera, *Derecho penal peruano. Parte especial*, Lima, 1964, p. 214. Torres Malpica, *Código Penal*, Lima, 1965, p. 123.

⁷⁶ Pena que mantuvieron el D. Ley núm. 18140 del 10 de febrero de 1970 y el D. Ley núm. 20583 del 9 de abril de 1974.

⁷⁷ Peña Cabrera, *Derecho penal peruano. Parte especial*, Lima, 1972, p. 222. Roy Freyre, *op. cit.*, nota 38, pp. 82 y 83.

⁷⁸ Peña, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, Lima, vol. II, 1982, p. 315, también en la 5a. ed. de 1986, *cit.*, p. 337. Contrario a esta extensión, Bramont Arias, *op. cit.*, nota 38, p. 25.

⁷⁹ Villavicencio, *op. cit.*, nota 34, p. 63.

ración equivalente.⁸⁰ Por ello la doctrina⁸¹ y códigos penales como el mexicano (artículo 265, párrafo 2) y el español (artículos 179 y 182.1), desvaloran expresamente, con la misma pena, el acceso carnal vaginal, anal y bucal. Los argumentos más comunes para no admitir esta equivalencia, obedecen a creencias como que la boca carece *per se* de una función sexual,⁸² porque mediante dicho acto no puede existir desfloración o porque al ser difícil la prueba del hecho debería retrasarse la consumación típica hasta el momento de la eyaculación.⁸³ La limitación del acceso carnal a la penetración vaginal y anal, refleja una concepción de las relaciones sexuales restringida a la “genitalidad”.⁸⁴ El ejercicio violento de la sexualidad no sólo ataca aspectos físicos, al DP le compete proteger todos los aspectos de la autodeterminación e intangibilidad sexuales, para la víctima una práctica bucogenital realizada bajo violencia podría ser tan denigrante como una penetración vaginal bajo amenaza, del mismo modo si el autor persuade a un menor de 10 años a realizarle el acto oral puede provocarle graves perturbaciones psicológicas o incluso inducirlo a una homosexualidad no elegida por el menor en libertad. Sí la constatación de casos similares en la jurisprudencia no es una tarea difícil, entonces existen argumentos suficientes para considerar la penetración bucogenital como “acto análogo”.

Otro importante problema en la jurisprudencia se presenta cuando la víctima tiene de 14 a 18 años, aunque alegue reiteradamente que fue violada por la fuerza o bajo amenaza, existe una injustificada resistencia jurisprudencial a calificar el hecho como agresión sexual violenta (artículo 170), asumiéndose la ti-

80 Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Bogotá, 1997, p. 290.

81 De Vega Ruiz, *La violación en la doctrina y en la jurisprudencia*, Madrid, 1994, p. 31. Suárez Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, p. 115.

82 Peña Cabrera, *Parte especial*, Lima, núm. I, 1992, p. 630.

83 Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, pp. 235 y 236.

84 Arcila Arenas, *op. cit.*, nota 1, p. 50.

picidad de seducción (artículo 175) que se sanciona con una pena menor.⁸⁵ En la seducción la “voluntad” de la víctima debe ser objetivamente imputable al engaño, la violencia y la amenaza son condiciones negativas de la tipicidad. En estos casos existe un grave error de subsunción, el engaño inicial o abuso de confianza no son suficientes para la seducción, sí la víctima no autoriza el acto sexual y expresa una clara oposición frente a la violencia del autor, el hecho configura el tipo del artículo 170.

Finalmente en cuanto a este delito, la reforma de 1991 incorporó como circunstancia agravante (artículo 170, párrafo 2) la realización “a mano armada y por dos o más sujetos”, redacción criticable por el uso de la partícula “y” que reduce ostensiblemente el ámbito de criminalización.⁸⁶ En todo caso, para observar la presencia de “mano armada” se requiere que esta sea real e idónea, el uso de una pistola de fogeo es suficiente sólo para realizar la amenaza típica de la agresión sexual (artículo 170, párrafo 1), no para crear un mayor peligro para los bienes jurídicos de la víctima, es allí donde debe apreciarse la razón de la cualificación.⁸⁷ Tampoco se exige la presencia de dos o más autores (coautoría), es suficiente, por ejemplo, la intervención de un autor y un cómplice secundario que participa en la ejecución, la simple ayuda en la preparación o la instigación, no satis-

85 En ese sentido, S del 4o. JP de Chiclayo del 31 de julio de 1997, exp. 158-96; S del 2o. JP de Cusco del 17 de mayo de 1996, exp. 306-95; S de la 1a. SSP de Cusco del 19 de diciembre de 1996. Sólo en algunos casos, la jurisprudencia ha calificado hechos similares como agresión sexual violenta (artículo 170), por ejemplo la SCSL del 15 de junio de 1998, exp. 1117-98, *Jurisprudencia Penal cit.*, nota 55, t. III, p. 233; SCSL del 13 de mayo de 1998, exp. 80-98, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 237.

86 Por ejemplo el artículo 180 del CP español diferencia la agravante de concurso de dos o más personas (núm. 2) de la de uso de armas u otros medios peligrosos (núm. 5).

87 En ese sentido, el artículo 180.5 del CP español agrava la pena del “autor haga uso de armas..., susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones...”. De modo similar, el artículo 609-ter [I] 2) del CP italiano, señala como motivo de cualificación “el uso de arma... o de algún instrumento o sustancia gravemente lesiva para la salud de la persona ofendida”.

face la exigencia del artículo 170, párrafo 2, de que la violación se ejecute (“realice”) por dos o más sujetos.

2. *Agresión sexual mediante alevosía y de persona en “incapacidad de resistir”*

El CP de 1991 definió el delito de violación con alevosía (artículo 171), como la practica del acto sexual u otro análogo sobre una persona a la que el autor, previamente, ha puesto en “estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir”. El artículo 172 sanciona a quien, conociendo el estado de la víctima, practica el acto sexual o análogo con una persona que “se encuentra en incapacidad de resistir”. Ambos delitos han sido reformados sólo en cuanto a las penas, por la Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994. Tampoco aquí se aprecia un alejamiento importante del CP de 1924 (artículos 197 y 198), el texto de 1991 mantiene la clasificación de las agresiones sexuales sin coacción y no consentidas, según exista o no alevosía.

En ambos delitos el sujeto pasivo debe tener al menos 14 años, de lo contrario se estaría beneficiando al responsable con una pena menos grave que la del tipo de violación de menores (artículo 173). En el caso del artículo 171 estamos ante una modalidad alevosa, en el sentido de que el autor emplea medios en la ejecución del delito que tiendan directa y específicamente a asegurarla, sin riesgos para su persona que proceda de la defensa de la víctima.⁸⁸ Se determina la indefensión de la víctima provocándole un “estado de inconciencia”, por ejemplo, mediante el uso de drogas, anastésicos, somníferos o bebidas alcohólicas, o poniéndola en “imposibilidad de resistir”, o sea, en una situación de incapacidad física, por ejemplo, atándola mientras

⁸⁸ Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte especial 1*, Lima, 1993, p. 40, siguiendo el modelo hispano. Villa Stein, *Derecho penal. Parte especial I-A*, Lima, 1997, p. 83. En el mismo sentido, el artículo 22.1 del CP español.

duerme.⁸⁹ En la fundamentación de la tipicidad, la jurisprudencia suele evaluar exigentemente el grado de indefensión de la víctima, es decir, la efectiva inconciencia o imposibilidad de resistir. Sin embargo, se observa en algunos casos que se pretende establecer determinados comportamientos precedentes de la víctima como fundamento de atenuación de la pena, sin una argumentación dogmática suficiente. Esta *praxis contra legem* se presenta, por ejemplo, cuando pese a negarse el acuerdo excluyente de tipicidad, la ebriedad de la víctima es tomada en cuenta para disminuir la sanción, hasta por debajo del mínimo legal, en virtud de la eximente incompleta del artículo 21 del CP.⁹⁰

El artículo 172 sanciona, dejando de lado aquí los supuestos que atentan contra la indemnidad sexual de los incapaces, la práctica sexual con una persona que se encuentra en “incapacidad de resistir”. La incapacidad no es producto del comportamiento del autor, éste la aprovecha para consumir el delito. La incapacidad de resistir suele identificarse con la incapacidad física producto de una enfermedad o una parálisis corporal,⁹¹ pero deben incluirse también las situaciones temporales de indefensión de la víctima como la ebriedad, el sueño o la drogadicción, que impiden la resistencia de la víctima.⁹²

La situación del sujeto pasivo en ambos delitos hace difícil imaginar supuestos de acceso bucal o de práctica sexual realizada por la víctima a favor del autor o de un tercero, de modo que la conducta típica se limita en principio al acto sexual o anal realizada por el autor. En el derecho comparado se aprecia una tendencia distinta que tipifica genéricamente las agresiones se-

89 Roy Freyre, *op. cit.*, nota 38, pp. 63-65. Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, p. 241.

90 SCSL del 21 de septiembre de 1998, exp. 4953-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 230.

91 Roy Freyre, *op. cit.*, nota 38, pp. 76, 79. Peña, *Parte especial*, 1986, pp. 331 y 332. Bramont Arias, *op. cit.*, nota 38, p. 22.

92 Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, p. 245. El artículo 308.2 del CP Boliviano señala en general que la “persona ofendida... estuviere incapacitada, por cualquier otra causa para resistir”.

xuales no consentidas y realizadas mediante coacción,⁹³ estableciéndose en algún caso como circunstancia agravante el uso de alcohol, narcóticos o estupefacientes.⁹⁴ No se recurre a una doble tipificación como la prevista en los artículos 171 y 172 del CP peruano, cuya racionalidad bien podría obedecer a la necesidad de agravar la pena en los supuestos de alevosía (artículo 171), lo que no ocurre porque los artículos 171 y 172 prevén por igual una pena de 5 a 10 años de privación de libertad.

3. *Agresión sexual de persona dependiente o sometida a autoridad o vigilancia*

Este delito tampoco recibió un tratamiento más exhaustivo con la reforma de 1991. El artículo 202 del CP de 1924 sancionaba la práctica del acto sexual “con una persona colocada en un hospital, hospicio o asilo, o con una persona que se halle en un establecimiento por disposición de la autoridad, como reprimida o como detenida,..., si la víctima estuviere bajo su autoridad o su vigilancia...”. Al no describir el tipo un abuso de la posición de superioridad, parecía que se sancionaba incluso el acto sexual plenamente consentido por la supuesta víctima. Este defecto no fue suficientemente corregido en la redacción del artículo 174 del texto actual, que exige el “aprovechamiento” de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia para la práctica sexual. La Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994, se limitó a elevar la pena de este delito, pero mantuvo intacta la descripción del comportamiento típico.

Se protege la libertad sexual de aquellas personas que se encuentran sometidas a relaciones de dependencia, autoridad o vigilancia. La norma es restrictiva porque se refiere únicamente a aquellas que vivan en un espacio sometido al poder del autor, por ejemplo un hospital, un asilo, una clínica, una prisión, un

93 Artículo 181.1 del CP español y artículo 609-bis [III] 1) del CP italiano.

94 Artículo 609-ter [I] 2) del CP italiano.

centro militar, un colegio internado, etcétera. El sujeto pasivo “conciente” la relación sexual en el marco de una relación de superioridad, ello excluye la tutela de los menores de catorce años y de los incapaces, quienes al no poder consentir válidamente, tienen una protección más intensa mediante los tipos de los artículos 173 y 172, respectivamente. El consentimiento no es completamente libre pues entonces no existiría motivo para la sanción, pero tampoco obedece a coacción porque el hecho calificaría como agresión sexual del artículo 170. La conducta típica se concreta en el acto sexual o análogo, conforme a lo expresado anteriormente, ello incluye la práctica vaginal, anal y bucal del autor sobre la víctima, como la de ésta a favor del autor o de un tercero⁹⁵ Debe excluirse, sin embargo, el último supuesto, estamos ante un delito especial y de propia mano que sólo puede ser cometido por quien ostenta la posición de superioridad.

