

## LIBERTAD SEXUAL Y BLUE JEANS: COMENTARIO A UNA SENTENCIA DE LA CORTE DE CASACION ITALIANA (p. 425)

Marta Bertolino

**SUMARIO:** *I. Texto de la sentencia. II. Libertad sexual y blue-jeans: 1. Algunas consideraciones preliminares respecto al bien jurídico protegido. 2. Los modelos extranjeros. 3. Los argumentos de la Corte. 4. La investigación empírica. 5. Sobre el concepto de violencia: a. La nueva práctica de la jurisprudencia italiana; b. Las recientes experiencias legislativas europeas. 6. Derecho material y proceso.*

**I. SENTENCIA DE LA CORTE DE CASACION ITALIANA: CASACION PENAL:** Sesión 111. 6 de noviembre de 1998 (dep. 10 de febrero de 1999). Presidente Tridico - Relator Rizzo. M.P. Di Zenzo (concl., diff.) - Ric. Cristiano

*Delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres - Delitos contra la libertad sexual - Violencia carnal - Valoración de las declaraciones dadas por la persona ofendida en ausencia de verificaciones objetivas respecto a la conducta coercitiva - Falta de credibilidad con relación a esas declaraciones.*

En cuanto a la responsabilidad por el delito de **violación**, las acusaciones de la víctima deber ser sometidas a un riguroso análisis respecto a su credibilidad, sobre todo cuando concuerdan con la versión dada por el imputado (**p. 426**) respecto a las circunstancias de hecho; por ejemplo, la ausencia de señales de una riña o de una fuerte resistencia de la víctima frente a su agresor o el hecho que la víctima tuviera los pantalones jeans parcialmente quitados y que necesita la voluntaria colaboración de la persona que los viste.

DESARROLLO DEL PROCESO: el 12 de julio de 1992, Antonella, entonces de 18 años de edad, denunció a la Comisaria de Potenza que el día anterior, alrededor de las 12.30, había sido víctima de violación cometida en su persona por Bartolo, su instructor de conducir vehículos.

Éste, como lo había hecho otras veces, había ido a recogerla cerca de su casa para llevar a cabo la lección práctica de manejo. Sin embargo, con el pretexto de tener que recoger otra joven interesada en aprender a conducir,

la condujo fuera de la zona urbana y, luego de haber estacionado el coche en una callejuela, la echó al suelo y, después de haberla despojado de los pantalones jeans de una pierna, la violó.

Consumado el hecho, la condujo a su casa y obligó a guardar silencio sobre lo sucedido mediante la amenaza de revelar lo sucedido a terceros.

Los padres viéndola perturbada, le habían exigido explicaciones, pero prefirió no contarles lo acontecido. El mismo día, a su regreso después de asistir a la lección teórica en la escuela de conducir, informó a sus padres de la agresión sufrida.

Bartolo, detenido el mismo día de la denuncia, dio una versión diferente de los hechos.

Si bien admitía haber mantenido relaciones sexuales con Antonella, en el momento y lugar indicados por ésta, afirmaba sin embargo que la muchacha había consentido.

Se inició proceso penal contra Bartolo por violación, violencia privada, raptó con fines libidinosos, lesiones personales, actos obscenos en lugar público y violencia privada; el Tribunal de Potenza, por sentencia del 29 de febrero de 1966 condenó al imputado por delito de actos obscenos en lugar público y lo absolvió por los demás delitos.

A raíz de la apelación del Ministerio Público y del imputado, la Corte de apelaciones de Potenza, mediante sentencia del 19 de marzo de 1998, declaró **(p. 427)** Bartolo responsable de todos los delitos que se le imputaban y lo condenó a la pena de 2 años y 10 meses de reclusión.

Contra esta sentencia, Bartolo interpuso recurso de casación y alegó la causal de falta de motivaciones sosteniendo que la Corte de apelación había declarado su responsabilidad con argumentos incoherentes respecto a los resultados procesales.

MOTIVOS DE LA DECISION: Admite la Corte que la sentencia impugnada merece ser anulada porque carece de una adecuada y convincente argumentación. Es cierto que contra el imputado se mantienen las reiteradas acusaciones de Antonella.

