

ACERCA DE LA "DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO" EN EL CODIGO PENAL PERUANO DE 1991 (P. 130)

Dino Carlos Caro Coria

SUMARIO: *I. Interpretación del Derecho penal sexual. II. El objeto de protección: "Libertad sexual" e "indemnidad sexual". III. Protección de la libertad sexual. 1. Agresión sexual mediante coacción. 2. Agresión sexual mediante alevosía y de persona en "incapacidad de resistir". 3. Agresión sexual de persona dependiente o sometida a autoridad o vigilancia. 4. Seducción. 5. Actos contra el pudor mediante coacción. 6. Irrelevancia del "matrimonio con la ofendida", el desistimiento, la transacción y el perdón. 7. Instauración de la persecución penal de oficio. IV. Protección de la indemnidad sexual. 1. Abuso sexual de persona incapaz. 2. Abuso sexual de menor. 3. Acto "contrario al pudor" de menores. VI. Las consecuencias jurídicas del delito sexual. 1. Sanciones penales. 2. Tratamiento terapéutico. 3. Individuación judicial de la pena. 4. Las cualificaciones por muerte, lesiones graves y crueldad. 5. Consecuencias civiles.*

I. INTERPRETACION 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 (p. 130) mujer², desde su utilización radical³, instrumental⁴ o promocional⁵, hasta la renuncia a este control en el marco del abolicionismo⁶. Por su valor victimológico, éstos pueden contribuir al

¹ Para ARCILA ARENAS, p. 46, el análisis de género «requiere de un enfoque particular que, a manera de una nueva mirada debele 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, p. 85 y ss.

³ SMAUS, p. 10 y ss.

⁴ BOVINO, (1997), p. 21-24. ANTONY, p. 123-126.

⁵ Críticamente, GRAZIONI, p. 94.

⁶ Críticamente, SMAUS, p. 10 y ss.

desarrollo de un DP sexual orientado a sus consecuencias político criminales, sin que ello signifique adoptar una interpretación penal "de género" o 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 mujer⁸.

La discriminación "jurídica"⁹ se manifiesta en el terreno legislativo y en la práctica de los operadores del Derecho¹⁰. En el sector penal¹¹, se materializa en el plano ideológico¹², en la determinación de las categorías y en el lenguaje¹³, así como en los procesos de criminalización primaria, secundaria y de ejecución¹⁴. Esta realidad puede apreciarse directamente en el DP sexual, donde la intervención desigual y no exenta de contenidos morales¹⁵

⁷ El art. 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, Vid. BERNALES BALLESTEROS, p. 120. BERMÚDEZ VALDIVIA, 1995, p. 31 y ss. Sobre los múltiples instrumentos internacionales ratificados por Perú, Vid. CAJ/MANUELA RAMOS. ZAMORA, p. 151 y ss. BERMÚDEZ VALDIVIA, 1999, p. 71 y ss. TAMAYO LEÓN, p. 99 y ss. CAJ. Entre tales instrumentos, caben 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 N° 34/180 de 18-12-79, en vigor desde el 3-9-81 y ratificada por Perú mediante la Res. Leg. N° 23432 de 20-8-82, 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 de 9-6-94 y ratificada por Perú mediante la Res. Leg. N° 26583 de 7-3-96, Vid. MANTILLA FALCÓN, p. 81 y ss.

⁸ VILLANUEVA FLORES, 1998, p. 11 y ss. RUÍZ BRAVO LÓPEZ, p. 131 y ss. LARRAURI, 1994, p. 12-13. GRAZIOSI, p. 55 y ss.

⁹ VILLANUEVA FLORES, 1998, p. 19 y ss.

¹⁰ ARCILA, p. 42.

¹¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 1999, p. 530-536, 157-160, 722. ZAFFARONI, p. 19-25.

¹² GERHARD, p. 7 y ss. HACKER, p. 231 y ss.. MÖLLER, p. 197 y ss.

¹³ ADAMS/WARE, p. 43 y ss.

¹⁴ FACIO/CAMACHO, p. 27 y ss. GRAZIONI, p. 58 y ss. ZAFFARONI, cit., p. 17 y ss. LARRAURI, 1994, p. 93.

¹⁵ VÁSQUEZ SOTELO/TAMAYO VARGAS, p. 33 y ss., 109 y ss. SILES VALLEJOS, p. 67 y ss. Indicadores de la criminalidad sexual: lo que se puede saber. Lima 1995, p. 7 y ss. ROSAS BALLINAS, 1990, p. 5y ss; 1997, p. 62-90. MONTOYA

parece trasladar a un segundo (p. 131) plano la misión de prevención y tutela de bienes jurídicos, rasgos de un DP simbólico que no protege suficientemente a la víctima¹⁶. La persecución de metas pedagógicas para prevenir la 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 poder¹⁷. Pero la vinculación del DP al principio de certeza implica contar con un marco valorativo común¹⁸ que, conforme al estado actual del derecho penal, se concreta en los Derechos Humanos¹⁹ y la Constitución²⁰. El carácter personalista²¹ (art. 1) y el modelo de Estado social y democrático de Derecho²² (arts. 38, 43 y 44), que adopta nuestra Carta Magna, conducen a una concepción del derecho penal como instrumento de control al servicio de la persona humana. Por ello, derechos constitucionales especialmente relevantes en el ámbito sexual, como la igualdad (art. 2.2) o la libertad de conciencia (art. 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

VIVANCO, inédito, *passim*.

¹⁶ HASSEMER, 1991, p. 17 y ss. BARATTA, p. 113 y ss.

¹⁷ HURTADO POZO, 1992, 327 y ss.

¹⁸ GÓMEZ BENITEZ, p. 157 y ss.

¹⁹ FERRAJOLI. Derecho y razón, 1995, *passim*; el mismo autor, 1999, p. 15 y ss. WOLTER, 1995 p. 37 y ss; el mismo, p. 101 y ss. NINO, p. 29 y ss. HURTADO POZO, 1995, p. 77-80.

²⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, 1996, p. 33-34. ARROYO ZAPATERO, p. 97 y ss. GARCÍA RIVAS, p. 43 y ss. TIEDEMANN, 1991, p. 145 y ss.; 1994, p. 59 y ss.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 1993, p. 86-87.

²² MIR PUIG, 1994, p. 29 y ss.; 1999, p. 74 y ss. CARBONELL MATEU, 1996, p. 79 y ss.

²³ BERNAL DEL CASTILLO, p. 5 y ss.

interpretación acorde con un derecho penal orientado a sus consecuencias político criminales, quizás en perjuicio de una coherencia intrasistemática perseguida en un derecho penal funcional²⁴.

(p. 132)

II. EL OBJETO DE PRETECCION: “LIBERTAD SEXUAL” E “INDEMNIDAD SEXUAL”

Esta breve revisión no permite arribar a conclusiones satisfactorias sobre la vigencia del principio de lesividad. Corroborra 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, etc., 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"²⁵. Desde una perspectiva de mínima intervención del DP sexual²⁶, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente, es la libertad sexual, entendida en sentido positivo-dinámico y negativo-pasivo²⁷. El aspecto positivo-dinámico se

²⁴ Sobre ambas perspectivas, MUÑOZ CONDE, 2000, p. 46-47.

²⁵ BOIX REIG, 1995, p. 11-16. En la doctrina peruana, sólo NOGUERA, p. 21 y s., considera que mediante la protección de la «libertad sexual» prevista en el CP, se tutela además el «honor sexual».

²⁶ SCSL de 11-8-98, exp. 3105-98, JurP. T. III. Lima 1999, p. 248.