Una razón suficiente para la criminalización de estas conductas radica en el abuso de la relación de superioridad que condiciona la libertad de la víctima.⁹⁶ Así lo refleja por ejemplo el artículo 181.3 del CP español que sanciona la obtención del consentimiento de la víctima “prevaliéndose el responsable de una situación de dependencia manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. Ello supone que el autor debe conocer la influencia que ejerce sobre la víctima, y constatar que ella consintió por el dominio moral o material que el autor tenía sobre ella.⁹⁷ Una descripción similar no ha quedado plasmada en el artículo 174 del CP peruano, donde basta el “aprovechamiento” de la situación de superioridad, expresión en la que pueden incluirse conductas abusivas, pero también las de mero facilitamiento, por ejemplo, la de la profesora de una escuela internado que, fingiendo asesorías privadas, cita a un alumno de 16 años a su despacho para practicar actos sexuales y sin que ello influya en su

95 Véase supra III.1.

96 Boix Reig y Orts Berenguer, *op. cit.*, nota 49, p. 677.

97 De Vicente Martínez, *op. cit.*, nota 49, p. 791.

calificación, o también la del jefe de un recinto penitenciario que mantiene una relación sentimental con una reclusa a la que, valiéndose de su autoridad, hace traer a su oficina durante varios días para practicar el acto sexual.

La amplitud de este tipo permitiría criminalizar conductas que no lesionan la libertad sexual. Tampoco se acaba de comprender como los comportamientos del artículo 174, menos lesivos del bien jurídico por la ausencia de coacción, pueden acarrear una mayor pena privativa de libertad (de 5 a 8 años) que los del artículo 170 (de 4 a 8 años) en los que la ausencia de consentimiento obedece a la violencia o amenaza directa. Estas circunstancias, sumadas al efecto simbólico del concepto “violación”, sean quizás la explicación de la poca relevancia jurisprudencial del delito comentado. Parece que conductas subsumibles en el artículo 174, en la práctica se persiguen como delito de agresiones sexuales del artículo 170.

4. Seducción

La criminalización de la “seducción” o “estupro fraudulento” no es pacífica en la doctrina, por lo general ha estado vinculada a críticas relativas al inconveniente afán moralizador del legislador, tangible en el artículo 201 del CP de 1924 que consideraba como víctima sólo a la mujer de “conducta irreprochable”, elemento empírico-cultural que la jurisprudencia peruana interpretó de formas diversas, por lo general asociado a la condición física de la “virginidad”,⁹⁸ o a condiciones morales de difícil aprehensión, como “conducta honesta” o “reputación moral”.⁹⁹ Con el fin de superar tales inconveniente, la reforma de 1991 incriminó la práctica sexual con una persona, en general, de 14 a menos de 18 años de edad, que “conciente” mediante engaño

⁹⁸ SCS del 30 de marzo de 1937, *Revista de los Tribunales*, 1937, p. 138; SCS del 2 de enero de 1972, *Anales Judiciales*, 1973, p. 170.

⁹⁹ S del 9o. JP del 13 de julio de 1994, exp. 201-94. Roy Freyre, *op. cit.*, nota 38, pp. 102-105.

(artículo 175). La Ley núm. 26357 del 28 de septiembre de 1994, extendió la conducta típica al acto análogo y agravó el máximo de la pena privativa de libertad, de dos a tres años, al igual que los límites de la pena alternativa de prestación de servicio comunitario.¹⁰⁰

Subsisten otras críticas relacionadas con la necesidad de la intervención penal.¹⁰¹ Se cuestiona sí una persona de 14 a 18 años a la que la ley penal le concede el goce de la libertad sexual, merece una protección frente a los “engaños” que puede sufrir en el ejercicio de dicha libertad.¹⁰² Una respuesta positiva a esta cuestión, llevada a sus extremos, quizás debería conducir a extender indefinidamente la protección contra los engaños relevantes. Si es posible estafar patrimonialmente, mediante “engaño bastante”, a personas de 15, 40 ó 60 años (artículo 196), ¿existe alguna razón para limitar la edad del engañado en el ámbito sexual?, ¿merece el patrimonio una mayor tutela frente a la libertad sexual?, ¿porqué no criminalizar también el uso de engaño para realizar una práctica sexual distinta al acto vaginal o análogo?¹⁰³

Lo más preocupante se observa en la aplicación del tipo de seducción, comúnmente utilizado como fórmula de “escape judicial” para no imponer la pena del delito de agresión sexual

100 De esta forma, se alcanzó una tipificación acorde con el principio de igualdad, como la que se observa en el artículo 301 del CP colombiano o en el artículo 183.1 del CP español. Se deja atrás regulaciones moralizadoras como la del CP uruguayo que tutela sólo a la “mujer doncella” (artículo 275), la del CP brasilero que se refiere a la “mujer honesta” y “mujer virgen”, la del CP boliviano que habla de “mujer que hubiere llegado a la pubertad” (artículo 309) o la del CP argentino que se refiere a “mujer honesta” (artículo 120).

101 Boix, *Delitos contra la libertad sexual*, pp. 247 y 248. Prado Salda-riaga, *op. cit.*, nota 40, p. 259.

102 La SCS del 5 de marzo de 1975, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1975, p. 403, señaló que en este delito se protege el interés de la menor de conducta irreprochable “que puede ser fácil víctima del engaño o ceder a impulsos reprobables por carecer de suficiente madurez para darse cuenta cabal del significado de sus actos sexuales”.

103 Los artículos 216 y 183.1 de los códigos de Brasil y España, respectivamente, criminalizan también tales prácticas.

mediante coacción (artículo 170), realizado contra una persona de 14 a menos de 18 años.¹⁰⁴ A estos atentados graves contra el principio de legalidad, se añaden la resurrección de un elemento típico ya derogado en 1991 y la persistencia de una interpretación *contra legem*. Aunque el artículo 175 del CP de 1991 eliminó la referencia a la víctima mujer de “conducta irreprochable” que preveía el artículo 201 del CP de 1924, esta exigencia moral, incompatible con la concepción igualitaria del bien jurídico, aún subsiste en la jurisprudencia.¹⁰⁵ De otro lado, contraviniendo el principio de tipicidad, ésta continúa limitando el engaño típico de la seducción a la llamada “promesa de matrimonio”,¹⁰⁶ condición ajena al tipo objetivo del artículo 175 que tampoco se encontraba en el CP de 1924 (artículo 201) ni el CP de 1863 (artículo 270),¹⁰⁷ de modo que su supervivencia obedece únicamente a una actitud judicial conservadora, cuando no discriminatoria.¹⁰⁸ Teniendo en cuenta esta realidad jurisprudencial, en perspectiva de *lege ferenda* deberá evaluarse la conveniencia de descriminalizar este comportamiento.

104 Véase supra III.1.

105 Por ejemplo, la S del 9o JP de Chiclayo del 13 de julio de 1994, exp. 201-94.

106 Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, p. 255.

107 La promesa matrimonial como medio comisivo del “estupro” o “seducción”, sólo se previó en el artículo 368 del Anteproyecto de CP de 1877 y en el artículo 180 del Proyecto de CP de 1916, pero no fue contemplada en la redacción definitiva del artículo 201 del CP de 1924, aunque reapareció en el artículo 237 del Proyecto de CP de 1928. Son pocos los códigos penales que actualmente restringen el engaño a la promesa de matrimonio, por ejemplo el uruguayo (artículo 275, párrafo 1).

108 Véase SCSL del 23 de junio de 1998, exp. 1411-98, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 235; SCSL del 13 de mayo de 1998, exp. 80-98, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 237; SCSL del 14 de julio de 1998, exp. 1534-98, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 240; S del JP de Sihuas del 17 de diciembre de 1996, exp. 07-96, *Serie de Jurisprudencia*, núm. 1, p. 524.

5. Actos “contra el pudor” mediante coacción

Otro ilícito de escasa relevancia en la jurisprudencia es el de atentados contra el pudor de una persona de 14 años o más. El artículo 200 del CP de 1924 sancionaba tal conducta sólo si se realizaba contra un menor de 14 años, manteniendo esta tradición la reforma de 1991 se limitó a especificar en el artículo 176, como condición negativa de la tipicidad, que el sujeto activo no debe tener el propósito de practicar el acto sexual o análogo, precisión superflua pero motivada en una extensa jurisprudencia en la que no se diferenciaba con claridad el atentado contra el pudor de la tentativa de violación de menor.¹⁰⁹ El párrafo 2 del artículo 176 reprodujo la agravante por remisión, ya prevista en el artículo 200 del CP de 1924, que se concreta en el abuso de la posición de garante o de superioridad del autor frente al menor, que describe el artículo 173 *in fine*.

Como este delito sólo podía realizarse contra un menor de 14 años, para la reforma de 1991 las personas de 14 años o más sólo merecían protección frente al acceso vaginal o el “acto análogo”. De acuerdo a la jurisprudencia, las agresiones consistentes en someter, bajo violencia o amenaza, a una persona mayor de 14 años a una penetración bucal o tocamientos sexuales de su cuerpo, el del autor o de un tercero, sólo podían realizar el delito de coacción del artículo 151, sancionado hasta la actualidad con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Esta menor protección de la libertad sexual pretendió superarse a través de la Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994, que por una parte derivó la regulación de los atentados contra el pudor de menores de 14 años a una nueva norma que estableció una mayor pena (artículo 176-A). Por otro lado, mediante el artículo 176 se criminalizó los “actos contra el pudor” de personas de 14 o más años, las que por gozar de libertad sexual sólo pueden protegerse contra los atentados no consentidos, es decir, los rea-

109 Espinoza Vásquez, *op. cit.*, nota 39, pp. 191 y ss.

lizados mediante coacción, con un incapaz y los practicados con personas capaces en una situación que no les permite consentir.

De estas agresiones el artículo 176, párrafo 1, se limitaría a reprimir las practicadas mediante violencia o grave amenaza.¹¹⁰ La tutela de las personas en incapacidad de consentir o resistir parece muy relativa, los párrafos 2 y 3 del artículo 176 establecen penas más elevadas si el autor se halla en el supuesto del artículo 174 o la víctimas en los casos de los artículos 171 y 172 del CP. Esta difusa redacción conduciría a entender estas circunstancias como agravantes, es decir, como supuestos cualificados de los actos contra el pudor mediante coacción del artículo 176, párrafo 1, de modo que sería atípico por ejemplo drogar a la víctima de 16 años para luego desnudarla y acariciar sus órganos sexuales. Por ello, de *iure condendo* debe evaluarse la conveniencia de adoptar una fórmula general que sancione los atentados contra la libertad sexual diferentes del sexual o análogo, realizados sin el consentimiento de la víctima.¹¹¹

También debe plantearse la renuncia a la fórmula de contenido moral “acto contrario al pudor”, presente en los artículos 176 y 176-A. Las dificultades de concreción del concepto de “pudor”, obliga a tomar distancia de valoraciones morales o subjetivas y realizar una interpretación acorde con el bien jurídico de libertad sexual que protege el artículo 176 del CP. Debe entenderse como “contrario al pudor” cualquier atentado contra la libertad sexual distinto de los del artículo 170, o sea, diferente del acto sexual y del acto análogo que equivale, según lo aquí sostenido, al acto anal y al bucal. En consecuencia, los tipos de agresión sexual mediante coacción (artículo 170) y actos “contra

110 De modo similar, el artículo 214 del CP brasilero y del artículo 299 del CP colombiano, que restringen el tipo exigiendo el uso de violencia.

111 En ese sentido y con diversas técnicas: los artículos 260 y 261 del CP mexicano, el artículo 181.1 del CP español, el artículo 127 del CP argentino que sin embargo recurre al concepto moral de abusos deshonestos, el artículo 312 del CP Boliviano que se refiere a “actos libidinosos”, y el artículo 273 del CP uruguayo que describe la conducta como “actos obscenos”.

el pudor” (artículo 176), deben entenderse como dispositivos complementarios que protegen todo el contenido de la libertad sexual.

De esta conclusión se derivan dos corolarios, de una parte que las conductas típicas de coacción en el ámbito del artículo 176, párrafo 1, no se restringen a lo que el autor pueda realizar sobre el cuerpo de la víctima, se extienden a las que ésta es obligada a realizar sobre el cuerpo del autor o de un tercero.¹¹² La expresión “comete” un acto contrario al pudor no puede interpretarse en sentido naturalístico, en el sentido de que denota un hacer positivo del autor y una actitud pasiva de la víctima, sino en concordancia con el bien jurídico y el medio de ataque, es decir, la coacción que implica, como define el artículo 151 del CP, obligar a otro “a hacer lo que la ley no manda” o impedirle “hacer lo que ella no prohíbe”. En ese orden de ideas, también es contrario al pudor obligar, por ejemplo, al sujeto pasivo a masturbarse a sí mismo, a que masturbe al autor o a un tercero.

El segundo corolario está vinculado a los elementos del tipo subjetivo. Al igual que en los atentados del artículo 170, el artículo 176 sólo exige dolo. No es necesaria la presencia de otro elemento subjetivo, como el llamado *animus lubricus* o el “animo libidinoso”, descriptivos de una tendencia interna intensificada de difícil definición por su contenido moral. La exigencia de algún ánimo, puede terminar restringiendo la tutela de la libertad sexual, pero es además innecesaria si se tiene en cuenta que en el párrafo 1 del artículo 176 estamos ante un delito cometido mediante violencia o amenaza que objetivamente persigue una finalidad sexual, a través de tocamientos cuya realización debe estar abarcada por el dolo.