Pero, consideradas las alegaciones de inocencia del imputado, quien ha sostenido que la joven había consentido a tener relaciones sexuales, la Corte de mérito debió haber procedido a un riguroso análisis sobre la credibilidad de las acusaciones de Antonella, mientras por el contrario ha confirmado la

culpabilidad del imputado valorando circunstancias de hecho que concuerdan con la versión de los hechos dada por Bartolo y minimizando o desconociendo el valor de otras circunstancias que difieren de las contenidas en la denuncia de violación.

La sentencia afirma que las declaraciones de Antonella deben ser admitidas porque ésta no tenía motivo alguno para formular una acusación calumniosa contra Bartolo.

Tal consideración no puede compartirse si se considera que la joven podía haber acusado falsamente Bartolo de haberla violado para justificar ante sus padres el acto sexual practicado con una persona mucho mayor que ella y además casada, acto que creía no debía callar por la preocupación ante las posibles consecuencias de la relación sexual.

Además, tal hipótesis no aparece inverosímil a la luz de la manera como Antonella se había comportado después de los hechos.

Ella no contó a sus padres, al volver a casa, lo que le había sucedido; a pesar de que le preguntaron que le pasaba al verla visiblemente perturbada. Sólo lo hizo después de haber asistido a la clase teórica en la escuela de manejo.

La Corte de apelaciones justifica tal retardo sosteniendo que, presumiblemente, Antonella tenía vergüenza o se sentía culpable.

**(p. 428)**

Pero esta argumentación no es convincente.

No aparece en efecto qué vergüenza o sentimiento de culpa Antonella podía tener, si fue víctima efectivamente de una violación, dada la gravedad de tal hecho cometido además por su instructor de conducir y que había subido al vehículo de éste para los efectos de la clase practica de conducir.

La sentencia es, igualmente censurable cuando afirma que Antonella fue realmente víctima de la violación denunciada dado que es cierto que durante el acto tenía los jeans bajados sólo en parte, mientras que si hubiese consentido la relación sexual se hubiera despojado completamente de los pantalones que portaba.

Tal afirmación no puede compartirse porque hubiera sido bastante singular que en pleno día (el hecho tuvo lugar entre 12 y 12.30), en una zona que si bien aislada no estaba excluida al tránsito peatonal, Antonella se desnudase completamente sólo porque consentía plenamente al acto.

Debe también destacarse que es un hecho de experiencia común que resulta casi imposible despojar aún parcialmente de los jeans a una persona sin su voluntaria colaboración, puesto que se trata de una operación que es ya bastante difícil para quien los porta.

También sobre otros puntos la sentencia resulta carente de motivación convincente.

Tanto en el cuerpo de Antonella como en el de Bartolo no han sido encontradas señales de una riña entre ambos o, al menos, de una fuerte resistencia de la joven contra su agresor.

Al respecto, la Corte de apelaciones se limita a sostener que para la existencia del delito de violación no es necesario que el autor someta a la persona ofendida a actos de violencia y que, en el caso *sub iudice*, Antonella no había opuesto resistencia por temor a sufrir graves atentados en su integridad física.

Al respecto es de indicar que es instintivo, sobre todo para una joven, oponerse con todas sus fuerzas a quien quiera violarla y que es ilógico afirmar que una joven pueda **aceptar** de manera supina un **estupro**, que es un atentado grave contra su persona, por el temor de padecer otros hipotéticos y ciertamente no más graves atentados contra su propia integridad física.

**(p. 429)**

La sentencia impugnada, por último, no esclarece como se concilia con la afirmada violación el hecho que Antonella no intentó fugar cuando Bartolo detuvo el vehículo y puso de manifiesto sus propósitos; así como tampoco da una explicación plausible del comportamiento de la joven que, después de la consumación de la relación sexual, volvió a conducir el vehículo.

En la sentencia, se precisa que Antonella tenía interés en regresar inmediatamente a casa.

Pero la Corte de apelaciones ha omitido de considerar que es bastante singular que una joven, luego de haber sufrido una violación, tenga el ánimo de conducir el vehículo al lado de su violador; sobre todo si siendo conductora inexperta, como en el caso presente, debe manejar el vehículo siguiendo los consejos y las instrucciones de quien acaba de violarla.