²⁷ DIEZ RIPOLLÉS, 1981, p. 214 y ss; 1985, p. 23. ORTS BERENGUER, 1996, p. 905-906. CARMONA SALGADO, 1981, p. 32-34. «Delitos contra la libertad sexual»; 1996, p. 302-303. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, 1996, p. 228-230. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, p. 107. MUÑOZ CONDE, 1996, p. 176. DEL ROSAL BLASCO, 1997, p. 160-162. CANCIO MELIÁ, 1997, p. 515-516. 1999, p. 646-647. SUÁREZ RODRÍGUEZ, 1995, p. 50-51. POLAINO-ORTS, 1996, p. 157 y ss. MORAS MOM, p. 10-15. SPROVIERO, p. 1-3. CANCINO, 1983, p. 105 y ss. En la doctrina peruana, PEÑA CABRERA, 1994, p. 687-689. BRAMONT-ARIAS TÓRRES/GARCÍA CANTIZANO, 1998, p. 232-233. ANGELES GONZALES/FRISANCHO APARICIO, 1996, p. 990. CHOCANO RODRÍGUEZ, p. 756-757. SALINAS SICCHA, p. 180-181. ROSAS, p. 70.

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 intervenir²⁸. En el CP peruano dicha libertad se protege mediante los delitos de agresión sexual bajo violencia o amenaza (art. 170), violación con alevosía (art. 171), violación de persona en "incapacidad de resistir" (art. 172), violación con abuso de la relación de dependencia (art. 174), seducción (art. 175) y actos contra el pudor de persona de 14 o más años (art. 176)²⁹.

(p. 133) 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" (art. 172), o por su minoría de edad (arts. 173, 173-A y 176-A), lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad" sexual³⁰. 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"³¹, 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 materiales de indemnidad o intangibilidad sexual³². Nuestra

²⁸ LAUFHÜTTE, § 174/4 y ss. LACKNER/KÜHL, § 174/1, § 177/1 y ss. TRÖNDLE/FISCHER. StGB und Nebengesetze, § 177/3. HORN, § 177/II,3. CARMONA, p. 302-303.

²⁹ PEÑA, p. 690, 720. BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 234, 241, 244, 251, 254 y 256. CHOCANO, p. 756-757, 760-762, sin considerar que el art. 172 también protege la libertad sexual. ANGELES/FRISANCHO, p. 1004, 1008, pero recurren también a la etérea noción de «pudor sexual», p. 991.

³⁰ BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 243, 247 y 260. BRAMONT-ARIAS TORRES, 1997, p. 197. CHOCANO, p. 757, 762-764, 771-772.

³¹ TRÖNDLE/FISCHER, § 176/1a. SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 176/II. LAUFHÜTTE, § 174/7 y ss. HORN, § 176/II. DIEZ, 1996, p. 29. MORALES/GARCÍA, p. 228 y 248, y DEL ROSAL, p. 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.

³² COBO DEL ROSAL, 1983, p. 402. GONZÁLES RUS, 1982, p. 281-285; 1982, p.

legislación, pese a agrupar todos los ilícitos bajo la rúbrica "violación de la libertad sexual", regula diferencialmente 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 jurídico³³ 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.

(p. 134) Las escasas sentencias que identifican el bien jurídico no renuncian a una difusa descripción moral³⁴, en otros casos se desconoce la noción de indemnidad sexual pues se atribuye libertad sexual a los menores³⁵. Determinadas sentencias por seducción, por el contrario consideran que el menor de 14 á 18 años de edad no goza de libertad sexual, sino de un interés que se asemeja a la definición de indemnidad sexual³⁶. Sólo excepcionalmente se observa una clara identificación del bien jurídico pero con fines formales, no se utiliza como criterio material de interpretación³⁷.

Estas orientaciones pueden obedecer, entre otros motivos, a la inercia de las

728 y ss. CARMONA, 1981 p. 40-41; 1996, p. 300, 303. MUÑOZ. 1996, p. 177-179. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE., p. 330. BUSTOS RAMÍREZ, 1991, p. 113-114. CANCIO, p. 531.

³³ POLAINO NAVARRETE 1974, p. 294 y ss; 1996, p. 281-282.

³⁴ SCSL de 11-8-98, exp. 3105-98, SCSL de 5-6-98, exp. 586-98, JurP. T III, p. 248, 250.

³⁵ SCSL de 17-3-98, exp. 7512-97, JurP. T III, cit., p. 242; S. de la Sala Penal de la Corte Superior del Cono Norte de 27-10-97, exp. 2042-97, GÓMEZ MENDOZA, p. 426; S. del JP de Sihuas de 17-12-96, exp. 07-96, SJ. N° 1. Lima 1999, p. 524; SCSL, 2ª Sala Penal, de 22-12-97, exp. 559-97, GÓMEZ, T IV, p. 384; S. del 9º JP de Chiclayo de 13-7-94, exp. 201-94.

³⁶ SCSL de 14-7-98, exp. 1534-98, JurP. T III, cit., p. 240.

³⁷ SCSL de 21-9-98, exp. 4953-97, JurP. T III, cit., p. 231; SCSL de 18-5-98, exp. 8145-97, JurP. T III, cit., p. 241.

concepciones morales de la legislación derogada o a la cultura de discriminación de género³⁸. Pero una desvinculación de las consecuencias del principio de lesividad, implica quizás una renuncia al principal instrumento político criminal para enjuiciar el DP vigente³⁹ y perseguir su aplicación igualitaria en el terreno de los delitos sexuales.

III. PROTECCION DE LA LIBERTAD SEXUAL

1. Agresión sexual mediante coacción

El art. 170 del CP de 1991, modificado sólo en cuanto a las penas por la Ley N° 26293 de 14 de febrero de 1994, amplió 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 art. 173. Tampoco es relevante la preexistencia de relación matrimonial con el autor, de forma que se sanciona inclusive la llamada "violación dentro del matrimonio".

(p. 135) 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 sujeto activo del delito no significa ser la parte activa de la relación sexual. Teniendo en cuenta que el tipo del CP de 1924 (art. 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 autor⁴⁰ o de un tercero. Esta

³⁸ SILES. Con el sólo dicho de la agraviada, p. 49 y ss.

³⁹ MUÑOZ CONDE, 1985, p. 28.

⁴⁰ Sólo en algunos casos de abuso sexual de menores, la Corte Suprema ha admitido como típica la practica activa realizada por el menor a favor del autor, Vid. SCS de 13-10-1951, RJP 1952, p. 1734; SCS de 1-12-1951, RJP 1952, p.

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

Como es común en el Derecho comparado⁴¹, 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 acuerdo⁴². Esta práctica es ilegal porque para la tipicidad del art. 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 víctima⁴³. No se exige la producción de lesiones⁴⁴, si son graves existe **(p. 136)** una cualificación especial (art. 177 CP), si las lesiones son leves (art. 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 excluido⁴⁵. Durante la vigencia del 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 (art. 199) y la doctrina lo identificó con al acceso anal, excluyéndose el acto bucal porque no implica

1880; SCS de 6-6-1973, RJP 1973, p. 1012.

⁴¹ Vid. art. 179 CP español, §177 del CP alemán, art. 609-bis del CP italiano y art. 189 del CP Suizo.

⁴² S. de Primer Juez Penal Capturador de Chiclayo de 4-2-97, exp. 154-91.

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, 1990, p. 288. ORTS BERENQUER, 1995, p. 79-80.

⁴⁴ PEÑA, 1994, p. 693. La desvinculación entre violencia y lesiones es clara fuera del DP sexual, por ejemplo la SCS de 24-11-98, 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.

⁴⁵ PEÑA, 1994, p. 693. CHOCANO, p. 765. ANGELES/FRISANCHO, p. 993. NOGUERA, p. 33. En contra, SALINAS, p. 183. Sin adoptar una postura clara, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 235-236. BRAMONT-ARIAS, p. 97, n. 3.

cópula o conjunción⁴⁶. Esta interpretación fue reforzada cuando el D. Ley N° 17388 de 25 de enero de 1969, estableció la pena de muerte para el delito de violación de menor⁴⁷. Para evitar la imposición generalizada de tan grave consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia ratificaron la identidad entre "acto análogo" y acto anal⁴⁸. Esta motivación político criminal desapareció con la entrada en vigor del art. 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 bucogenital⁴⁹, criterio también defendible con la vigencia de la Carta Magna de 1993, pues el art. 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 analógica⁵⁰, 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 desvaloración equivalente⁵¹. Por ello la doctrina⁵² y Código penales como el mexicano (**p. 137**) (art. 265 pf. 2) y el español (arts. 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 sexual⁵³, 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 eyaculación⁵⁴. La limitación del acceso carnal a la penetración vaginal y anal, refleja una concepción de las relaciones sexuales restringida a la "genitalidad"⁵⁵. El ejercicio violento de la sexualidad no sólo

⁴⁶ PEÑA CABRERA, 1964, p. 214. TORRES MALPICA, p. 123.