112 Expresamente en ese sentido, por ejemplo el artículo 273 del CP uruguayo y el artículo 260 del CP mexicano.

6. Irrelevancia del “matrimonio con la ofendida”, el desistimiento, la transacción y el perdón

El CP de 1924 establecía en el artículo 204, párrafo 2, que “el delincuente quedará exento de pena, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder de sus padres o guardador o a otro lugar seguro”. Esta disposición fue materia de múltiples críticas, primero porque la referencia a que la mujer debía ser “restituida” era heredera de la regulación del CP de 1863, en la que los delitos sexuales estaban regulados conjuntamente con los de raptó (artículo 277), tendencia no seguida por el legislador de 1924 que separó el tratamiento de ambos ilícitos. En el plano material, surgieron dudas en torno a los delitos en los que podía operar la exención, la genérica referencia a la “violación, estupro, raptó o abuso deshonesto de una mujer”, también heredera de la fórmula del artículo 277 del CP de 1863, permitía excluir su aplicación en los delitos de abuso sexual de menor o de persona incapaz (artículos 198-200), pero planteaba dudas sobre su extensión al autor de violación de mujer con alevosía (artículo 197), abuso de superioridad (artículo 202) o en el que se provocara a la víctima lesiones graves (artículo 203). Por otro lado, dada la vinculación a los principios de incomunicabilidad (artículo 104) y accesoriedad limitada, el CP derogado no permitía expresamente la exención de todos los intervinientes en el caso de concurso de personas, lo que hacía posible beneficiar, por tratarse de una circunstancias personal que afecta la punibilidad, sólo al que tuviera la “suerte” de contraer matrimonio con la víctima, de forma que se observaba una clara infracción al principio de igualdad.¹¹³

La reforma de los delitos sexuales de 1991 no fue capaz de superar estos inconvenientes. El párrafo 3 del artículo 178 man-

113 La SCS del 30 de mayo de 1951, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1951, p. 922, admitió la extensión de la eximente a los demás participante. En contra, SCS del 25 de marzo de 1929, *Anales Judiciales*, 1929, p. 11; SCS del 3 de agosto de 1973, *Anales Judiciales*, 1972, p. 130.

tuvo como causa de cancelación de la pena la celebración de “matrimonio con la ofendida”, sin especificar en que delitos era procedente y reproduciendo la expresión del CP de 1863, relativa a la restitución de ésta al poder de sus padres o tutor, a un lugar seguro. Aunque se aclaró que la exención debía extenderse a los coautores, se planteaba la duda sobre su extensión a los partícipes, es decir, a los cómplices o instigador, a la que se podía llegar sólo mediante una analogía *in bonam parte*, teniendo en cuenta el menor disvalor de la intervención del partícipe en el hecho ilícito. Durante el proceso legislativo de 1991 no se tuvo en cuenta la permanente discusión doctrinal ni las tendencias del derecho comparado, relativas a la conveniencia de erradicar esta causa de exención de pena, lo que dio lugar al oscuro alegato de “razones de política criminal”.¹¹⁴

Por ejemplo, en España la Ley Orgánica 3/1989 del 21 de junio modificó el artículo 443 del CP, cuyo párrafo 2 señalaba que en los delitos sexuales “el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”, decisión que mantiene actualmente el CP de 1995 (artículo 191.2).¹¹⁵ La admisión de esta perspectiva político-criminal no es pacífica en la doctrina española, a favor se indica la necesidad de restar eficacia a los chantajes y presiones contra la víctima por parte del ofensor.¹¹⁶ En contra se sostiene que la ineficacia del perdón importa una desprotección de la intimidad de la víctima.¹¹⁷

114 Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, p. 262.

115 Véase Alonso Rimo, “Los efectos extintivos del perdón del ofendido: un análisis interpretativo de su regulación legal en los Códigos de 1973 y 1995”, *Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1998, vol. I, pp. 71 y ss.

116 Díez Ripollés, “La reforma del derecho penal sexual y la propuesta de 1983”, *Documentación Jurídica*, vol. 1, 1983 p. 564. Zugaldía Espinar, “Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal del 21 de junio de 1989”, *Poder Judicial*, núm. especial XII, p. 67. Suárez Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, p. 415.

117 Orts Berenguer, *op. cit.*, nota 56, p. 325.

El CP peruano de 1924 se preocupó por aclarar en el artículo 118.2 que la acción penal en los delitos de persecución privada, podía extinguirse por desistimiento, transacción y, “también” por el matrimonio subsiguiente en los delitos sexuales. Tal claridad no reprodujo el artículo 78.3 del CP de 1991 pues al suprimir la partícula “también”, creó dudas sobre la relevancia del desistimiento y la transacción en dicho ilícitos. Por otra parte, el artículo 85.3 del nuevo texto, estableció como causa de extinción de la ejecución de la pena ya impuesta mediante una condena, el “perdón del ofendido en los delitos de acción privada”, la misma que era aplicable a los delitos sexuales, entonces considerados como de persecución privada según el artículo 178. De esta manera, el sistema jurídico peruano ofrecía al autor de un delito contra la libertad sexual un amplio bagaje de posibilidades para evitar la sanción penal, desde la necesidad de que sea la víctima quien privadamente instaure la persecución, hasta el recurso a la transacción, el desistimiento o el matrimonio, o la búsqueda del perdón durante la condena.

No fueron pocas las voces que se levantaron contra este tratamiento discriminatorio, frente por ejemplo a otros delitos violentos como el robo o las lesiones, de allí que se plantearan diversos proyectos de ley orientados a reducir estas formas de discriminación legal positiva. En esa línea, la Ley núm. 26770 del 15 de abril de 1997, restringió los alcances del artículo 78.3, excluyendo de la PG del CP toda referencia a la extinción de la acción penal como consecuencia del matrimonio, decisión que mantuvo la Ley núm. 26993 del 24 de noviembre de 1998. Acorde con ello, la Ley núm. 26770 reformó también el artículo 178, limitando la cancelación de la pena por matrimonio sólo para el ilícito de seducción del artículo 175. Tras el debate en el seno del Congreso de la República,¹¹⁸ finalmente, la Ley núm. 27115 del 17 de mayo de 1999 modificó radicalmente el artículo 178 del CP, con lo que suprimió la exención de pena por matrimonio y

estableció la persecución penal de oficio, cuya consecuencia directa se concreta en la ineficacia del desistimiento, la transacción (artículo 78.3) y el perdón durante la condena (artículo 85.3), instituciones sólo idóneas en la persecución privada.

Esta línea político-criminal merece una valoración positiva. La libertad sexual es indiscutiblemente un bien personalísimo, ligado a la intimidad y dignidad personales. Pero de allí no se deduce la dependencia de la prevención general de la voluntad individual de la víctima, no siempre constante y, en ocasiones, ligada al logro de objetivos diferentes de los del ordenamiento penal.¹¹⁹ Este razonamiento se extiende, especialmente, al caso del matrimonio con la ofendida que, para un sector doctrinal, debería ser el único supuesto de exención de pena del autor.¹²⁰ Aquí no puede hablarse de una conciliación de intereses posterior al hecho punible, institución cuya relevancia se ha planteado excepcionalmente para los delitos sexuales. La conciliación no equivale a una renuncia incondicional a la persecución penal, está ligada a un conjunto de exigencias como el reconocimiento del hecho por parte del autor y la asunción plena del deber de reparación a favor de la víctima.¹²¹ Como precisa Suárez Rodríguez con cierta ironía, si la pre-existencia de matrimonio es indiferente para afirmar la antijuridicidad y culpabilidad del autor en los delitos sexuales, “¿qué mayor consideración merece quien contraiga matrimonio con el ofendido?”¹²²

7. *Instauración de la persecución de oficio*

Acorde con la tradición del artículo 205 del CP derogado, aunque con más precisión, el CP de 1991 instauró en el artículo

119 Suárez Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, p. 415.

120 Ruiz Vadillo, “El perdón en los delitos contra la honestidad”, *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1985, vol. 2, pp. 981 y 982.

121 Pérez Sanzberro, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía penal?*, Granada, 1999, *passim*, especialmente 175 y ss.

122 Suárez Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, p. 414.

178, párrafo 2, una cláusula de ejercicio privado de la acción penal para los ilícitos de los artículos 170, 171, 174 y 175, es decir, la querrela de la víctima como condición objetiva de procedibilidad. Dicha condición se excluyó para la persecución de los ilícitos que tutelan la indemnidad sexual y los realizados con la concurrencia de alguna de las agravantes del artículo 177, es decir, la crueldad o la provocación de lesiones o muerte.

Con esta regulación se planteaban dos problemas, no se conocía en primer término la razón para no extender la exigencia de acción privada a uno de los supuestos del artículo 172, al caso del acto sexual o análogo realizado con una persona en “incapacidad de resistir”, ilícito que según lo visto con anterioridad tutela también la libertad sexual. Ello hacía suponer que para el legislador era más grave por ejemplo tener acceso carnal con una mujer a la que el agente ocasionalmente encontró ebria (artículo 172), que la conducta alevosa de drogar a la víctima con la específica finalidad de practicarle luego el acto sexual (artículo 171). En segundo lugar, tampoco era explicable porque se otorgaba a la víctima la posibilidad de denunciar o no el supuesto particularmente grave del artículo 170, párrafo 2, consistente en el acceso carnal o análogo, mediante violencia o amenaza, agravado por la realización “a mano armada y por dos o más personas”. Sólo este inconveniente fue superado mientras subsistió la cláusula de la acción privada, la Ley núm. 26770 del 15 de abril de 1997 modificó el artículo 178, restringiendo la exigencia de dicha condición de procedibilidad para los delitos de los artículos 170, párrafo 1; 171, 174 y 175.¹²³

123 Véase los Proyectos de Ley núm. 1702, 1934, 2023, 2184 y 2280, en los que progresivamente se advierte la tendencia a limitar los supuestos de ejercicio privado de la acción penal y la exención por matrimonio, <http://www.congreso.gob.pe/ccd/proyectos>

Como se adelantó, se elaboraron varios proyectos de ley¹²⁴ que, tomando postura frente a la controversia doctrinal relativa a la conveniencia de instaurar la persecución pública,¹²⁵ postularon limitar el ejercicio privado de la acción penal y la exención de pena por matrimonio, para el delito de seducción del artículo 175 del CP. En los demás casos la persecución quedaba a cargo del Ministerio Público a través de un procedimiento “reservado” que mantuviera prácticamente en secreto la identidad de la víctima.¹²⁶ Los fundamentos de estas propuestas radicaron en la gravedad de los atentados sexuales¹²⁷ como lesivos de los derechos humanos, la discriminación latente en la persecución privada del autor por una víctima temerosa y no pocas veces de escasos recursos económicos, la necesidad de disminuir la “cifra negra”, la creciente tendencia dentro del derecho comparado a oficializar el proceso penal sexual, como se observa por ejemplo en Ecuador, El Salvador, Guatemala y México, así como en la necesidad de evitar el efecto simbólico negativo de la persecución privada que genera la percepción del ilícito sexual como un delito menor.¹²⁸

Estos argumentos fueron sometidos a un interesante debate en el pleno del Congreso de la República,¹²⁹ donde, en términos generales, no se cuestionó la gravedad del hecho, ni la necesidad

124 Los últimos fueron el Proyecto núm. 3991 presentado por la congresista Beatriz Merino, y el núm. 4185 planteado por la congresista Ana Townsend, véase <http://www.congreso.gob.pe/ccd/proyectos>

125 A favor González Rus, *La violación en el Código Penal español*, cit., nota 61, pp. 457 y 458. En contra Muñoz Conde, *op. cit.*, nota 56, p. 211.

126 El artículo 1o. del Proyecto núm. 3991 llegó a proponer que sólo se indiquen las iniciales de los nombres y apellidos de la víctima.

127 Pese a la gravedad del hecho, la SCS del 15 de diciembre de 1954 consideró que el delito “contra el honor sexual de una mujer mayor de edad a quien nueve individuos la condujeron cargada a un despoblado donde sujetándola de brazos y piernas la hicieron sufrir el acto sexual, resultando aquella con simples lesiones, no es perseguible de oficio sino por querrela de la ofendida”, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1955, p. 2261.