De esto resulta que la sentencia impugnada carece de motivaciones, es ilógica y merece ser anulada con reenvío a la Corte de apelaciones de Nápoles.

*P.Q.M. Anula la sentencia impugnada con reenvío a la Corte de apelaciones de Nápoles.*

## II. LIBERTAD SEXUAL Y BLUE JEANS

### 1. Algunas consideraciones preliminares respecto al bien jurídico protegido

La sentencia que se comenta ha suscitado especial atención de la parte de los medios de comunicación debido a la afirmación que los jeans no podrían ser retirados sin el consentimiento de la víctima. Si este aspecto puede haber chocado la imaginación y la sensibilidad comunes, más importantes son los argumentos referentes a la modalidad coercitiva de la conducta típica y a la prueba de esta última. Debido a que la materia ha sido objeto de una reciente reforma, antes de abordar estos aspectos de la sentencia, resulta indispensable presentar algunas consideraciones sobre el bien jurídico tutelado por las nuevas disposiciones.

Aunque hasta fines de 1996, los delitos llamados sexuales figuraban en el Título IX De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres, del Capítulo I De los delitos contra la libertad sexual, tanto la jurisprudencia como la doctrina los habían considerado tomando como fin primario la tutela de **(p. 430)** la persona en el ámbito de la sexualidad. Con la ley del 15 de febrero de 1996, n. 66, este incremento de significado ha sido consagrado legislativamente. Los delitos del Capítulo I, Título IX, han sido desplazados, con importantes innovaciones, al Título XII, relativo a los delitos contra la persona, del Capítulo II De los delitos contra la libertad individual, de la Sección II De los delitos contra la libertad personal.

Este desplazamiento hacia el ámbito de los bienes jurídicos de la persona constituye ciertamente una importante novedad en el nivel de los valores legislativos expresamente enunciados. Sin embargo, el nuevo marco

sistemático sólo implica, en realidad, la codificación de una orientación ya presente y consolidada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia<sup>1</sup>.

Si esto es así, debemos entonces preguntarnos si la regulación de los delitos sexuales junto a los delitos contra la persona implica sólo la toma en consideración de una exigencia actualmente difundida y compartida por todos, o si tal renovación a nivel normativo no debe ser acompañada de una nueva sensibilidad de interpretación teleológica y más conscientemente orientada a la protección de la libertad sexual en cuanto bien de la persona.

Ante todo, es indispensable considerar al respecto que con seguridad el mensaje promocional del legislador a favor de la protección de la persona en su esfera sexual ha sido un mensaje condicionado. No admitió los pedidos de una parte de la doctrina para que renuncie, en la elaboración del tipo legal del delito de violencia sexual (art. 609-bis), a los requisitos de la violencia y de la amenaza<sup>2</sup>. Los argumentos en favor de tal renuncia pueden sintetizarse de la manera siguiente. En la aplicación de la regulación derogada ha ido imponiéndose un concepto "inmaterial", "espiritualizado" de la violencia, de manera a comprender cualquier modo de comportamiento coercitivo aunque carente de real violencia. Esta manera de comprender el requisito de la violencia llevó a admitir la realización del tipo legal y, por tanto, su significado de valor negativo ya en el caso de ausencia de consentimiento y no sólo cuando se daba una efectiva violencia. Esta orientación representaba una indicación clara sobre el hecho que la exigencia de la protección (**p. 431**) de la persona en la esfera de la sexualidad podía ser satisfecha sólo orientando el tipo legal de la violencia sexual hacia el requisito de la coerción, independientemente de la modalidad de la agresión, violencia o amenaza, del bien jurídico de la libertad sexual. Dicho de otra manera, significaba tomar en cuenta que la lesión del bien jurídico protegido era causada por la conducta sexual no tanto por su carácter violento o amenazador, sino por ser impuesta, realizada contra la voluntad de la víctima. La violencia y la amenaza constituyen en esa perspectiva "opciones", la mismas que pueden o deben importar no tanto para determinar la responsabilidad, sino el *quantum* de ésta.

---

<sup>1</sup> A este propósito observa, últimamente, MANTOVANI, p. 2: "la renovación de la calificación de los delitos sexuales como 'delitos contra la persona' ... es una reforma sobre todo de valor cultural y simbólico general".