⁴⁷ Pena que mantuvieron el D. Ley N° 18140 de 10-2-1970 y el D. Ley N° 20583 de 9-4-1974.

⁴⁸ PEÑA CABRERA, 1972, p. 222. ROY, p. 82-83.

⁴⁹ PEÑA, 1982, p. 315, también en la 5ª ed. de 1986, p. 337. Contrario a esta extensión, BRAMONT, p. 25.

⁵⁰ VILLAVICENCIO. 1990, p. 63.

⁵¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ 1997, p. 290.

⁵² DE VEGA RUIZ, p. 31. SUÁREZ, p. 115.

⁵³ PEÑA CABRERA, 1992, p. 630.

⁵⁴ BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 235-236.

⁵⁵ ARCILA, p. 50.

ataca aspectos físicos, al DP le compete proteger todos los aspectos de la autodeterminación e intangibilidad sexuales, para la víctima una práctica buco-genital 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 provocar graves perturbaciones psicológicas o incluso inducirlo a una homosexualidad no elegida por el menor en libertad. Si la constatación de casos similares en la jurisprudencia no es una tarea difícil, entonces existen argumentos suficientes para considerar la penetración buco-genital como "acto análogo".

Otro importante problema en la jurisprudencia se presenta cuando la víctima tiene de 14 á 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 (art. 170), asumiéndose la tipicidad de seducción (art. 175) que se sanciona con una pena menor⁵⁶. 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 realiza el tipo del art. 170.

(p. 138) Finalmente en cuanto a este delito, la reforma de 1991 incorporó como circunstancia agravante (art. 170 pf. 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 criminalización⁵⁷. 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 (art. 170 pf. 1), no para crear un mayor peligro para los bienes jurídicos de la víctima, es allí donde debe apreciarse

⁵⁶ En ese sentido, S. del 4º JP de Chiclayo de 31-7-97, exp. 158-96; S. del 2º JP de Cuzco de 17-5-96, exp. 306-95; S. de la 1ª Y SSP de Cuzco de 19-12-96. Sólo en algunos casos, la jurisprudencia ha calificado hechos similares como agresión sexual violenta (art. 170), por ejemplo la SCSL de 15-6-1998, exp. 1117-98, JurP. T III, p. 233; SCSL de 13-5-98, exp. 80-98, JurP. T III, p. 237.

⁵⁷ Por ejemplo el art. 180 del CP español diferencia la agravante de concurso de dos o más personas (Nº 2) de la de uso de armas u otros medios peligrosos (Nº 5).

la razón de la cualificación⁵⁸. 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 satisface la exigencia del art. 170 pf. 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 (art. 171), como la practica del acto sexual u otro análogo sobre una persona a la que el autor, previamente, ha puesto en "estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir". El art. 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 N° 26293 de 14 de febrero de 1994. Tampoco aquí se aprecia un alejamiento importante del CP de 1924 (arts. 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 (art. 173). En el caso del art. 171 estamos ante una modalidad alevosa, en el sentido de que el autor emplea medios en la ejecución (**p. 139**) del delito que tiendan directa y específicamente a asegurarla, sin riesgos para su persona que proceda de la defensa de la víctima⁵⁹. Se determina la indefensión de la víctima provocándole un "estado de inconsciencia", por ejemplo mediante el uso de drogas, anestésicos, somníferos o bebidas alcohólicas, o poniéndola en "imposibilidad de resistir", osea en una situación de incapacidad física, por ejemplo atándola mientras duerme⁶⁰. En la fundamentación de la tipicidad, la jurisprudencia suele evaluar exigentemente el grado de indefensión de la

⁵⁸ En ese sentido, el art. 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 art. 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».

⁵⁹ HURTADO POZO, 1993, p. 40, siguiendo el modelo hispano. VILLA STEIN, 1997, p. 83. En el mismo sentido, el art. 22.1 del CP español.

⁶⁰ ROY, p. 63-65. BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 241.

víctima, es decir la efectiva inconsciencia 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 art. 21 del CP⁶¹.

El art. 172 sanciona, dejando de lado aquí los supuestos que atentan contra la indemnidad sexual de los incapaces, la practica 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 corporal⁶², 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 víctima⁶³.

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 sexuales no consentidas y realizadas mediante coacción⁶⁴, estableciéndose en algún caso como circunstancia agravante el uso de alcohol, narcóticos o estupefacientes⁶⁵. No se recurre a una doble tipificación (p. 140) como la prevista en los arts. 171 y 172 del CP peruano, cuya racionalidad bien podría obedecer a la necesidad de agravar la pena en los supuestos de alevosía (art. 171), lo que no ocurre porque los arts. 171 y 172 prevén por igual una pena de 5 á 10 años de privación de libertad.

⁶¹ SCSL de 21-9-98, exp. 4953-97, JurP. T III, cit., p. 230.

⁶² ROY, p. 76, 79. PEÑA, 1986, p. 331-332. BRAMONT, p. 22.

⁶³ BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 245. El art. 308.2 del CP Boliviano señala en general que la «persona ofendida ... estuviere incapacitada, por cualquier otra causa para resistir».

⁶⁴ Art. 181.1 del CP español y art. 609-bis [III] 1) del CP italiano.

⁶⁵ Art. 609-ter [I] 2) del CP italiano.

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 art. 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 art. 174 del texto actual, que exige el "aprovechamiento" de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia para la práctica sexual. La Ley N° 26293 de 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 centro militar, un colegio internado, etc. 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 art. 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 art. 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 tercero⁶⁶. Debe excluirse sin embargo el último **(p. 141)** 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 víctima⁶⁷. Así lo refleja por ejemplo el art. 181.3 del CP español que sanciona la obtención del consentimiento de la víctima "prevaliéndose el responsable

⁶⁶ Vid. supra III.1.

⁶⁷ BOIX/ORTS, p. 677.

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 ella⁶⁸. Una descripción similar no ha quedado plasmada en el art. 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 facilitar, 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 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 art. 174, menos lesivos del bien jurídico por la ausencia de coacción, pueden acarrear una mayor pena privativa de libertad (de 5 á 8 años) que los del art. 170 (de 4 á 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 art. 174, en la práctica se persiguen como delito de agresiones sexuales del art. 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 art. 201 del CP de 1924 (**p. 142**) 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"⁶⁹, o a condiciones morales de difícil aprehensión, como "conducta honesta" o "reputación moral"⁷⁰. Con el fin de superar tales inconvenientes, la reforma de 1991 incriminó la práctica sexual con una persona, en general, de 14 á menos de 18 años de edad, que "consciente"

⁶⁸ DE VICENTE, p. 791.

⁶⁹ SCS de 30-3-1937, RT 1937, p. 138; SCS de 2-1-1972, AJ 1973, p. 170.

⁷⁰ S. del 9º JP de 13-7-1994, exp. 201-94. ROY, p. 102-105.

mediante engaño (art. 175). La Ley N° 26357 de 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 comunitario⁷¹.

Subsisten otras críticas relacionadas con la necesidad de la intervención penal⁷². Se cuestiona si una persona de 14 á 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 libertad⁷³. 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 (art. 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?⁷⁴.

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 mediante coacción (art. 170), realizado contra una **(p. 143)** persona de 14 á menos 18 años⁷⁵. 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 art. 175 del CP de 1991 eliminó la referencia a la víctima mujer de "conducta irreprochable" que preveía el art. 201 del CP de

⁷¹ De esta forma, se alcanzó una tipificación acorde con el principio de igualdad, como la que se observa en el art. 301 del CP colombiano o en el art. 183.1 del CP español. Se deja atrás regulaciones moralizadoras como la del CP uruguayo que tutela sólo a la «mujer doncella» (art. 275), la del CP brasileño que se refiere a la «mujer honesta» y «mujer virgen», la del CP boliviano que habla de «mujer que hubiere llegado a la pubertad» (art. 309) o la del CP argentino que se refiere a «mujer honesta» (art. 120).