128 Véase la exposición de motivos de los Proyectos núms. 3991 y 4185.

129 *Diario de Debates* del 22 de abril de 1999. En: <http://www.congreso.gob.pe>

de una intervención penal más eficaz frente a la no denuncia.¹³⁰ Esta orientación coincide pues con la perspectiva político-criminal de Gimbernat Ordeig, relativa a que la persecución privada de un delito puede justificarse frente a hechos no violentos, de poca entidad y predominantemente ocasionales.¹³¹ El crecimiento estadístico de los delitos contra la libertad sexual y la exhibición no siempre objetiva de casos graves a través de los medios de comunicación, han motivado desde 1991 sucesivas reformas para intensificar los fines de prevención general, mediante penas de hasta 25 años de privación de libertad (artículo 177 del CP). Existe asimismo una preocupación por la prevención especial que, como veremos, incluso parece tolerar la imposición al condenado de tratamientos terapéuticos no consentidos (artículo 178-A del CP). En consecuencia, no se trata de ocasionales delitos de bagatela o realizados siempre sin violencia.

También ha precisado Gimbernat que la persecución privada puede encontrar asidero cuando la prueba del hecho implica el riesgo de una intromisión en la vida privada de la víctima.¹³² El recurso a este criterio pudo observarse en el debate parlamentario, radicado principalmente en los límites de protección de la intimidad de la víctima y la eficacia del acceso privado a la justicia penal.¹³³ El 64% de los congresistas votó por la aprobación

130 Sobre esta problemática, Gutiérrez Quevedo, “Víctimas del delito y el no denuncia”, *Derecho Penal y Criminología*, núm. 62, 1997, pp. 80 y ss.

131 Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, nota 72, p. 90.

132 *Ibidem*, pp. 90 y 91.

133 El congresista Ferrero Costa, contra la oficialización del proceso penal sexual, sostuvo: “Por ejemplo, en el caso de familiares nuestros, o de otros, que hubieran sufrido una violación, nosotros resolvemos que el asunto no pase al juzgado porque tiene que ver con la intimidad y con el honor de esa persona; sin embargo, alguien que es un tercero, decide que se conozca que violaron a tu hermana, que se conozca que violaron a tu mujer o a tu hijo; no importa lo que tú pienses, no importa lo que la persona sienta”. Por contra, la congresista Hildebrandt Pérez-Treviño, señaló: “se ha hablado del pudor de las familias que pueden preferir —con todo derecho— que no se conozca el caso de una violación que ha tenido lugar dentro de una familia. Pero esto esta expresando un criterio clasista, repito, clasista. Porque las únicas familias que se pueden dar el lujo de escoger entre el pudor —o sea la no publicidad— y la

de la citada Ley núm. 27115 del 17 de mayo de 1999, sólo el 14% votó en contra y el 22% se abstuvo. La Ley va más allá que los proyectos debatidos, se modificó el artículo 178 renunciándose a todo ejercicio privado de la acción penal, a cambio de una persecución de oficio por cuenta del Ministerio Público.

Esta decisión no ha venido acompañada de medidas procesales que reduzcan, al mínimo necesario, la intromisión pública en la vida privada de la víctima. El artículo 3o. de la Ley adopta medidas simbólicas como la de realizar una investigación reservada, “preservándose la identidad de la víctima” (ítem 3.1), la necesidad de que ella consienta la realización del examen a ser practicado por un médico y un auxiliar, y sólo en presencia de quienes ella autorice (ítem 3.2), así como el deber de actuar las pruebas teniendo en cuenta “el estado físico y emocional de la víctima” (ítem 3.3). Si también se trata de salvaguardar la seguridad de la víctima en el proceso, hubiera sido conveniente la previsión de medidas concretas como la prohibición de confrontaciones con el autor o el deber del procesado con orden de comparecencia de no acercarse o comunicarse con la víctima, entre otras.

Si volvemos sobre lo expresado por Gimbernat, podría sostenerse que la seducción es el único delito contra la libertad sexual que puede hallar una justificación para la persecución privada. Es un delito no violento, ni grave pues se castiga alternativamente con pena privativa de libertad no mayor de 3 años o prestación de servicio comunitario, y es relativamente ocasional. En esa línea se inscribieron, aunque sin éxito, los Proyectos núm. 3991 y 4185. Pero el problema señalado en cuanto

publicidad para exigir justicia son las familias de clase media y clase media alta... aquí no se trata de nuestros casos, ni de nuestras familias, ni de nuestras niñas ni de nuestros niños. Aquí se trata de la gran mayoría de mujeres peruanas de toda edad que están siendo violadas, que no tienen cómo defenderse, que se desisten de una acción privada por falta de tiempo, por falta de plata, por desmoralización”.

al uso judicial del delito de seducción, como “fórmula de escape” para no aplicar el tipo de agresión sexual mediante coacción realizada contra personas de 14 a 18 años, hace aconsejable evaluar primero la conveniencia de mantener criminalizado este comportamiento.

IV. PROTECCIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL

1. *Abuso sexual de persona incapaz*

Este delito protege la indemnidad sexual de las personas que, por su incapacidad mental para comprender el sentido y consecuencias de una práctica sexual, no pueden disponer jurídicamente su realización, concibiéndose la tuteta en términos de intangibilidad. La descripción del abuso sexual de persona incapaz prevista en el Código Maúrtua (artículo 198), tampoco experimentó mayores reformas a través del artículo 172 del CP de 1991, que sanciona la realización del acto sexual o análogo con una persona que padece de anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental. La Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994 sólo aumentó los límites mínimo y máximo de la pena privativa de libertad.

Con la redacción de 1991, cualquier persona, hombre o mujer, casada o soltera, puede ser sujeto pasivo de este ilícito, excluyéndose en todo caso a los menores de edad que cuentan con una protección específica y, en vista de las actuales sanciones, más intensa a través de los tipos del artículo 173.¹³⁴ La víctima debe ser una persona de 14 años o más, y padecer previamente,

134 En contra se manifestaba un sector de la jurisprudencia expedida conforme al CP de 1924, véase la SCS del 30 de octubre de 1942, *Revista de los Tribunales*, 1942, p. 412; SCS del 21 de junio de 1944, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, diciembre de 1944; SCS del 31 de mayo de 1944, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, diciembre de 1944, p. 16; SCS del 13 de septiembre de 1948, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, p. 215; SCS del 21 de abril de 1951, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1951, p. 416; SCS del 14 de noviembre de 1952, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, p. 191.

no como consecuencia de la conducta del autor pues ello nos ubicaría frente al tipo del artículo 171 de agresión sexual mediante alevosía, una situación de incapacidad mental que, conforme a la descripción de la norma, parece exigir sólo una verificación empírico-objetiva. Ello dio lugar a una jurisprudencia irregular durante la vigencia del CP de 1924, en la que puede apreciarse casos de aplicación del tipo a supuestos de grave incapacidad como la epilepsia¹³⁵ o la oligofrenia.¹³⁶ Pero en otras decisiones, pese a que el retraso mental leve del sujeto pasivo no era quizás suficiente para evitar que comprenda el significado de la relación sexual a la que se sometió sin violencia ni amenaza, se consideró realizado el delito.¹³⁷

Un criterio puramente objetivo puede conducirnos a tutelar bajo el rótulo “indemnidad sexual”, supuestos en lo que no se aprecia claramente una lesión del bien jurídico. De allí que la Corte Suprema, en la interpretación del artículo 198 del CP derogado, en muchas ocasiones ha exigido la prueba de una incapacidad real, negando la tipicidad por la sola presencia de alguna deficiencia sensorial, como la sordo-mudez,¹³⁸ debilidad mental leve¹³⁹ o signos generales de “anormalidad”.¹⁴⁰ Pero en algunos casos se ha llevado este criterio al extremo de establecerse, por ejemplo, que el sujeto pasivo padece de una incapacidad verdadera que, a su vez, resta valor a la imputación que realiza contra el autor.¹⁴¹

135 SCS del 30 de abril de 1951, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, p. 369.

136 SCS del 26 de agosto de 1974, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1974, p. 1235.

137 La SCS del 15 de mayo de 1951 consideró que la falta de capacidad de la víctima de 24 años para apreciar el hecho, venía probada por los síntomas de debilidad mental con falta de inteligencia, *Revista del Foro*, 1951, p. 566.

138 SCS del 4 de octubre de 1967, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1968, p. 475.

139 SCS del 16 de abril de 1968, *Anales Judiciales*, 1967-1969, p. 160.

140 SCS del 11 de agosto de 1961, *Rev. Jur. del Perú*, 1961, p. 208.

141 SCS del 12 de junio de 1973, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1973, p. 1009.

La reforma de 1991 no se preocupó de superar estos inconvenientes, se limitó a reemplazar la expresión “idiota, enajenada, inconciente” del CP de 1924, por la de “anomalía siquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental”, sin adoptar los resultados de esta evolución jurisprudencial. Pudo ser más conveniente acoger una fórmula como la del artículo 266 II del CP mexicano que sanciona la cópula con una “persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho”. De esta manera sería necesaria una verificación secuencial, en primer término la presencia de una incapacidad mental y, en segundo lugar, que esta afecte la comprensión de la práctica sexual de forma que haga irrelevante el consentimiento.

Finalmente, el artículo 172 del CP ha reproducido del CP de 1924 la expresión “El que, conociendo el estado de su víctima”, superflua porque el estado de incapacidad de la víctima es un elemento del tipo objetivo que debe ser abarcado por el dolo del agente. Si con ella se exige un conocimiento real de la incapacidad, debería excluirse el dolo eventual pero tal interpretación no ha sido admitida por la Corte Suprema.

2. Abuso sexual de menor

Desde su regulación en el CP de 1991, el delito de práctica sexual o “análoga” con un menor (artículo 173) ha sido modificado por la Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994 y por el D.Leg. núm. 896 de “Delitos agravados” del 24 de mayo de 1998. En el texto de 1991 no se aprecian mayores novedades en relación al Código Maúrtua, por una parte el artículo 173 redujo a “menos de 14 años” el límite de protección de la indemnidad sexual, a diferencia del artículo 199 del CP de 1924 que la extendía hasta los 14 años inclusive. La conducta típica se concreta en la práctica del acto sexual o análogo con un menor, según lo antes expuesto ello incluye el acto vaginal, anal o bucal reali-

zado por el autor, o por el menor a favor del autor¹⁴² o de un tercero.¹⁴³ También se introdujo en el tipo una graduación de la pena más exhaustiva, conforme a tres rangos de edad de la víctima: menos de 7 años (inciso 1), de 7 a menos de 10 (inciso 2) y de 10 a menos de 14 años (inciso 3). La reforma de 1991 mantuvo también la agravante (artículo 173 *in fine*) fundada en la situación de superioridad o posición de garante del autor frente al menor.

Estas reformas no permitieron superar los constantes problemas de interpretación y aplicación jurisprudencial. Si bien el CP de 1924 consideraba punible el acto análogo practicado con un menor, su identificación hasta la actualidad con el acceso anal en la jurisprudencia y en la doctrina, ha permitido que casos de especial gravedad sean considerados como meros actos contra el pudor. La práctica bucal realizada al autor por una menor de 7 años a cambio de dinero, ha sido considerada como simple acto contrario al pudor, lo que ha permitido que la pena pueda suspenderse condicionalmente bajo reglas de conducta.¹⁴⁴

Por otra parte, cuando el hecho lesiona la indemnidad sexual, especialmente en los casos de violación de persona incapaz (artículo 172) o menor de edad (artículo 173), se verifica generalmente un amparo judicial “máximo” en las decisiones de la Corte Suprema. Éste se manifiesta en la adecuada aplicación de conceptos penales, como los de tentativa y consumación,¹⁴⁵ para evitar la apreciación de atenuantes, así como la imposición casi

142 SCS del 13 de octubre de 1951, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1734; SCS de 1o. de diciembre de 1951, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1880; SCS del 6 de junio de 1973, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1973, p. 1012.

143 Véase *supra* III.1.

144 S del 6o. *JP* de Chiclayo del 19 de abril de 1996, exp. 239-95.

145 SCS del 10 de agosto de 1994, exp. 3029-93-B, Rojjasi Pella, *Ejecutorias supremas penales (1993-1996)*, Lima, 1997, pp. 176 y 177; SCS del 20 de octubre de 1997, exp. 4737-97, *Jurisprudencia Penal*, Lima, 1999, t. I, p. 366; SCS del 21 de agosto de 1997, exp. 3529-97, *Jurisprudencia Penal*, *cit.*, t. I, p. 384.

automática de sanciones muy graves¹⁴⁶ que colisionan con los principios constitucionales de proporcionalidad y humanidad. Esta práctica no se percibe en el juzgamiento de delitos contra la libertad sexual, cuyas sanciones son más acordes con la necesidad de la intervención penal, pero cuya estricta aplicación, según lo antes citado, implica superar múltiples problemas de interpretación. Por excepción la Corte Suprema decide la absolución en casos de violación de menores, por lo general ante la ausencia de pruebas que en ocasiones quizás pudieron ser satisfechas mediante un nuevo juicio.¹⁴⁷ En todo caso, la tendencia sobrecriminalizadora del máximo Tribunal se ha visto alentada por la sucesivas reformas que han llegado a instaurar sanciones de cadena perpetua.