<sup>2</sup> Cfr. PADOVANI, 1989, p. 1301 y ss.; BERTOLINO, 1993, p. 75 y ss.; después de la reforma, últimamente, MANTOVANI, p. 4.

Esto no ha sucedido. La ley de 1996 no sólo permanece fiel a la tradición en cuanto a los requisitos de la violencia y de la amenaza, sino que también donde innova, como en materia del bien jurídico protegido, ha renunciado a sistematizar los delitos sexuales con referencia expresa a la protección de la libertad sexual, la misma que merece bien un reconocimiento autónomo respecto a las otras formas de libertad protegidas en el Título XII. Los delitos en cuestión han sido en definitiva insertados al final de los delitos contra la libertad personal. Esta posición no tiene en cuenta que la libertad sexual no sólo es libertad negativa (libre de toda coerción), sino que, sobre todo, también es libertad positiva (libertad de autodeterminación sexual) y, en esta dimensión, es libertad moral<sup>3</sup>. La misma que es protegida en la sección siguiente, la tercera, que se inicia con los delitos de violencia privada de la cual la violencia sexual constituye una figura específica o especial.

El legislador de 1966 no sólo ha sido incapaz de romper completamente con el pasado en lo referente a la estructuración del tipo legal de la violencia sexual, sino que ha fracasado también en cuanto a la colocación sistemática del tipo legal. Desde este último punto de vista, no sólo no ha recorrido hasta al final la única vía posible, aparentemente necesaria y natural, de la sistematización de los delitos sexuales entre los delitos contra la persona en una regulación autónoma dedicada a la libertad sexual, sino que ha previsto los delitos sexuales al interior de los delitos contra la persona, inmediatamente después de un delito del todo secundario y ajeno a los ilícitos contra la libertad sexual, como son los allanamientos y registros personales arbitrarios (art. 609)<sup>4</sup>. Esta decisión ha (**p. 432**) sido últimamente definida como "fuera de todo orden lógico sistemático: ni el de la 'progresión descendente' (de la incriminación más grave a la menos grave, como originariamente en la Sección II), ni el de la 'disociación lógico consecuente' (de la incriminación general a la especial, de la incriminación principal a la subsidiaria)<sup>5</sup>. No sólo pues una sistematización reductora, sino también con seguridad menos importante que el hecho de presentarlos como delitos contra la libertad moral, por la que el legislador debió adoptar.

---

<sup>3</sup> Pone en evidencia estos aspectos MANTOVANI, p. 5 y ss. Sobre el concepto de libertad personal, ver también MANTOVANI, p. 351 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. a propósito PADOVANI, 1999, sub art. 2, p. 19 y ss., quien recuerda que, probablemente, la expresión libertad sexual ha sido abandonada por estar actualmente vinculada ampliamente de manera funcional con la moralidad pública y las buenas costumbres.

<sup>5</sup> MANTOVANI, p. 3, nota n. 3.

## 2. Los modelos extranjeros

Con respecto a esto último, no faltaban algunos modelos correctos en los cuales inspirarse. En otros ordenes jurídicos, la reorganización de los delitos sexuales según el bien general de la persona había sido ya establecida mediante la creación de títulos, capítulos, secciones, utilizando donde era necesario expresiones diversas de la libertad sexual, pero afines en cuanto a significado lingüístico y conceptual.

Así en la República Federal de Alemania, la reforma de 1973 definió los delitos sexuales, entonces comprendidos en el Título de los delitos contra la moral pública, como delitos contra "la libertad de determinarse en la esfera sexual"<sup>6</sup>. Más recientemente, en el nuevo código penal francés se regulan los **(p. 433)** delitos en cuestión en una sección autónoma, intitulada de las "Agresiones sexuales", sección inserta a su vez en el Capítulo relativo a los "Atentados contra la integridad física y psíquica de la persona", la misma que está comprendida en el Título II dedicado a los "Atentados contra la persona humana".