⁷² BOIX, p. 247-248. PRADO, 1985, p. 259.

⁷³ La SCS de 5-3-1975, RJP 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».

⁷⁴ Los arts. 216 y 183.1 de los códigos de Brasil y España, respectivamente, criminalizan también tales prácticas.

⁷⁵ Vid. supra III.1.

1924, esta exigencia moral, incompatible con la concepción igualitaria del bien jurídico, aún subsiste en la jurisprudencia⁷⁶. De otro lado, contraviniendo el principio de tipicidad, ésta continúa limitando el engaño típico de la seducción a la llamada "promesa de matrimonio"⁷⁷, condición ajena al tipo objetivo del art. 175 que tampoco se encontraba en el CP de 1924 (art. 201) ni el CP de 1863 (art. 270)⁷⁸, de modo que su supervivencia obedece únicamente a una actitud judicial conservadora, cuando no discriminatoria⁷⁹. Teniendo en cuenta esta realidad jurisprudencial, en perspectiva *de lege ferenda* deberá evaluarse la conveniencia de descriminalizar este comportamiento.

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 art. 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 art. 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 menor⁸⁰. El pf. 2 del art. 176 reprodujo la agravante por remisión, ya prevista en el art. 200 del CP de 1924, **(p. 144)** que se concreta en el abuso de la posición de garante o de superioridad del autor frente al menor, que describe el art. 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

⁷⁶ Por ejemplo, la S. del 9º JP de Chiclayo de 13-7-94, exp. 201-94.

⁷⁷ BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 255.

⁷⁸ La promesa matrimonial como medio comisivo del «estupro» o «seducción», sólo se previó en el art. 368 del Anteproyecto de CP de 1877 y en el art. 180 del Proyecto de CP de 1916, pero no fue contemplada en la redacción definitiva del art. 201 del CP de 1924, aunque reapareció en el art. 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 (art. 275 pf. 1).

⁷⁹ Vid. SCSL de 23-6-98, exp. 1411-98, JurP. T III, cit., p. 235; SCSL de 13-5-98, exp. 80-98, JurP. T III, cit., p. 237; SCSL de 14-7-98, exp. 1534-98, JurP. T III, cit., p. 240; S. del JP de Sihuas de 17-12-96, exp. 07-96, SJ. N° 1, cit., p. 524.

⁸⁰ ESPINOZA, p.191 y ss.

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 art. 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 N° 26293 de 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 (art. 176-A). Por otro lado, mediante el art. 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 realizados mediante coacción, con un incapaz y los practicados con personas capaces en una situación que no les permite consentir.

De estas agresiones el art. 176 pf. 1 se limitaría a reprimir las practicadas mediante violencia o grave amenaza⁸¹. La tutela de las personas en incapacidad de consentir o resistir parece muy relativa, los pfs. 2 y 3 del art. 176 establecen penas más elevadas si el autor se halla en el supuesto del art. 174 o la víctimas en los casos de los arts. 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 art. 176 pf. 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 víctima⁸².

(p. 145) También debe plantearse la renuncia a la formula de contenido moral "acto contrario al pudor", presente en los arts. 176 y 176-A. Las dificultades de concreción del concepto de "pudor", obliga a tomar distancia de

⁸¹ De modo similar, el art. 214 del CP brasileño y del art. 299 del CP colombiano, que restringen el tipo exigiendo el uso de violencia.

⁸² En ese sentido y con diversas técnicas: los arts. 260 y 261 del CP mexicano, el art. 181.1 del CP español, el art. 127 del CP argentino que sin embargo recurre al concepto moral de abusos deshonestos, el art. 312 del CP Boliviano que se refiere a «actos libidinosos», y el art. 273 del CP uruguayo que describe la conducta como «actos obscenos».

valoraciones morales o subjetivas y realizar una interpretación acorde con el bien jurídico libertad sexual que protege el art. 176 del CP. Debe entenderse como "contrario al pudor" cualquier atentado contra la libertad sexual distinto de los del art. 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 (art. 170) y actos "contra el pudor" (art. 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 art. 176 pf. 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 tercero⁸³. La expresión "comete" un acto contrario al pudor, no puede interpretarse en sentido natural, 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 art. 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 art. 170, el art. 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 pf. 1 del art. 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.

(p. 146)

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

El CP de 1924 establecía en el art. 204 pf. 2 que "el delincuente quedará

⁸³ Expresamente en ese sentido, por ejemplo el art. 273 del CP uruguayo y el art. 260 del CP mexicano.

exento de pena, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder 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 (art. 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 art. 277 del CP de 1863, permitía excluir su aplicación en los delitos de abuso sexual de menor o de persona incapaz (arts. 198-200), pero planteaba dudas sobre su extensión al autor de violación de mujer con alevosía (art. 197), abuso de superioridad (art. 202) o en el que se provocara a la víctima lesiones graves (art. 203). Por otro lado, dada la vinculación a los principios de comunicabilidad (art. 104) y accesoriedad limitada, el CP derogado no permitía expresamente la exención de todos los que intervienen 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 igualdad⁸⁴.

La reforma de los delitos sexuales de 1991 no fue capaz de superar estos inconvenientes. El p.º 3 del art. 178 mantuvo 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 (p. 147) 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

⁸⁴ La SCS de 30-5-1951, RJP 1951, p. 922, admitió la extensión de la eximente a los demás participante. En contra, SCS de 25-3-1929, AJ 1929, p. 11; SCS de 3-8-1973, AJ 1972, p. 130.

criminal"⁸⁵.

Por ejemplo en España, la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio modificó el art. 443 del CP, cuyo pf. 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 (art. 191.2)⁸⁶. 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 ofensor⁸⁷. En contra se sostiene que la ineficacia del perdón importa una desprotección de la intimidad de la víctima⁸⁸.

El CP peruano de 1924 se preocupó por aclarar en el art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 N° 26770 de 15 de (p. 148) abril de 1997, restringió los alcances del art. 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 N° 26993 de 24 de noviembre de 1998. Acorde con ello, la Ley N° 26770 reformó

⁸⁵ BRAMONT/GARCIA, p. 262.

⁸⁶ Vid. ALONSO RIMO, p. 71 y ss.

⁸⁷ DIEZ RIPOLLÉS, 1983, p. 564. ZUGALDÍA ESPINAR, p. 67. SUÁREZ, p. 415.

⁸⁸ ORTS, p. 325.

también el art. 178, limitando la cancelación de la pena por matrimonio sólo para el ilícito de seducción del art. 175. Tras el debate en el seno del Congreso de la República⁸⁹, finalmente, la Ley N° 27115 de 17 de mayo de 1999 modificó radicalmente el art. 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 (art. 78.3) y el perdón durante la condena (art. 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 penal⁹⁰. 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 autor⁹¹. 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 víctima⁹². Como precisa Suárez Rodríguez con cierta ironía, si la preexistencia 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?"⁹³.

7. Instauración de la persecución de oficio

Acorde con la tradición del art. 205 del CP derogado, aunque con más precisión, el CP de 1991 instauró en el art. 178 pf. 2 una cláusula de ejercicio priva (**p. 149**) do de la acción penal para los ilícitos de los arts. 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

⁸⁹ <<http://www.congreso.gob.pe/ccd/proyectos>>.

⁹⁰ SUÁREZ, p. 415.

⁹¹ RUIZ VADILLO, p. 981-982.

⁹² PÉREZ SANZBERRO, p. 175 y ss.

⁹³ SUÁREZ, p. 414.

alguna de las agravantes del art. 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 art. 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 (art. 172), que la conducta alevosa de drogar a la víctima con la específica finalidad de practicarle luego el acto sexual (art. 171). En segundo lugar, tampoco era explicable porque se otorgaba a la víctima la posibilidad de denunciar o no el supuesto particularmente grave del art. 170 pf. 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 N° 26770 de 15 de abril de 1997 modificó el art. 178, restringiendo la exigencia de dicha condición de procedibilidad para los delitos de los arts. 170 pf. 1, 171, 174 y 175⁹⁴.