La Ley núm. 26293 agravó las penas previstas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 173, estableciéndolas hasta en 25 años de privación de libertad para el caso de abuso de un menor de 7 años (inciso 1). Eliminó por otro lado el casuismo en la descripción de la agravante del artículo 173 *in fine*, que desde entonces se concibe como la posición, cargo o vínculo familiar del autor “que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar su confianza en él”, previendo como sanción máxima 30 años de privación de libertad. La Ley estableció asimismo una cualificación más intensa mediante la incorporación del artículo 173-A, según la cual si el abuso del menor causaba su muerte o le producía lesión grave, y el agente pudo prever este

146 Por ejemplo la SCS del 23 de octubre de 1995, exp. 3555-95, Rojjasi Pella, *op. cit.*, nota 145, p. 179, que impuso 25 años de pena privativa de libertad al autor.

147 La SCS del 16 de diciembre de 1997, exp. 812-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 145, t. I, p. 374, declaró no haber nulidad en la absolución por delito de violación de menor porque entendía que el imputado no pudo ejercer violencia debido a que tenía “saturado (sic) el dedo meñique de la mano izquierda”. La SCS del 9 enero de 1998, exp. 1535-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 145, t. I, p. 375, absolvió al acusado del delito de violación de menor, porque habría sido incapaz de practicar el acto sexual debido a su avanzada edad.

resultado o si procedió con crueldad, la pena era respectivamente de cadena perpétua y no menor de 25 ni mayor de 30 años. Las agravantes del artículo 177 dejaron entonces de ser aplicables a los delitos del artículo 173.

Esta nueva descripción planteaba dos problemas, de un lado no estaba clara la pena prevista para la provocación de lesiones graves, si se entendía que era la misma que la del supuesto de muerte (cadena perpétua), entonces se llegaba a aceptar una contradicción político-criminal al desvalorarse por igual resultados de distinta magnitud imputables al autor. Algo semejante sucedía si se equiparaba la pena de la crueldad (de 25 a 30 años), con la de la lesión grave fundada en la afectación de un bien jurídico distinto a la libertad sexual. El segundo problema, sobre el cual habrá oportunidad de detenerse luego,¹⁴⁸ es el relativo a si la frase “y el agente pudo prever este resultado” implica que la lesión o muerte debía realizarse con dolo o más bien por imprudencia.

El D.Leg. núm 896 de “delitos agravados”¹⁴⁹ ha mantenido esta incognita, además incrementó las sanciones del delito de abuso sexual de menor (artículo 173), estableciendo las penas de cadena perpétua (inciso 1), de 25 a 30 años (inciso 2) y de 20 a 25 años de privación de libertad (inciso 3), según la víctima tenga menos de 7 años de edad, de 7 a menos de 10 años y de 10 a menos de 14, respectivamente. En cuanto a la agravante del párrafo 2 del artículo 173, ésta se restringió a los supuestos de los incisos 2 y 3, elevándose la sanción a no menos de 30 años de privación de libertad. El supuesto del inciso 1 ya era merecedor de la máxima sanción del ordenamiento jurídico.

148 Véase infra V.4.

149 Esta norma fue aprobada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una difusa facultad legislativa delegada por el Congreso, la Ley núm. 26950 del 19 de mayo de 1998 autorizó legislar sólo en materia de “Seguridad Nacional”, rótulo en el que, contrariamente a toda definición gramatical y jurídica, se incardinó el problema de la criminalidad organizada, categoría en la que tampoco se incardinan los delitos sexuales, véase Caro Coria, “Seguridad ciudadana y ‘decretos de emergencia’”, *Boletín BM&U*, núm. 41, 1998, p. 1.

Esta tendencia sobrecriminalizadora se opone a los principios de reserva de ley, proporcionalidad y humanidad, pero denota sobre todo una clara utilización simbólica de la ley penal.¹⁵⁰ Un juicio negativo más intenso merece la reforma de la agravante del artículo 173-A, tanto porque reproduce la equívoca fórmula de la previsibilidad del resultado por parte del agente, como por elevar la sanción a cadena perpetua para tres supuestos que merecen un diferente grado de desvaloración: la provocación de la muerte, de lesiones graves y la existencia de crueldad.

De otra parte, ya en el terreno procesal, el Decreto Legislativo núm. 897 del 26 de mayo de 1998, “Ley de Procedimiento Especial para la Investigación y Juzgamiento de los Delitos Agravados que Tipifica el Decreto Legislativo núm. 896”, violando las garantías previstas principalmente en el artículo 139 de la Constitución, relajó notablemente las reglas del derecho procesal penal común y de ejecución penitenciaria aplicables a este delito, al impedir por ejemplo la concesión de la libertad provisional, privilegiar la imposición de la medida cautelar de detención, restringir los plazos de la investigación y juzgamiento, o excluir los beneficios penitenciarios, salvo el de redención de la pena por el trabajo y la educación.¹⁵¹

3. Acto “*contrario al pudor*” de menores

De forma similar al artículo 200 del CP derogado, la Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994 criminalizó en el artículo 176-A del CP los “actos contra el pudor” de menores de 14

150 Ugaz Sánchez-Moreno, “Grandes urbes e inseguridad ciudadana”, *Seguridad ciudadana y derechos humanos*, Lima, 1999, pp. 333-335. Bernal Cervero, *Los delitos de hurto y robo en el Código Penal*, 2a. ed., Lima, 1998, pp. 137 y ss.

151 Críticamente, Defensoría del pueblo, “Análisis de los Decretos Legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley núm. 26950”, *Transparencia, responsabilidad y buen gobierno*, cit., nota 11, pp. 462-466, también 571 y 572, 718 y 719. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Informe sobre legislación de “seguridad nacional”, Lima, 1998.

años, conducta cuyo contenido sigue planteando problemas de delimitación. La jurisprudencia anterior al CP de 1991 entendía que se trataba de actos de tocamiento sexual, sin intención de consumir el acceso carnal o análogo con el menor de 14 años. No se consideró típico darle un beso en la mejilla a una menor pese a su resistencia,¹⁵² pero sí el frotamiento de los genitales externos de una menor¹⁵³ o del órgano sexual masculino con el cuerpo de la víctima hasta lograr la eyaculación.¹⁵⁴ Contradictoriamente se llegó a sancionar como contrario al pudor la conducta del pederasta pasivo de inducir a un menor a que le realice el acto anal, es decir, pese a la existencia de acceso carnal subsumible en el tipo de abuso sexual de menor que sancionaba el artículo 199 del CP derogado.¹⁵⁵

Estos problemas de interpretación conservan actualidad, la jurisprudencia del CP de 1991 también ha venido a considerar como “contrario al pudor” el tocamiento de carácter sexual.¹⁵⁶ No obstante, pese a la declaración del artículo 176-A de que no debe concurrir la intención de consumir el acto sexual o análogo, lo que abunda en la diferencia con la tentativa de abuso sexual de menor, aún se observan problemas de delimitación.¹⁵⁷ De otra parte, se ha calificado como contrario al pudor el acto bucal, realizado por una menor a cambio de dinero,¹⁵⁸ lo que

152 SCS del 5 de junio de 1969, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, p. 483.

153 SCS del 21 de noviembre de 1953, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1954, p. 512.

154 SCS del 3 de noviembre de 1970, *Boletín del Colegio de Abogados de Lima*, año I, núm. 7 p. 151, núm. 8 p. 183.

155 SCS del 10 de octubre de 1973, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1973, p. 1374.

156 SCS del 30 de enero de 1991, *Jurisprudencia Penal I*, Lima, 1994, p. 113. SCSL del 18 de mayo de 1998, exp. 8145-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 241; SCSL del 17 de marzo de 1998, exp. 7512-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 242.

157 SCSL del 24 de abril de 1998, exp. 6815-98, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 243.

158 La citada S del 60. JP de Chiclayo del 19 de abril de 1996, exp. 239-95.

obedece a una concepción restringida del “acto análogo” a que se refiere el tipo del artículo 173 de abuso sexual de menor, lo cual denota una actitud tributaria de un pasado jurisprudencial que, en lo inmediato, parece difícil de superar.

El delito del artículo 176-A es de carácter doloso, no exige la presencia de un elemento de tendencia interna intensificada, como el *animus lubricus* o “propósito libidinoso”, condiciones que no aparecen en la descripción típica pero que la doctrina¹⁵⁹ y jurisprudencia penal¹⁶⁰ parece requerir injustificadamente. Los tocamientos del órgano reproductor de un adolescente de 13 años que, durante una consulta médica, realiza una uróloga, o los que realiza el ginecólogo al revisar clínicamente los senos de una joven de 13 años, son objetivamente atípicos.¹⁶¹ Siempre que se incardinan dentro de la actividad médica, se tratará de conductas fomentadas o toleradas por el ordenamiento jurídico que no desean evitarse, son ajenas al ámbito de tutela de la indemnidad sexual. Sostener en estos casos la presencia de tipicidad objetiva, sería tan extremo como afirmar que realiza el tipo objetivo de lesiones el médico que practica una cirugía menor con fines curativos. En última instancia, partiendo de una concepción del tipo como *ratio essendi* de la antijuricidad, cuestión sobre la que no es posible detenerse ahora, queda clara la atipicidad de la conducta médica por la concurrencia de un elemento negativo del tipo: el “ejercicio legítimo de un oficio” (artículo 20.8 del CP).

159 Chocano Rodríguez, *op. cit.*, nota 56, p. 771.

160 SCSL del 18 de mayo de 1998, exp. 8145-97, *cit.*; SCSL del 17 de marzo de 1998, exp. 7512-97, *cit.*

161 Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, 1995, p. 280, considera que existe atipicidad subjetiva por la ausencia del elemento de tendencia interna intensificada “ánimo lúbrico”. La misma exigencia se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, véase Garberí Llobregat (coord.), *Código Penal*, Barcelona, 1999, p. 178.

V. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO SEXUAL

1. Sanciones penales

Frente al delito sexual el CP de 1924 recurrió básicamente a las penas de prisión y penitenciería, que podían significar el encierro del condenado hasta por 20 años (artículos 12 y 14), estableciéndose para algunos casos de especial gravedad, mínimos de 10 años de privación de libertad. A través de las sucesivas reformas, se llegó a prever la pena de internamiento, es decir, el encierro indefinido por un mínimo de 25 años (artículo 11), y la pena de muerte. El Código Maúrtua no consideró oportuno establecer otras sanciones como la pena de multa para casos de menor gravedad o la inhabilitación para supuestos de abuso de superioridad por parte del autor. La euforia garantista del Proyecto de la PG de 1989 y los Proyectos de CP de julio de 1990 y enero de 1991, pretendió erigir el nuevo Código sobre la base de principios racionalizadores del control penal, como los de humanidad y proporcionalidad.¹⁶² Desde el punto de vista de las sanciones, ello debía implicar una renuncia a las penas privativas de libertad de larga duración, también una apuesta más clara por la prevención especial, a través de las llamadas medidas alternativas y una transformación del régimen penitenciario que satisfaga el mandato constitucional (artículo 234, párrafo 2 de la Carta de 1979), dirigido a los poderes públicos, de encaminar el tratamiento hacia la resocialización del condenado.¹⁶³

Estas metas no quedaron suficientemente reflejadas en el régimen sancionador de los delitos sexuales del CP de 1991. En comparación con el CP de 1924, pudo observarse en algunos delitos una rebaja sustantiva del límite máximo de la privación de

¹⁶² Prado Saldarriaga, *Derecho penal y política*, Lima, 1990, pp. 46 y 47, 50.