Como se adelantó, se elaboraron varios proyectos de ley⁹⁵ que, tomando postura frente a la controversia doctrinal relativa a la conveniencia de instaurar la persecución pública⁹⁶, postularon limitar el ejercicio privado de la acción penal y la exención de pena por matrimonio, para el delito de seducción del art. 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 víctima⁹⁷. Los fundamentos de estas propuestas **(p. 150)** radicaron en la gravedad de los

⁹⁴ Vid. los Proyectos de Ley N° 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>>.

⁹⁵ Los últimos fueron el Proyecto N° 3991 presentado por la congresista Beatriz Merino, y el N° 4185 planteado por la congresista Ana Townsend, Vid. <<http://www.congreso.gob.pe/ccd/proyectos>>.

⁹⁶ A favor GONZÁLES R, p. 457-458. En contra, MUÑOZ, 1996, p. 211.

⁹⁷ El art. 1 del Proyecto N° 3991 llegó a proponer que sólo se indiquen las iniciales de los nombres y apellidos de la víctima.

atentados sexuales⁹⁸ 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 menor⁹⁹.

Estos argumentos fueron sometidos a un interesante debate en el pleno del Congreso de la República¹⁰⁰ donde, en términos generales, no se cuestionó la gravedad del hecho, ni la necesidad de una intervención penal más eficaz frente a la no denuncia¹⁰¹. 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 ocasionales¹⁰². 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 (art. 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 (art. 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 víctima¹⁰³. El recurso a este criterio pudo observarse en el debate parlamentario, radicado principalmente en los límites de protección de la **(p. 151)** intimidad de la víctima y la eficacia del acceso privado a la

⁹⁸ Pese a la gravedad del hecho, la SCS de 15-12-1954 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 aquélla con simples lesiones, no es perseguible de oficio sino por querrela de la ofendida», RJP 1955, p. 2261.

⁹⁹ Vid. la exposición de motivos de los Proyectos N° 3991 y 4185.

¹⁰⁰ Diario de Debates de 22-4-1999. En: <<http://www.congreso.gob.pe>>.

¹⁰¹ Sobre esta problemática, GUTIERREZ QUEVEDO, p. 80 y ss.

¹⁰² GIMBERNAT, 1999, p. 90.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 90-91.

justicia penal¹⁰⁴. El 64% de los congresistas votó por la aprobación de la citada Ley N° 27115 de 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 art. 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 art. 3 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 también 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

¹⁰⁴ 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 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».

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 (p. 152) inscribieron, aunque sin éxito, los Proyectos N° 3991 y 4185. Pero el problema señalado en cuanto 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 á 18 años, hace aconsejable evaluar primero la conveniencia de mantener criminalizado este comportamiento.

IV. PROTECCION 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 (art. 198), tampoco experimentó mayores reformas a través del art. 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 N° 26293 de 14 de febrero de 1994 sólo aumento 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 art. 173¹⁰⁵. La víctima debe ser una persona de 14 años o más, y padecer previamente, no como consecuencia de la conducta del autor pues ello nos ubicaría frente al tipo del art. 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

¹⁰⁵ En contra se manifestaba un sector de la jurisprudencia expedida conforme al CP de 1924, Vid. la SCS de 30-10-1942, RT 1942, p. 412; SCS de 21-6-1944, RJP dic 1944; SCS de 31-5-1944, RJP dic 1944, p. 16; SCS de 13-9-1948, RJP 1949, p. 215; SCS de 21-4-1951, RJP 1951, p. 416; SCS de 14-11-1952, RJP 1953, p. 191.

apreciarse casos de aplicación del tipo a supuestos de grave incapacidad como la epilepsia¹⁰⁶ o la oligofrenia¹⁰⁷. Pero en **(p. 153)** 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 delito¹⁰⁸.

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 art. 198 del CP derogado, en muchas ocasiones ha exigido la prueba de una incapacidad real, negando la tipicidad por la sólo presencia de alguna deficiencia sensorial, como la sordomudez¹⁰⁹, debilidad mental leve¹¹⁰ o signos generales de "anormalidad"¹¹¹. 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 autor¹¹².

La reforma de 1991 no se preocupó de superar estos inconvenientes, se limitó a reemplazar la expresión "idiota, enajenada, inconsciente" del CP de 1924, por la de "anomalía síquica, 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 art. 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 art. 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

¹⁰⁶ SCS de 30-4-1951, Revista de Legislación y Jurisprudencia 1951, p. 369.

¹⁰⁷ SCS de 26-8-1974, RJP 1974, p. 1235.

¹⁰⁸ La SCS de 15-5-1951 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.

¹⁰⁹ SCS de 4-10-1967, RJP 1968, p. 475.

¹¹⁰ SCS de 16-4-1968, AJ 1967-1969, p. 160.

¹¹¹ SCS de 11-8-1961, RJP 1961, p. 208.

¹¹² SCS de 12-6-1973, RJP 1973, p. 1009.

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.

(p. 154)

2. Abuso sexual de menor

Desde su regulación en el CP de 1991, el delito de práctica sexual o "análoga" con un menor (art. 173) ha sido modificado por la Ley N° 26293 de 14 de febrero de 1994 y por el D.Leg. N° 896 de "Delitos agravados" de 24 de mayo de 1998. En el texto de 1991 no se aprecian mayores novedades en relación al Código Maúrtua, por una parte el art. 173 redujo a "menos de 14 años" el límite de protección de la indemnidad sexual, a diferencia del art. 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 realizado por el autor, o por el menor a favor del autor¹¹³ o de un tercero¹¹⁴. 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 (inc. 1), de 7 a menos de 10 (inc. 2) y de 10 a menos de 14 años (inc. 3). La reforma de 1991 mantuvo también la agravante (art. 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 conducta¹¹⁵.

Por otra parte, cuando el hecho lesiona la indemnidad sexual, especialmente en los casos de violación de persona incapaz (art. 172) o menor de edad (art. 173), se verifica generalmente un amparo judicial "máximo" en las decisiones

¹¹³ SCS de 13-10-1951, RJP 1952, p. 1734; SCS de 1-12-1951, RJP 1952, p. 1880; SCS de 6-6-1973, RJP 1973, p. 1012.

¹¹⁴ Vid. supra III.1.

¹¹⁵ S. del 6° JP de Chiclayo de 19-4-1996, exp. 239-95.

de la Corte Suprema. Éste se manifiesta en la adecuada aplicación de conceptos penales, como los de tentativa y consumación¹¹⁶, para evitar la apreciación de **(p. 155)** atenuantes, así como la imposición casi automática de sanciones muy graves¹¹⁷ 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 juicio¹¹⁸. En todo caso, la tendencia sobrecriminalizadora del máximo Tribunal se ha visto alentada por las sucesivas reformas que han llegado a instaurar sanciones de cadena perpetua.

La Ley N° 26293 agravó las penas previstas en los incisos 1, 2 y 3 del art. 173, estableciéndolas hasta en 25 años de privación de libertad para el caso de abuso de un menor de 7 años (inc. 1). Eliminó por otro lado el casuismo en la descripción de la agravante del art. 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 art. 173-A, según la cual si el abuso del menor causaba su muerte o le producía lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena era respectivamente de cadena perpetua y no menor de 25 ni mayor de 30 años. Las agravantes del art. 177 dejaron entonces de ser aplicables a los delitos del art. 173.

¹¹⁶ SCS de 10-8-94, exp. 3029-93-B, ROJJASI., p. 176-177; SCS de 20-10-97, exp. 4737-97, JurP. T I. Lima 1999, p. 366; SCS de 21-8-97, exp. 3529-97 JurP. T I, cit., p. 384.

¹¹⁷ Por ejemplo la SCS de 23-10-95, exp. 3555-95, ROJJASI, p. 179, que impuso 25 años de pena privativa de libertad al autor.

¹¹⁸ La SCS de 16-12-97, exp. 812-97, JurP. T I, cit., 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 de 9-1-98, exp. 1535-97, JurP. T I, cit., 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.

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 perpetua), 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 equipara **(p. 156)** ba la pena de la crueldad (de 25 á 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, es el relativo a si la frase "y el agente pudo prever este resultado" implica que el lesión o muerte debía realizarse con dolo o más bien por imprudencia.

El D. Leg. N° 896 de "delitos agravados"¹¹⁹ ha mantenido esta incógnita, además incrementó las sanciones del delito de abuso sexual de menor (art. 173), estableciendo las penas de cadena perpetua (inc. 1), de 25 á 30 años (inc. 2) y de 20 á 25 años de privación de libertad (inc. 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 pñ. 2 del art. 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 inc. 1 ya era merecedor de la máxima sanción del ordenamiento jurídico. 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 penal¹²⁰. Un juicio negativo más intenso merece la reforma de la agravante del art. 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.

¹¹⁹ Esta norma fue aprobada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una difusa facultad legislativa delegada por el Congreso, la Ley N° 26950 de 19-5-1998 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, Vid. CARO CORIA. «Seguridad ciudadana y "decretos de emergencia"», Boletín B,M&U 41 (1998), p. 1.

¹²⁰ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, 1999, p. 333-335. BERNAL CAVERO. Los delitos de hurto y robo en el CP. 2ª ed. Lima 1998, p. 137 y ss.

De otra parte, ya en el terreno procesal, el Decreto Legislativo N° 897 de 26 de mayo de 1998, "Ley de procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados que tipifica el Decreto Legislativo N° 896", violando las garantías previstas principalmente en el art. 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 **(p. 157)** beneficios penitenciarios, salvo el de redención de la pena por el trabajo y la educación¹²¹.

3. Acto "contrario al pudor" de menores

De forma similar al art. 200 del CP derogado, la Ley N° 26293 de 14 de febrero de 1994 criminalizó en el art. 176-A del CP los "actos contra el pudor" de menores de 14 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 consumar 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 resistencia¹²², pero sí el frotamiento de los genitales externos de una menor¹²³ o del órgano sexual masculino con el cuerpo de la víctima hasta lograr la eyaculación¹²⁴. 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 art. 199 del CP derogado¹²⁵.

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 sexual¹²⁶. No obstante, pese a la declaración del art.

¹²¹ Críticamente, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, in *Transparencia*, cit., p. 462-466, también 571-572, 718-719. COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre legislación de «seguridad nacional». Lima 1998.

¹²² SCS de 5-6-1969, RJP 1969, p. 483.

¹²³ SCS de 21-11-1953, RJP 1954, p. 512.

¹²⁴ SCS de 3-11-1970, Boletín del Colegio de Abogados de Lima, año I, N° 7 p. 151, N° 8 p. 183.

¹²⁵ SCS de 1-10-1973, RJP 1973, p. 1374.

¹²⁶ SCS de 30-1-1991, JurP I. Lima 1994, p. 113. SCSL de 18-5-98, exp. 8145-97, JurP. T III, cit., p. 241; SCSL de 17-3-98, exp. 7512-97, JurP. T III, cit., p. 242.

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 delimitación¹²⁷. De otra parte, se ha calificado como contrario al pudor el acto bucal, realizado por una menor a cambio de dinero¹²⁸, lo que obedece a una concepción restringida del "acto análogo" a que **(p. 158)** se refiere el tipo del art. 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 art. 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 doctrina¹²⁹ y jurisprudencia penal¹³⁰ 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 atípicos¹³¹. 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" (art. 20.8 del CP).

¹²⁷ SCSL de 24-4-98, exp. 6815-98, JurP. T III, cit., p. 243.

¹²⁸ La citada S. del 6º JP de Chiclayo de 19-4-1996, exp. 239-95.

¹²⁹ CHOCANO, p. 771.

¹³⁰ SCSL de 18-5-98, exp. 8145-97, cit.; SCSL de 17-3-98, exp. 7512-97, cit.

¹³¹ MIR PUIG, 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, Vid. GARBERÍ LLOBREGAT (Coordinador), p. 178.

VI. LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO SEXUAL

1. Sanciones penales

Frente al delito sexual el CP de 1924 recurrió básicamente a las penas de prisión y penitenciaría, que podían significar el encierro del condenado hasta por 20 años (arts. 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 (**p. 159**) nido por un mínimo de 25 años (art. 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 proporcionalidad¹³². 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 (art. 234 pñ. 2 de la Carta de 1979), dirigido a los poderes públicos, de encaminar el tratamiento hacia la resocialización del condenado¹³³.

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 libertad, por ejemplo en el tipo básico de agresión sexual mediante coacción del art. 170 que previó una pena de 3 á 6 años, o en el delito de actos contra el pudor de menor del art. 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 (art. 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 (art. 29), y con mínimos de 15, 8 y 5 años, según la

¹³² PRADO SALDARRIAGA, 1990, p. 46-47, 50.

¹³³ Vid. 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.

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 (art. 175) que prescribía dos años de privación de libertad o servicio comunitario de 20 á 52 jornadas, y de penas conjuntas a la que sólo se recurrió en el delito del art. 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 si **(p. 160)** quiera tres años desde la vigencia del nuevo CP, para que la Ley N° 26293 de 14 de febrero de 1994, incrementara las penas de los tipos de los arts. 170 al 174 y 176 y 177, y ampliara la regulación penal sexual mediante los arts. 173-A, 176-A y 178-A¹³⁴. Es aquí donde aparece el encierro de por vida como consecuencia del delito de abuso sexual de menor agravado (art. 173-A), acompañado de penas de hasta 25 y 30 años de privación de libertad (arts. 173 y 177). Descontando la poco significativa elevación de las penas del delito de seducción (art. 175) mediante la Ley N° 26357 de 28 de septiembre de 1994, como se pusiera de relieve el D. Leg. N° 896 de "Delitos agravados", de 24 de mayo de 1998, ha consolidado el recurso a la cadena perpetua para actos de violación de menor de 7 años (art. 173.1) y para los supuestos agravados de provocación de muerte, lesiones graves o concurrencia de crueldad (art. 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 sexuales¹³⁵, 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 fortalecimiento

¹³⁴ Críticamente, GARCÍA CANTIZANO, 1995, p. 107-108.

¹³⁵ SILES, p. 7 y ss. ROSAS BALLINAS, p. 78-90.

de los mecanismos que incrementan la certeza de la sanción y no del recurso a sanciones drásticas cuya imposición es casi improbable¹³⁶. Por otra parte, el establecimiento de sanciones más graves que la del homicidio (art. 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 (art. 173), como para el supuesto "agravado" de que se le cause la muerte o lesiones graves (art. 173-A). 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.

(p. 161) 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 sinonimo de castigo a largas penas de prisión"¹³⁷, 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"¹³⁸, lo que se opone al contenido del art. 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 proporcionalidad¹³⁹, garantizado a nivel constitucional y en el art. 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 ataque¹⁴⁰. Debe restarse valor a variables como la "opinión pública" que no pocas veces puede reclamar sanciones desmedidas¹⁴¹, como repudio frente a un hecho de especial gravedad. En

¹³⁶ SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, 1999, p. 64.

¹³⁷ DE VICENTE,, p. 801.

¹³⁸ GRACIA MARTÍN y otros, 1996, p. 64. CEREZO MIR, 1996, p. 31. MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, p. 70.

¹³⁹ CUERDA ARNAU, p. 454 y ss. AGUADO CORREA, p. 275 y ss.

¹⁴⁰ SERRANO-PIEDCASAS, p. 109.

¹⁴¹ 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

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 general¹⁴², ya ni siquiera podrá recurrirse a ésta para fundamentar el exceso.

2. Tratamiento terapéutico

Sin precedente alguno en nuestro ordenamiento, la Ley N° 26293 de 14 de febrero de 1994, introdujo el art. 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"¹⁴³. Conforme a la literalidad de **(p. 162)** 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 de 30 de enero de 1998, que permite la realización de tratamientos terapéuticos aún sin el consentimiento del condenado¹⁴⁴, decisión criticable porque la eficacia y la legitimidad del tratamiento resocializador dependen, entre otros factores, de la participación consentida del condenado¹⁴⁵.