¹⁶³ Véase exposición de motivos del CP de 1991, "Clases de penas", ítems 1 y 3, donde se expresa la orientación preventivo especial inspirada en el Proyecto Alternativo alemán de 1966.

libertad, por ejemplo, en el tipo básico de agresión sexual mediante coacción del artículo 170 que previó una pena de 3 a 6 años, o en el delito de actos contra el pudor de menor del artículo 176 que establecía una sanción de 2 días a tres años en la modalidad básica. Todo lo contrario se apreciaba en el siempre problemático tratamiento del abuso sexual de menor (artículo 173), donde se fijó el límite máximo en 25 años de privación de libertad, es decir, el máximo permitido, en ese momento, por el ordenamiento jurídico (artículo 29), y con mínimos de 15, 8 y 5 años, según la edad de la víctima. Otros signos de la fe desmedida en la prevención general, eran la ausencia de penas alternativas, con excepción del delito de seducción (artículo 175) que prescribía dos años de privación de libertad o servicio comunitario de 20 a 52 jornadas, y de penas conjuntas a la que sólo se recurrió en el delito del artículo 174 de agresión sexual de persona dependiente o sometida a autoridad o vigilancia. En suma, desde su puesta en vigor el régimen sancionador del CP de 1991 reposó casi exclusivamente en el recurso a la pena privativa de libertad.

Las sucesivas reformas de la legislación penal sexual, casi han llevado a sus últimas consecuencias esta dirección político-criminal. No transcurrieron siquiera tres años desde la vigencia del nuevo CP, para que la Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994, incrementara las penas de los tipos de los artículos 170 al 174, y 176 y 177, y ampliara la regulación penal sexual mediante los artículos 173-A, 176-A y 178-A.¹⁶⁴ Es aquí donde aparece el encierro de por vida como consecuencia del delito de abuso sexual de menor agravado (artículo 173-A), acompañado de penas de hasta 25 y 30 años de privación de libertad (artículos 173 y 177). Descontando la poco significativa elevación de las penas del delito de seducción (artículo 175) mediante la Ley núm. 26357 del 28 de septiembre de 1994, como se pusiera de relieve

¹⁶⁴ Críticamente, García Cantizano, “Violación y muerte”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 2, 1995, pp. 107 y 108.

el D.Leg. núm. 896 de “Delitos agravados”, del 24 de mayo de 1998, ha consolidado el recurso a la cadena perpetua para actos de violación de menor de 7 años (artículo 173.1) y para los supuestos agravados de provocación de muerte, lesiones graves o concurrencia de crueldad (artículo 173-A).

La sucesivas reformas del DP sexual no han sido pues de contenidos típicos, sino principalmente para agravar las penas. Con ello cobra sentido la regla empírica de la criminología, relativa a que un exagerado optimismo en la eficacia de sanciones drásticas para lograr la prevención general, normalmente no viene acompañado de una mayor protección para los bienes jurídicos. Las reformas parecen no haber contribuido importantemente a la prevención de los delitos sexuales,¹⁶⁵ se muestran más como tapadera de la impotencia del Estado para satisfacer la demanda social de una protección eficaz. Este uso simbólico de ley penal puede generar una doble distorsión en la percepción social, por un lado la creencia no fundada de que el Estado persigue con firmeza la criminalidad sexual, cuando ya es bastante conocido que el éxito de la prevención general depende sobre todo del reforzamiento de los mecanismos que incrementan la certeza de la sanción y no del recurso a sanciones drásticas cuya imposición es casi improbable.¹⁶⁶ Por otra parte, el establecimiento de sanciones más graves que la del homicidio (artículo 106) en determinados delitos sexuales, conduce a una inversión de la escala de valores en la sociedad. La libertad e indemnidad sexuales se aprecian como valores superiores frente a la vida humana. Una consecuencia directa de ello se observa, de *lege lata*, en la previsión de cadena perpetua frente al abuso sexual de menor de 7 años (artículo 173), como para el supuesto “agravado” de que se le cause la muerte o lesiones graves (artículo 173-A).

165 Siles Vallejos, *Indicadores de la criminalidad sexual: lo que se puede saber*, cit., nota 15, p. 7 y ss. Rosas Ballinas, *Aborto por violación*, cit., nota 15, pp. 78-90.

166 Serrano-Piedecabras Fernández, *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*, Lima, 1999, p. 64.

Si la pena es la misma en ambos casos, no existe motivación alguna para que el autor de la violación no lesione o mantenga con vida al menor que luego actuará como testigo de cargo.

Como ha puesto de relieve De Vicente Martínez, “La lucha por desterrar la violencia contra las mujeres en sus diversas manifestaciones, requiere la intervención del DP en los casos más significativos, pero intervención eficaz del DP no es sinónimo de castigo a largas penas de prisión”,¹⁶⁷ como las del ordenamiento penal sexual. Estas adolecen de asidero constitucional, porque violan los principios de humanidad de las penas y proporcionalidad. Se estima que una pena efectivamente ejecutada por más de 15 años puede producir un “deterioro irreversible de la personalidad del recluso”,¹⁶⁸ lo que se opone al contenido del artículo 2.24.h de la Constitución que prohíbe los “tratos inhumanos y degradantes”. Estas sanciones se desvinculan también de la prohibición de exceso que fundamenta el principio de proporcionalidad,¹⁶⁹ garantizado a nivel constitucional y en el artículo VIII del CP que fija como límite máximo de la pena la “responsabilidad por el hecho”. Ello implica que la regulación legal y la aplicación de la sanción, están sujetas a la relevancia del bien jurídico y sus concretas formas de ataque.¹⁷⁰ Debe restarse valor a variables como la “opinión pública” que no pocas veces puede reclamar sanciones desmedidas,¹⁷¹ como repudio

167 De Vicente Martínez, *op. cit.*, nota 49, p. 801.

168 Gracia Martín *et al.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996, p. 64. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 5a. ed., Madrid, 1996, p. 31. Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3a. ed., Madrid, 1996, p. 70.

169 Cuerda Arnau, “Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal”, *Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Ramón Casabó Ruiz*, *cit.*, nota 115, vol. I, pp. 454 y ss. Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 275 y ss.

170 Serrano-Piedecasas Fernández, *op. cit.*, nota 166, p. 109.

171 La captura de un sujeto en Parcona-Ica, a mediados de 1996, a quien se atribuyó la violación y muerte de al menos 8 menores, dio lugar a una intensa campaña que dio como resultado la presentación de varios proyectos de

frente a un hecho de especial gravedad. En cualquier caso, si se entiende que la adecuación de la pena a las expectativas éticas de la sociedad puede dotar de mayor eficacia a la prevención general,¹⁷² ya ni siquiera podrá recurrirse a ésta para fundamentar el exceso.

2. *Tratamiento terapéutico*

Sin precedente alguno en nuestro ordenamiento, la Ley núm. 26293 del 14 de febrero de 1994, introdujo el artículo 178-A en el CP que prescribe como consecuencia jurídica del delito sexual que el condenado a pena privativa de libertad efectiva, previo diagnóstico médico o psicológico, “será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social”.¹⁷³ Conforme a la literalidad de la norma, la realización de dicho tratamiento es obligatoria (“será sometido”). De esta forma, el sistema jurídico peruano ha llegado al extremo adoptado, por ejemplo, por la Ley alemana para la Lucha Contra los Delitos Sexuales y otros Delitos Peligrosos del 30 de enero de 1998, que permite la realización de tratamientos terapéuticos aún sin el consentimiento del condenado,¹⁷⁴ decisión criticable porque la eficacia y la legitimidad del tratamiento resocializador dependen, entre otros factores, de la participación consentida del condenado.¹⁷⁵

ley para, entre otros planteamientos, elevar las penas de los delitos sexuales, véase Ugaz Sánchez-Moreno, “La castración química, ¿pena o medida de seguridad?”, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Lima, 1997, p. 361.

172 Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 160.

173 Ugaz Sánchez-Moreno, *op. cit.*, nota 171, p. 370, señala como fuente el derecho francés.

174 Schöch, “Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und andere gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 18, 1998, pp. 1257 y ss.

175 Lüderssen, “Krise der Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?”, *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 7, 1991, pp. 225 y 226. Serrano-Piedecabras Fer-

El artículo 178-A no dota de contenido al “tratamiento terapéutico”, es decir, que no especifica las técnicas o métodos a emplear, por lo que su determinación queda en manos del cuerpo profesional que debería participar en la ejecución penal, siempre bajo el presupuesto de no atentarse contra la integridad física ni la dignidad del condenado, como se deduce de los artículos IV y 1o. del Código de Ejecución Penal, de allí que por ejemplo la inyección de sustancias químicas, como el progestágeno, para disminuir el impulso sexual¹⁷⁶ sea de dudosa admisibilidad.¹⁷⁷ Sí se establece la orientación preventivo especial del tratamiento (“a fin de facilitar su readaptación social”), lo que implicaría eximirlo de todo contenido ligado a la prevención general, objetivo muy difícil de lograr con el actual régimen de penas de cadena perpetua o de 30, 25 y 20 años de privación de libertad, pero también si se tiene en cuenta las múltiples investigaciones criminológicas que constatan la poca eficacia del tratamiento de los delincuentes sexuales.¹⁷⁸

Por ello, la expresión “facilitar la readaptación social”, entendida como la persecución de un futuro para el delincuente sexual sin reincidencia, puede apenas entenderse como una aspiración, especialmente si se observan las limitaciones materiales y de infraestructura humana de sistemas penitenciarios como el peruano. Si además se pone de relieve que ya el Código de Ejecución Penal permite realizar tratamientos terapéuticos durante la condena (artículo 61), el contenido del párrafo 1 del artículo

nández, *op. cit.*, nota 166, p. 74. Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 32 y 33.

176 En esa línea se inscribe por ejemplo la Ley AB 3339 del 23 de febrero de 1996 vigente en el Estado de California de Estados Unidos de Norte América.

177 Ugaz Sánchez-Moreno, *op. cit.*, nota 171, pp. 370-372.

178 Becker-Fischer *et al.*, *Sexuelle Übergriffe in Psychotherapie und Psychiatrie*, Köln, 1997, pp. 34 y ss., 150 y ss. Vicente Garrido *et al.*, *Delinqüents sexuals en les presons*, Catalunya, 1995, pp. 25-27, 37 y 38, 84 y ss., 94-98.

178-A denota, una vez más, el recurso a un DP simbólico, exacerbado en este caso por el alejamiento del presupuesto básico de la resocialización: la participación consentida del condenado.

El párrafo 3 del artículo 178-A dispone que “Los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y redención de la pena por el trabajo y la educación, y el derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena”, sólo pueden concederse previo informe médico y psicológico sobre la evolución del tratamiento terapéutico. La norma no indica el valor del informe en la decisión judicial (beneficios penitenciarios) o política (derecho de gracia) a adoptar. Su relevancia es poco previsible en el ejercicio político del indulto (artículo 89 *in fine* del CP), sobre todo si se entiende como acto discrecional e incondicional, no necesariamente sujeto a los fines de prevención.¹⁷⁹ La posible resocialización del condenado fuera del establecimiento penitenciario es el criterio fundamental para la concesión de la semilibertad y demás beneficios, en tales casos el informe tiene un valor importante, aunque no decisivo porque el juez debe atender, en general, a todo signo de resocialización del condenado. Tal criterio ha sido restringido por el artículo 80. del D.Leg. núm. 897, los autores de abuso sexual de menor (artículos 173 y 173-A) sólo pueden acogerse a la redención de la pena por el trabajo y la educación. Un vacío importante radica en que el artículo 178-A del CP no ordena la continuidad del tratamiento terapéutico si el condenado logra algún beneficio, el informe podría señalar bajo qué condiciones el beneficiado puede completarlo fuera del establecimiento, lo que significaría un obstáculo menos para que operen las medidas despenalizadoras.

Cuando existe una declaración de culpabilidad que no acarrea el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, específicamente en la suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio, el párrafo 2 del artículo 178-A ordena

¹⁷⁹ Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Valencia, 1996, pp. 421 y 422.

la realización de un “examen médico y psicológico al condenado”, a fin de someterlo luego a tratamiento terapéutico que “será considerado como regla de conducta”. La norma parece exigir el examen sólo en la suspensión de la ejecución de la pena, en la reserva del fallo no existe “un condenado” sino una declaración de responsabilidad (artículo 63 del CP), pero tal interpretación no podría admitirse pues el artículo 62 del Código de Ejecución Penal exige un tratamiento individualizado que se determina mediante una evaluación integral del interno.

Tampoco se ha previsto el tratamiento como medida complementaria para el condenado por seducción con pena de servicio comunitario (artículo 175), ni para aquellos supuestos donde la pena privativa de libertad no mayor de 4 años puede ser convertida en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, como lo permite el artículo 52 del CP, modificado por la Ley núm. 27186 del 20 de octubre de 1999. La conversión es aplicable a los delitos de agresión sexual mediante coacción no agravada (artículo 170, párrafo 1), seducción (artículo 175), acto contra el pudor (artículos 176 y 176-A párrafo 1), y en los demás ilícitos en los que concurra una atenuación por debajo del mínimo legal, como la confesión sincera (artículo 136 del Código de Procedimientos Penales), o las anomalías del artículo 20.1 del CP que motivan una imputabilidad relativa (artículo 21).¹⁸⁰

3. *Individualización judicial de la pena*

La atribución del injusto culpable al autor no agota el deber de fundamentar la condena penal,¹⁸¹ éste se extiende a la indivi-

¹⁸⁰ La Ley núm. 27024 del 25 de diciembre de 1998 modificó el artículo 22 del CP, a fin de excluir las atenuantes fundadas en la edad, en los delitos de violación de la libertad sexual.