El art. 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 arts. IV y 1 del Código de Ejecución Penal, de allí que por ejemplo la inyección de sustancias químicas, como el progestágeno, para disminuir el impulso sexual¹⁴⁶ sea de dudosa admisibilidad¹⁴⁷. Sí se establece la orientación preventivo especial del

campaña que dio lugar a la presentación de varios proyectos de ley para, entre otros planteamientos, elevar las penas de los delitos sexuales, Vid. UGAZ, 1997, p. 361

¹⁴² MIR PUIG, 1976, p. 160.

¹⁴³ UGAZ, p. 370, señala como fuente el Derecho francés.

¹⁴⁴ SCHÖCH, p. 1257 y ss.

¹⁴⁵ LÜDERY SSEN, 1991, p. 225-226. SERRANO-PIEDecasas, p. 74. SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 32-33.

¹⁴⁶ En esa línea se inscribe por ejemplo la Ley AB 3339 de 23-2-1996 vigente en el Estado de California de USA.

¹⁴⁷ UGAZ, p. 370-372.

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 sexuales¹⁴⁸.

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 (art. 61), el contenido del pf. 1 del art. 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.

(p. 163) El pf. 3 del art. 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 (art. 89 *in fine* del CP), sobre todo si se entiende como acto discrecional e incondicional, no necesariamente sujeto a los fines de prevención¹⁴⁹. 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 art. 8 del D.Leg. N° 897, los autores de abuso sexual de menor (arts. 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 art. 178-A del CP no ordena la continuidad del tratamiento terapéutico si el condenado logra algún

¹⁴⁸ BECKER-FISCHER y otros, p. 34 y ss., 150 y ss. VICENTE GARRIDO y otros, p. 25-27, 37-38, 84 y ss., 94-98.

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, p. 421-422.

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 pf. 2 del art. 178-A ordena 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 (art. 63 del CP), pero tal interpretación no podría admitirse pues el art. 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 (art. 175), ni para aquellos supuestos donde la pena privativa de libertad no mayor de 4 años pue (**p. 164**) de ser convertida en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, como lo permite el art. 52 del CP, modificado por la Ley N° 27186 de 20 de octubre de 1999. La conversión es aplicable a los delitos de agresión sexual mediante coacción no agravada (art. 170 pf. 1), seducción (art. 175), acto contra el pudor (arts. 176 y 176-A pf. 1), y en los demás ilícitos en los que concurra una atenuación por debajo del mínimo legal, como la confesión sincera (art. 136 del Código de Procedimientos Penales), o las anomalías del art. 20.1 del CP que motivan una imputabilidad relativa (art. 21)¹⁵⁰.

3. Individualización judicial de la pena

La atribución del injusto culpable al autor no agota el deber de fundamentar la condena penal¹⁵¹, éste se extiende a la individualización judicial de la

¹⁵⁰ La Ley N° 27024 de 25-12-1998 modificó el art. 22 del CP, a fin de excluir las atenuantes fundadas en la edad, en los delitos de violación de la libertad sexual.

¹⁵¹ El art. 139.5 de la Ley Fundamental y el art. 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 de 8-10-1986) que protege el art. 139.3 de la Constitución. Su vulneración se considera causal de nulidad, Vid. SCS de 25-5-

pena¹⁵² a fin de evitar una "zona de riesgo" para los derechos fundamentales¹⁵³. 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 libertad¹⁵⁴. Se trata de definir una pena acorde con la culpabilidad por el hecho que satisfaga simultáneamente las metas prevención general y especial¹⁵⁵ en el caso concreto¹⁵⁶, dentro del marco legalmente determinado¹⁵⁷ y teniendo en cuenta principios previstos

1994, exp. 167-93-B, ROJJASI, cit., p. 380-381. SAN MARTÍN CASTRO. Derecho procesal penal. Vol I. Lima 1999, p. 65, 533-534. MAIER. Derecho procesal penal. T I. 2ª ed. Buenos Aires 1996, p. 481y ss, 871 y ss.

¹⁵² BERDUGO y otros, p. 328-329. PÉREZ DEL VALLE, p. 42-43. PEÑA, p. 628.

¹⁵³ ZIFFER, 1996, p. 28.

¹⁵⁴ MIR, p. 744. MAPELLI/TERRADILLOS, p. 189.

¹⁵⁵ GRACIA MARTÍN y otros, p. 180. MIR, p. 753-754. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, p. 165, 194 y ss. ROXIN, 1981, p. 115 y ss. SCHÜNEMANN, p. 172-178. ZIPF, p. 353. MAURACH/ZIPF/GÖY SSEL. DP. PG. T 2. Buenos Aires 1995, p. 694-695. VILLA STEIN, 199 , p. 467-468. ANGELES/FRISANCHO, p. 300-303. VILLAVICENCIO, p. 200.

¹⁵⁶ 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, p. 33 y ss. ZIFFER, 1993, p. 91-96.

¹⁵⁷ JESCHECK, p. 785-788, diferencia «determinación legal de la pena» («Strafbemessung») e individualización judicial de la pena» («Strafzumessung»). Para DEMETRIO, p. 20-21, 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 Strafbemessung»), 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

en la ley penal¹⁵⁸, como los de igualdad y humanidad¹⁵⁹.

(p. 165) 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 individualizada¹⁶⁰. 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 art. 46 del CP para graduar el injusto y la culpabilidad¹⁶¹. En cuanto a la valoración de las circunstancias relativas al injusto¹⁶² (art. 46 incs. 1-5, 6 -respecto de los fines- y 7)¹⁶³, 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 **(p. 166)** de "acuerdo relativo" con efectos atenuantes. Con ello se infringe además la prohibición de doble valoración (art. 46 pf. 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 pena¹⁶⁴.

En otros casos, las graves consecuencias psicológicas sufridas por la víctima de la violación, no se toman en cuenta para sancionar más

cual interviene el sujeto y las circunstancias modificativas de responsabilidad.

¹⁵⁸ La reducción del proceso de individualización judicial de la pena a la aplicación de los criterios previstos en los arts. 45 y 46 del CP, es el lugar común en la jurisprudencia, Vid. SCS en: JurP. T I, cit., p. 201-237, y parte de la doctrina peruana, PEÑA. PG, cit., p. 625-630.

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 11-12.

¹⁶⁰ VILLAVICENCIO, 1997, p. 200. S. 499-98 de 7-12-98, de la Sala Penal de Camaná, en: ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, p. 235.

¹⁶¹ 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, Vid. las S. N° 404-98 de 2-10-98, 494-98 de 30-11-98, 497-98 de 3-12-98 y 528-98 de 22-12-98, en ARMAZA/ZAVALA. La decisión judicial, cit., p. 152, 207, 216 y 256-257.

¹⁶² JESCHECK, 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.

¹⁶³ VILLAVICENCIO, 1997, p. 199.

¹⁶⁴ S. del 2° JP de Coronel Portillo de 25-3-98, exp. 267-97.

intensamente el hecho dentro de los límites legales por razones de prevención general, como permite el art. 46.4 del CP, sino sólo para fijar la reparación civil¹⁶⁵. Por otra parte, con adecuado criterio, la jurisprudencia ha considerado la importancia de los deberes infringidos (art. 46.3 CP) para imponer la inhabilitación como pena accesoria en los delitos contra la indemnidad sexual¹⁶⁶.

Al igual que el injusto, también la culpabilidad es graduable¹⁶⁷, de allí que por ejemplo el art. 46 considere los móviles del agente (inc. 6) como criterio de individualización judicial de la pena¹⁶⁸. 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 art. 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 sanción¹⁶⁹. 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 art. 46, se convierten en circunstancias modificativas de la responsabilidad. Se aplican por ejemplo los arts. 20.1 y 21 del CP a fin de atenuar la pena bajo el argumento de la imputabilidad disminuida¹⁷⁰. También el criterio de la co-culpabilidad social¹⁷¹, previsto en el art. 45 del CP, ha sido invocado en las decisiones judiciales, pero sin tenerse en cuenta que no autoriza una disminución por debajo del mínimo legal¹⁷².

(p. 167) Finalmente, por razones de prevención especial la reparación voluntaria del daño puede operar como circunstancia atenuante en la individualización judicial de la pena¹⁷³. Así lo reconoce el art. 46.9 del CP, pero este criterio ha sido inadecuadamente utilizado en la jurisprudencia

¹⁶⁵ SCSL de 21-9-98, exp. 4953-97, JurP. T III, cit. p. 231.

¹⁶⁶ SCS de 22-1-93, exp. 1928-92-A, ROJJASI, , p. 174-175; SCS de 1-9-93, exp. 1757-93, ROJJASI, p. 181.

¹⁶⁷ JESCHECK, p. 801.

¹⁶⁸ VILLAVICENCIO, 1997, p. 200.

¹⁶⁹ S. del 4º JP de Chiclayo de 31-7-97, exp. 158-96.

¹⁷⁰ SCSL de 21-9-98, exp. 4953-97, JurP. T III, cit., p. 230-231.

¹⁷¹ VILLAVICENCIO, 1997, p. 193.

¹⁷² S. de la Y SSP de Loreto de 18-03-97, exp. 0601-96, GÓMEZ, p. 414.

¹⁷³ ZIFFER, p. 166-170.

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 libertad¹⁷⁴, 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 arts. 173-A y 177 del CP, previstas para el abuso sexual de menores del art. 173 y para los delitos de los arts. 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 (art. 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 doctrina¹⁷⁵ y en la jurisprudencia¹⁷⁶, por ello se ha venido entendiendo que las agravantes del art. 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 **(p. 168)** el autor, creado a través de su comportamiento ilícito¹⁷⁷. Con ello se supera la diferencia entre culpa consciente y dolo

¹⁷⁴ SCS de 20-12-94, exp. 832-94-B, ROJJASI, p. 172-173.

¹⁷⁵ BRAMONT,, 39. PEÑA, 1986, p. 358. ROY, p. 116-119. HURTADO POZO, 1994, p. 73-74. VILLA STEIN, 1997, p. 195. Sin embargo, BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 239-240, 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.

¹⁷⁶ SCS de 23-11-1935, Revista del Foro 1935, p. 927; SCS de 11-10-1972, AJ 1972, p. 140.

¹⁷⁷ FRISCH, p. 97 y ss. JAKOBS, 6/27. PUPPE, p. 71, 74. BACIGALUPO, 1997, p. 224 y ss. LAURENZO COPELLO, 1999a, p. 174y ss; 1999 b, *passim*. RAGUÉS VALLÈS, p. 795 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, 1998, p. 269 y ss. CORCOY BIDÁSULO,

eventual, se limita el ámbito de la culpa sólo a la inconsciente 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 dolo¹⁷⁸. El CP peruano no establece una definición de dolo, la expresión típica de los arts. 173-A y 177 "y el agente pudo prever este resultado", gramaticalmente podría hacer referencia a la llamada culpa inconsciente (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 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 último¹⁷⁹.

Concretamente en el caso del art. 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 perpetua. 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 art. 173-A sanciona con cadena perpetua 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 art. 177 plantea sus propios problemas porque se establecen dos escalas de cualificación, por un lado pena privativa de libertad de 20 á 25 años si se produce la muerte de la víctima. Esta pena (**p. 169**) puede ser fácilmente superada por la del tipo de asesinato "para facilitar u ocultar otro delito" (arts. 29 y 108.2) establecida

p. 289 y ss. Críticamente, ROXIN 1997, §12/52 y ss.

¹⁷⁸ BACIGALUPO, p. 230-232.

¹⁷⁹ FEIJOO, p. 270.

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

El art. 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 art. 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 (art. 121), de allí que es más coherente entender que el art. 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 arts. 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 típica¹⁸⁰. 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 autor¹⁸¹ que aumenta lo injusto penal, porque desde el punto de vista *ex ante* la lesividad material de la conducta va más allá de la propia del delito¹⁸². **(p. 170)** Debe considerarse cruel por ejemplo, el comportamiento

¹⁸⁰ HURTADO, 1993, p. 45-47. ROY, p. 119-120. BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 240. VILLA STEIN, 1997, p. 81-82.

¹⁸¹ MUÑOZ/GARCÍA, p. 509-510.

¹⁸² MIR, p. 649-650, comentando el art. 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

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 art. 204 pf. 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 civil¹⁸³ e incluso mayor que ésta¹⁸⁴, en pocas sentencias se señaló que la dote era precisamente la reparación civil¹⁸⁵. Pese a negarse el carácter sancionador de la dote¹⁸⁶, al fijarse por lo general como una suma adicional a la reparación, parecía adquirir un carácter de indemnización punitiva¹⁸⁷. La 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 casada¹⁸⁸ 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

innecesarios para la ejecución del delito».

¹⁸³ SCS de 20-4-1932, RT 1932, p. 45; SCS de 8-7-1933, RT 1933, p. 200; SCS de 16-3-1934, RT 1934, p. 172; SCS de 7-9-1944, RT 1944, p. 342; SCS de 2-6-1945, RJP 1945, p. 616.

¹⁸⁴ SCS de 2-1-1970, AJ 1967-1969, p. 292; SCS de 7-9-1972, RJP 1974, p. 106; SCS de 5-7-1969, RJP 1969, p. 859.

¹⁸⁵ SCS de 27-5-1932, RT 1932, p. 113.

¹⁸⁶ SCS de 7-4-1933, RT 1933, p. 49.

¹⁸⁷ La SCS de 10-6-46, RJP 1946, p. 564, consideró la dote como pena accesoria a imponerse incluso en casos de mera tentativa, en igual sentido la SCS 24-11-1949, RJP 1950, p. 78; SCS de 5-11-1949, RJP 1950, p. 193; SCS de 8-8-1950, RJP 1950, p. 1285; SCS de 24-8-53, RJP 1954, p. 104; SCS de 17-8-1955, RJP 1956, p. 340. Contraria al pago de la dote en los casos de tentativa, SCS de 10-6-1940, RT 1940, p. 749; SCS de 22-5-1975, Boletín Judicial de la CS 17, p. 78.

¹⁸⁸ ESPINOZA, 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 de 21-5-1941, RT 1941, p. 230; SCS de 8-5-1975, RJP 1975, p. 637; SCS de 11-9-1975, RJP 1975, p. 1128. En contra, la SCS de 8-7-1943, RT 1943, p. 271; SCS 26-4-1948, RJP 1948, p. 339; SCS de 15-8-1946, AJ 1946, p. 220.

viuda porque "no tenía un marido que la mantuviera"¹⁸⁹.

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 (art. 93 del CP)¹⁹⁰. Tampoco existe un 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 art. 178 del CP vigente, reformado por la Ley N° 27115 de 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 art. 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 alimenticia¹⁹¹ por haberse probado que el agente mantuvo relaciones sexuales con la víctima durante la época de la concepción¹⁹². La paternidad debía pues discutirse en la jurisdicción civil¹⁹³.

El art. 178 del CP se refiriere 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 coautoría¹⁹⁴. 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 art. 193

¹⁸⁹ Acorde con esta consideración *intuito personae*, la jurisprudencia consideró que la dote debía fijarse según la capacidad económica del condenado, SCS de 2-12-1953, RJP 1954, p. 622, y que se extinguía con la muerte de la agraviada, transmitiéndose a sus herederos sólo la reparación civil, SCS de 23-11-1935, RT 1935, p. 429; SCS de 4-11-1936, RT 1936, p. 454; SCS de 2-12-1949, RJP 1950, p. 85; SCS de 18-7-1974, RJP 1974, p. 1243; SCS de 12-9-1974, RJP 1975, p. 88.

¹⁹⁰ En virtud del art. 101 del CP, la reparación se rige además por el art. 1985 del Código civil que concibe el «daño indemnizable» en sentido amplio.

¹⁹¹ SCS de 19-8-1940, RT 1940, p. 348; SCS de 5-11-1946, RJP 1947, p. 233.

¹⁹² ROY, p. 121.

¹⁹³ SCS de 18-8-1943, RT 1943, p. 346.

¹⁹⁴ BRAMONT-ARIAS/GARCÍA, p. 262.

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.