¹⁸¹ El artículo 139.5 de la ley fundamental y el artículo 12 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, establecen el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, como garantía institucional de la tutela judicial efectiva (S del Tribunal Constitucional español del 8 de octubre de 1986) que protege el

dualización judicial de la pena¹⁸² a fin de evitar una “zona de riesgo” para los derechos fundamentales.¹⁸³ En sentido estricto, la individualización judicial de la pena es la decisión sobre la clase y cantidad de pena que corresponde imponer al autor frente a la transgresión culpable de un precepto penal, en sentido amplio incorpora la decisión sobre la aplicación de sustitutivos penales o medidas alternativas a la privación de libertad.¹⁸⁴ Se trata de definir una pena acorde con la culpabilidad por el hecho que satisfaga simultáneamente las metas de prevención general y especial¹⁸⁵ en el caso concreto,¹⁸⁶ dentro

artículo 139.3 de la Constitución. Su vulneración se considera causal de nulidad, véase SCS del 25 de mayo de 1994, exp. 167-93-B, Rojjasi Pella, *op. cit.*, nota 145, pp. 380 y 381. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, Lima, 1999, vol. I, pp. 65, 533-534. Maier, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 481 y ss., 871 y ss.

182 Berdugo *et al.*, *Parte general*, pp. 328 y 329. Pérez del Valle, “La individualización de la pena y su revisión”, *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, *cit.*, nota 56, pp. 42 y 43. Peña, *op. cit.*, nota 41, p. 628.

183 Ziffer, “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 6, p. 867; *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires 1996, p. 28.

184 Mir Puig, *op. cit.*, nota 161, p. 744. Mapelli y Terradillos, *op. cit.*, nota 168, p. 189.

185 Gracia Martín *et al.*, *op. cit.*, nota 168, p. 180. Mir Puig, *op. cit.*, nota 161, pp. 753 y 754. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, Madrid, 1997, vol. I, pp. 165, 194 y ss. Roxin, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 115 y ss. Schünemann, “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 172-178. Zipf, “Principios fundamentales de la determinación de la pena”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1982, p. 353. Maurach *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1995, t. II, pp. 694 y 695. Villa Stein, *Parte general*, *cit.*, nota 41, pp. 467 y 468. Angeles y Frisancho, *op. cit.*, nota 41, pp. 300-303. Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 41, p. 200.

186 La articulación de estos criterios, especialmente problemática cuando los fines de la pena conducen a soluciones contrarias —antinomias de los fines de la pena—, no es pacífica y ha dado lugar a un conjunto de posturas, entre la que cabe destacar la teoría de la pena exacta o puntual (Punktstrafe), la teoría del espacio de juego o del margen de libertad (Spielraumtheorie) y la teoría del valor posicional o del valor de empleo (Stellungswerttheorie), Demetrio Crespo, “Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena”,

del marco legalmente determinado¹⁸⁷ y teniendo en cuenta principios previstos en la ley penal,¹⁸⁸ como los de igualdad y humanidad.¹⁸⁹

La determinación de las consecuencias jurídicas del delito, aún se percibe en la jurisprudencia peruana como un espacio de arbitrio judicial que permite alcanzar una justicia individualizada.¹⁹⁰ En la relativa a los delitos sexuales, no suelen apreciarse los fundamentos de la individualización de la pena y no pocas veces se dejan de lado los criterios del artículo 46 del CP para

Nueva Doctrina Penal, 1998/A, pp. 33 y ss. Ziffer, “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, 1993, pp. 91-96.

187 Jescheck, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Granada, 1993, p. 785-788, diferencia “determinación legal de la pena” (Strafbemessung) e “individualización judicial de la pena” (Strafzumessung). Para Demetrio Crespo, *op. cit.*, nota 186, pp. 20 y 21, n. 6, la determinación legal de la pena tiene una dimensión legislativa (“fijación legal de la pena”) y otra judicial (“determinación judicial de la pena”). En la “fijación legal de la pena” (getzliche Strafbestimmung) el legislador establece en abstracto la pena máxima y mínima según la gravedad del delito, ofreciendo al juez un espacio de juego (“Spielraum”) o marco penal (“Strafrahmen”). En la “determinación judicial de la pena” (“richterliche Strafbessemmung”), el juez fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad (“marco penal abstracto”), y decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse a un hecho (“marco penal concreto”), según el grado de ejecución del delito, el título en virtud del cual interviene el sujeto y las circunstancias modificativas de responsabilidad.

188 La reducción del proceso de individualización judicial de la pena a la aplicación de los criterios previstos en los artículos 45 y 46 del CP, es el lugar común en la jurisprudencia, véase SCS en *Jurisprudencia Penal*, *cit.*, nota 145, t. I, pp. 201-237, y parte de la doctrina peruana, Peña, *Parte general*, *cit.*, nota 41, pp. 625-630.

189 Silva Sánchez, “Las recomendaciones del Consejo de Europa sobre determinación judicial de la pena: algunas observaciones”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 1, 1998, vol. 1, pp. 11 y 12.

190 Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 41, p. 200. S 499-98 del 7 de diciembre de 1998, de la Sala Penal de Camaná, en: Armaza Galdos y Zavala Tuya, *La decisión judicial*, Lima, 1999, p. 235.

graduar el injusto y la culpabilidad.¹⁹¹ En cuanto a la valoración de las circunstancias relativas al injusto¹⁹² (artículo 46, incisos 1-5, 6 —respecto de los fines— y 7),¹⁹³ en algunos casos la jurisprudencia niega el consentimiento de la víctima y afirma la violencia ejercida por el autor, de modo que el injusto se entiende realizado. Pero al momento de individualizar la pena, contradictoriamente se alega la presencia de un consentimiento relativo que jurídicamente es irrelevante. En los delitos sexuales sólo el acuerdo entre autor y víctima excluye la tipicidad, no existe la categoría de “acuerdo relativo” con efectos atenuantes. Con ello se infringe además la prohibición de doble valoración (artículo 46, párrafo 1 del CP), pues si la resistencia de la víctima se ha tomado en cuenta al definir la tipicidad, no puede ser considerada por segunda vez a fin de individualizar la pena.¹⁹⁴

En otros casos, las graves consecuencias psicológicas sufridas por la víctima de la violación, no se toman en cuenta para sancionar más intensamente el hecho dentro de los límites legales por razones de prevención general, como permite el artículo 46.4 del CP, sino sólo para fijar la reparación civil.¹⁹⁵ Por otra parte, con adecuado criterio, la jurisprudencia ha considerado la importancia de los deberes infringidos (artículo 46.3, CP) para

191 La jurisprudencia de la Sala Penal de Camaná pone de relieve el cumplimiento del deber de motivación en el ámbito de la individualización judicial de la pena, véase las S núms. 404-98 del 2 de octubre de 1998, 494-98 del 30 de noviembre de 1998, 497-98 del 3 de diciembre de 1998 y 528-98 del 22 de diciembre de 1998, en Armaza Galdos y Zavala Toya, *op. cit.*, nota 190, pp. 152, 207, 216 y, 256 y 257.

192 Jescheck, *op. cit.*, nota 187, p. 801, precisa que la magnitud del daño, el modo de ejecutar el hecho y la perturbación de la paz jurídica contribuyen a configurar el grado del injusto para fijar la entidad de la pena.

193 Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 41, p. 199.

194 S del 2o. JP de Coronel Portillo del 25 de marzo de 1998, exp. 267-97.

195 SCSL del 21 de septiembre de 1998, exp. 4953-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, p. 231.

imponer la inhabilitación como pena accesoria en los delitos contra la indemnidad sexual.¹⁹⁶

Al igual que el injusto, también la culpabilidad es graduable,¹⁹⁷ de allí que por ejemplo el artículo 46 considere los móviles del agente (inciso 6) como criterio de individualización judicial de la pena.¹⁹⁸ En la jurisprudencia penal sexual existe la tendencia a atenuar la pena del autor, aún por debajo del mínimo legal, en los casos de imputabilidad restringida por la edad, pero el artículo 22 del CP no permite atenuación alguna, problema que, según lo antes explicado, corresponde en estricto a la “fijación legal de la pena”. La minoridad parece dejarse de lado en otros casos a fin de “compensar” un evidente error de tipificación que conduce a una menor sanción.¹⁹⁹ Por otra parte, sin una adecuada fundamentación probatoria, condiciones de la culpabilidad del autor que merecen considerarse en la individualización de la pena según los criterios del artículo 46, se convierten en circunstancias modificativas de la responsabilidad. Se aplican por ejemplo los artículos 20.1 y 21 del CP a fin de atenuar la pena bajo el argumento de la imputabilidad disminuida.²⁰⁰ También el criterio de la co-culpabilidad social,²⁰¹ previsto en el artículo 45 del CP, ha sido invocado en las decisiones judiciales, pero sin tenerse en cuenta que no autoriza una disminución por debajo del mínimo legal.²⁰²

Finalmente, por razones de prevención especial la reparación voluntaria del daño puede operar como circunstancia atenuante

196 SCS del 22 de enero de 1993, exp. 1928-92-A, Rojjasi Pella, *op. cit.*, nota 145, pp. 174 y 175; SCS del 1o. de septiembre de 1993, exp. 1757-93, Rojjasi Pella, *op. cit.*, nota 145, p. 181.

197 Jescheck, *op. cit.*, nota 187, p. 801.

198 Villavicencio, Terreros, *op. cit.*, nota 41, p. 200.

199 S del 4o JP de Chiclayo del 31 de julio de 1997, exp. 158-96.

200 SCSL del 21 de septiembre de 1998, exp. 4953-97, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 55, t. III, pp. 230 y 231.

201 Villavicencio Terreros, *op. cit.*, nota 41, p. 193.

202 S de la SSP de Loreto del 18 de marzo de 1997, exp. 0601-96, Gómez Mendoza, *Jurisprudencia Penal, cit.*, nota 64, t. IV, p. 414.

en la individualización judicial de la pena.²⁰³ Así lo reconoce el artículo 46.9 del CP, pero este criterio ha sido inadecuadamente utilizado en la jurisprudencia penal a fin de atenuar, aún por debajo del mínimo legal, la pena de quien sólo se ha comprometido mediante una transacción a reparar el daño, solución que incluso ha convalidado la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad,²⁰⁴ en perjuicio de los fines de prevención general.

4. *Las cualificaciones por muerte, lesiones graves y crueldad*

Un problema particular de las consecuencias jurídicas del delito sexual radica en la interpretación de las agravantes de los artículos 173-A y 177 del CP, previstas para el abuso sexual de menores del artículo 173 y para los delitos de los artículos 170-172 y 174-176, respectivamente. En ambos casos, la circunstancias cualificativas son causar la muerte de la víctima o provocarle lesiones graves, siempre que el agente “haya podido prever este resultado”, o el proceder con crueldad. En cuanto a la muerte o las lesiones, una interpretación acorde con la proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del CP) impide entenderlas como simples cualificaciones por el resultado. La expresión “y el agente pudo prever este resultado” ha sido generalmente interpretada como un supuesto de imprudencia en la doctrina²⁰⁵ y en la jurisprudencia,²⁰⁶ por ello se ha venido enten-

203 Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena, cit.*, nota 183, pp. 166-170.

204 SCS del 20 de diciembre de 1994, exp. 832-94-B, Rojjasi Pella, *op. cit.*, nota 145, pp. 172 y 173.

205 Bramont Arias, *op. cit.*, nota 38, p. 39. Peña, *op. cit.*, nota 38, 1986, p. 358. Roy Freyre, *op. cit.*, nota 38, pp. 116-119. Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal. Parte especial 2*, Lima, 1994, pp. 73 y 74. Villa Stein, *op. cit.*, nota 88, p. 195. Sin embargo, Bramont-Arias y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, p. 239 y 240, parecen exigir dolo incluso respecto de la provocación de la muerte o lesiones graves, pues sólo señalan que éstas deben ser consecuencia de la violencia o amenaza ejercida sobre la víctima para practicar la violación.

206 SCS del 23 de noviembre de 1935, *Revista del Foro*, 1935, p. 927; SCS del 11 de octubre de 1972, *Anales Judiciales*, 1972, p. 140.

diendo que las agravantes del artículo 177 son fórmulas preterintencionales, es decir, que el resultado más grave, no querido pero provocado previsiblemente, no debe imputarse a título de dolo sino como imprudente.

Una interpretación alternativa puede tener en cuenta que actualmente un sector doctrinal concreta el dolo reduciendo o incluso renunciando al elemento volitivo (voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo), circunscribiéndolo al sólo conocimiento del peligro concreto, no dominable o controlable por el autor, creado a través de su comportamiento ilícito.²⁰⁷ Con ello se supera la diferencia entre culpa conciente y dolo eventual, se limita el ámbito de la culpa sólo a la inconciente y el dolo eventual se erige como mero conocimiento de la probabilidad de afectación del bien jurídico, pero además se resta ya importancia a la diferencia entre las clases de dolo.²⁰⁸ El CP peruano no establece una definición de dolo, la expresión típica de los artículos 173-A y 177 “y el agente pudo prever este resultado”, gramaticalmente podría hacer referencia a la llamada culpa inconciente (pudo prever, pero no previó) y al dolo eventual (pudo prever y previó, pese a lo cual continuó realizando la conducta peligrosa que no podía controlar en el sentido de garantizar la

207 Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, pp. 97 y ss. Jakobs, *Strafrecht*, AT, 2a ed., Berlín-Nueva York, 1991, pp. 6-27. Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 71, 74. Bacigalupo, *Principios de derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Madrid, 1997, pp. 224 y ss. Lorenzo Copello, “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo*, Bogotá, 1999, p. 174 y ss.; *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, passim. Ragués Vallés, “La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, pp. 795 y ss. Feijoo Sánchez, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, pp. 269 y ss. Corcoy Bidásolo, “Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, pp. 289 y ss. Críticamente, Roxin, *Strafrecht*. AT, 3a. ed. München, 1997, t. I, §12/52 y ss.

208 Bacigalupo, *op cit.*, nota 207, pp. 230-232.

no lesión del bien jurídico). Pero con tal interpretación se llegaría a que la norma agrava por igual un supuesto de dolo y otro de imprudencia, cuando se admite en general el menor disvalor de este último.²⁰⁹

Concretamente en el caso del artículo 173-A se establece la pena de cadena perpetua para el caso de muerte y lesiones graves, equiparación no coherente con el menor disvalor de la lesiones. Si se entendiera que dichos resultados deben lograrse por culpa, se produciría una segunda incoherencia, porque la provocación dolosa de la muerte o las lesiones sería sancionada en virtud de las reglas concursales, cuya aplicación no permitiría, bajo ningún supuesto, la imposición de cadena perpétua. Entonces, el resultado realizado por imprudencia siempre sería sancionado con mayor rigor que el imputable a una acción dolosa. Si como se ha visto, la expresión “y el agente pudo prever este resultado” es capaz de abarcar el dolo eventual, entonces sería más coherente desde el punto de vista político-criminal, entender que el artículo 173-A sanciona con cadena perpétua la provocación dolosa de la muerte o lesiones graves. De esa manera, si tales resultados son atribuibles a la conducta imprudente del autor, el hecho se sancionará mediante la aplicación de las reglas concursales que, en cualquier caso, conducirán a la aplicación de penas menores a la cadena perpetua.

La interpretación de las agravantes del artículo 177 plantea sus propios problemas porque se establecen dos escalas de cualificación, por un lado pena privativa de libertad de 20 a 25 años si se produce la muerte de la víctima. Esta pena puede ser fácilmente superada por la del tipo de asesinato “para facilitar u ocultar otro delito” (artículos 29 y 108.2) establecida entre 25 y 35 años de privación de libertad. En el plano político criminal es más coherente considerar en este caso que la expresión “y el agente pudo prever este resultado” se refiere a la imprudencia, de forma que la muerte atribuible a título de dolo debe sancio-

209 Feijoo, *op. cit.*, nota 207, p. 270.

narse mediante las reglas concursales que conducen a una mayor sanción.

El artículo 177 no es claro al señalar la pena frente a la provocación de lesiones graves, la descripción en una misma oración con la agravante de muerte induce a equiparar la pena de estos delitos, pero ello significaría aceptar una incoherencia político criminal. Sería más conveniente entender que el artículo 177 equipara la pena de las lesiones con la prevista para la crueldad, establecida entre 10 y 20 años de privación de libertad. La gravedad de esta sanción no podría ser superada en el caso de concurso entre un delito sexual y lesiones graves dolosas (artículo 121), de allí que es más coherente entender que el artículo 177 sanciona la provocación dolosa de lesiones graves, mientras que en el caso de lesiones imprudentes se impondrá una menor sanción aplicando las reglas concursales.

Nuevamente estamos ante interpretaciones no pacíficas, se toma distancia de la clásica identificación de la frase “y el agente pudo prever este resultado” con una fórmula preterintencional, pero además se le otorga un valor neutral y funcional según las consecuencias para la política criminal. Se trata en todo caso de planteamientos cuya posible validez se circunscribe a la confrontación de la legislación penal sexual de la actual coyuntura.

Finalmente, los artículos 173-A y 177 establecen como circunstancia agravante la crueldad del autor, concebida como la provocación de dolores corporales innecesarios al sujeto pasivo que no son propios de la acción típica.²¹⁰ No se requiere una intensificación del deseo subjetivo del autor diferente del dolo o una mayor culpabilidad, se trata de una cualificante vinculada a la conducta objetiva del autor²¹¹ que aumenta lo injusto penal, porque desde el punto de vista *ex-ante* la lesividad material de la

210 Hurtado Pozo, *op. cit.*, nota 88, pp. 45-47. Roy Freyre, *op. cit.*, nota 38, pp. 119 y 120. Bramont-Arias y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, p. 240. Villa Stein, *op. cit.*, nota 88, pp. 81 y 82.

211 Muñoz y García, *op. cit.*, nota 179, pp. 509 y 510.

la conducta va más allá de la propia del delito.²¹² Debe considerarse cruel por ejemplo, el comportamiento del violador que pese a haber doblegado la voluntad de la víctima, continúa golpeándola incluso hasta después de consumado el hecho.

5. *Consecuencias civiles*

El artículo 204, párrafo 1, del CP de 1924 establecía que el “delincuente será además condenado a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda, en proporción a sus facultades, y a mantener a la prole que resultara”. Para un sector mayoritario de la jurisprudencia la obligación de pagar la dote era distinta a la de la reparación civil²¹³ e incluso mayor que ésta,²¹⁴ en pocas sentencias se señaló que la dote era precisamente la reparación civil.²¹⁵ Pese a negarse el carácter sancionador de la dote,²¹⁶ al fijarse por lo general como una suma adicional a la reparación, parecía adquirir un carácter de indemnización punitiva.²¹⁷ La

212 Mir Puig, *op. cit.*, nota 161, pp. 649 y 650, comentando el artículo 22.5 del CP español que define la agravante genérica de ensañamiento como “Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”.

213 SCS del 20 de abril de 1932, *Revista de los Tribunales*, 1932, p. 45; SCS del 8 de julio de 1933, *Revista de los Tribunales*, 1933, p. 200; SCS del 16 de marzo de 1934, *Revista de los Tribunales*, 1934, p. 172; SCS del 7 de septiembre de 1944, *Revista de los Tribunales*, 1944, p. 342; SCS del 2 de junio, de 1945, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1945, p. 616.

214 SCS del 2 de enero de 1970, *Anales Judiciales*, 1967-1969, p. 292; SCS del 7 de septiembre de 1972, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1974, p. 106; SCS del 5 de julio de 1969, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, p. 859.

215 SCS del 27 de mayo de 1932, *Revista de los Tribunales*, 1932, p. 113.

216 SCS del 7 de abril de 1933, *Revista de los Tribunales*, 1933, p. 49.

217 La SCS del 10 de junio de 1946, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1946, p. 564, consideró la dote como pena accesoria a imponerse incluso en casos de mera tentativa, en igual sentido la SCS del 24 de noviembre de 1949, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 78; SCS del 5 de noviembre de 11 de 1949, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 193; SCS del 8 de agosto de 1950, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 1285; SCS del 24 de agosto de 1953, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1954, p. 104; SCS

norma discriminaba a la mujer casada y a la separada, en el primer caso por entenderse quizás que correspondía al marido asumir la manutención de la casada²¹⁸ y en el segundo porque tal vez no se valoraba positivamente el divorcio y la separación de hecho. La función de la dote era servir como una especie de seguro para la mujer soltera a quien, por el delito sexual sufrido, le podía ser difícil casarse, mientras que en el caso de la viuda porque “no tenía un marido que la mantuviera”.²¹⁹

Fue adecuada la decisión del legislador de 1991 de suprimirla. El contenido de la reparación civil es suficientemente amplio para abarcar tanto la indemnización de los daños patrimoniales, como los de carácter no patrimonial, es decir, el daño moral y el daño a la persona (artículo 93 del CP).²²⁰ Tampoco existe un

del 17 de agosto de 1955, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1956, p. 340. Contraria al pago de la dote en los casos de tentativa, SCS del 10 de junio de 1940, *Revista de los Tribunales*, 1940, p. 749; SCS del 22 de mayo de 1975, *Boletín Judicial de la CS*, núm. 17, p. 78.

218 Espinoza Vásquez, *op. cit.*, nota 39, p. 185. La jurisprudencia consideró en muchos casos que el matrimonio de la agraviada con un sujeto distinto al autor, eximía a éste del pago de la dote, SCS del 21 de mayo de 1941, *Revista de los Tribunales*, 1941, p. 230; SCS del 8 de mayo de 1975, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1975, p. 637; SCS del 11 de septiembre de 1975, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1975, p. 1128. En contra, la SCS del 8 de julio de 1943, *Revista de los Tribunales*, 1943, p. 271; SCS del 26 de abril de 1948, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1948, p. 339; SCS del 15 de agosto de 1946, *Anales Judiciales*, 1946, p. 220.

219 Acorde con esta consideración *intuitu personae*, la jurisprudencia consideró que la dote debía fijarse según la capacidad económica del condenado, SCS del 2 de diciembre de 1953, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1954, p. 622, y que se extinguía con la muerte de la agraviada, transmitiéndose a sus herederos sólo la reparación civil, SCS del 23 de noviembre de 1935, *Revista de los Tribunales*, 1935, p. 429; SCS del 4 de noviembre de 1936, *Revista de los Tribunales*, 1936, p. 454; SCS del 2 de diciembre de 1949, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 85; SCS del 18 de julio de 1974, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1974, p. 1243; SCS del 12 de septiembre de 1974, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1975, p. 88.

220 En virtud del artículo 101 del CP, la reparación se rige además por el artículo 1985 del Código civil que concibe el “daño indemnizable” en sentido amplio.

motivo suficiente para privilegiar con una prestación que va más allá del resarcimiento del daño, a determinadas víctimas del delito sexual, las solteras y viudas, frente a las de otros ilícitos de igual o mayor relevancia.

La única consecuencia civil especial en los delitos sexuales está recogida en el artículo 178 del CP vigente, reformado por la Ley núm. 27115 del 17 de mayo de 1999, según el cual “el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil”. Una previsión similar existía en el artículo 204 del Código Maúrtua, cuya aplicación jurisprudencial determinó que no correspondía a la jurisdicción penal decidir sobre la paternidad del autor, sino establecer la pensión alimenticia²²¹ por haberse probado que el agente matuvo relaciones sexuales con la víctima durante la época de la concepción.²²² La paternidad debía pues discutirse en la jurisdicción civil.²²³

El artículo 178 del CP se refiere a la “prole” y no al “hijo”, por ello la sentencia penal no puede establecer una relación filial, cuestión difícil de determinar por ejemplo en los casos de coautoría.²²⁴ Sin embargo, existen casos en los que la determinación de la paternidad no reviste mayor complejidad, de modo que la exigencia de un juicio civil de filiación puede significar una desprotección de los derechos del menor. De allí que por ejemplo el artículo 193 del CP español señala que “En las sentencias condenatorias, además del pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, las que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos”. Es conveniente que este criterio se introduzca en una futura reforma de los delitos sexuales.

221 SCS del 19 de agosto de 1940, *Revista de los Tribunales*, 1940, p. 348; SCS del 5 de noviembre de 1946, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1947, p. 233.

222 Roy Freyre, *op. cit.*, nota 38, p. 121.

223 SCS del 18 de agosto de 1943, *Revista de los Tribunales*, 1943, p. 346.

224 Bramont-Arias y García Cantizano, *op. cit.*, nota 56, p. 262.