---

<sup>6</sup> La reforma de los tipos legales, en especial los referidos a la violencia carnal, § 177 y de violencia carnal en la persona de incapaces, § 179, después de un largo debate (Vid BERTOLINO, 1997, p. 58 y ss.), ha sido realizada mediante la ley del 1 de julio de 1997 (3. StrAndG) y completada por ley del 1 de abril de 1998 (6. StrRG). Entre las medidas más importantes recordemos la unificación en un tipo legal del delito de *Vergewaltigung*, § 177 con el de *Sexuelle Nötigung*, § 178. Como ha sucedido en Italia con la reforma de 1996, también en Alemania, como efecto de la reforma, los dos delitos son reunidos en el nuevo § 177, que castiga los actos sexuales cometidos con violencia o amenaza de un peligro actual para la integridad física o la vida, o aprovechando la situación de que la víctima está indefensa a la merced del sujeto activo (*3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täter schutzlos ausgeliefert ist*). Esta última es una importante innovación de la reforma, en la medida en que el legislador por la primera vez ha previsto esta tercera modalidad de ejecutar la conducta típica de coerción prescindiendo del uso de violencia o amenaza (a propósito ver n. 5). Otra importante novedad es la represión de la violencia sexual entre cónyuges, en cuanto ha sido finalmente eliminado el requisito de la «ilegitimidad» de la relación sexual, como desde hace tiempo lo pedía la doctrina. Sobre la reforma, ver OTTO, 1998, p. 210; DESSECKER, p. 1 y ss.; LENCKNER, p. 2801 y ss., quien duda que la unificación en un solo tipo legal de los delitos de violencia carnal y de coerción sexual pueda ser considerada un progreso, por el contrario, semejante unificación existía ya en el Código penal prusiano de 1851.



Pero no sólo en Alemania y en Francia se presenta la orientación en favor de una nueva calificación de los delitos sexuales. También el muy reciente Código penal español prevé los delitos sexuales en un Título autónomo dedicado a los "Delitos contra la libertad sexual"<sup>7</sup>.

Además, el Código penal portugués de 1995 coloca los delitos sexuales en el Capítulo relativo a los "Delitos contra el fundamento ético social de la vida social", comprendido en el Título consagrado a los "Crímenes contra los valores y los intereses de la vida social", del Título dedicado a los "Delitos contra la persona", en el Capítulo intitulado "Delitos contra la libertad y la autodeterminación sexual".

Hay que recordar finalmente el nuevo Código penal esloveno, en vigencia desde 1995, que prevé los delitos sexuales en el Capítulo XIX, expresamente denominado "Delitos contra la inviolabilidad sexual". El reciente Código polaco de 1997 define los delitos sexuales en el Capítulo XXV como "Delitos contra la autodeterminación sexual y la moralidad", en el que la moralidad es comprendida según la nueva perspectiva de la protección de la libertad sexual del individuo. **(p. 434)** Contra la moral son considerados los

---

<sup>7</sup> En el Código derogado, estos delitos estaban previstos entre los «Delitos contra el honor sexual» y sólo mediante la Ley Orgánica del 21 de junio de 1989, n. 3, fueron definidos como «Delitos contra la libertad sexual». Sobre las nuevas disposiciones, ver MORALES PRAT/GARCIA ALBERO, *sub* art. 178-194, p. 871 y ss, los cuales destacan como «en la nueva regulación de los delitos sexuales están presentes, como sucedía ya en la precedente reforma de 1989, elementos normativo culturales que pueden minar el equilibrio del nuevo «derecho penal sexual» en detrimento de la protección de la libertad sexual en términos racionales, posibles de aplicación y efectivos. En definitiva, subsistiría el peligro de haber substituido un derecho penal simbólico por otro que no lo es menos, esto en abierta oposición con los principios de legalidad y determinación del tipo legal» (p. 874). Emblemático al respecto, parece ser el concepto genérico de agresiones sexuales del art. 178. Esta disposición define la conducta típica de agresión exclusivamente en la perspectiva del bien jurídico protegido de la libertad sexual, y esto como cualquier atentado contra tal bien realizado con violencia o intimidación. La ausencia de toda descripción normativa del substrato empírico fáctico de tal conducta ya ha dado lugar para que se reproche a dicho concepto el hecho de su indeterminación, cfr. MORALES PRAT, M./GARCIA ALBERO, p. 875, quienes además señalan como en esta materia la descripción normativa precisa de la conducta típica se revela como una tarea imposible, dada la naturaleza del bien jurídico a proteger.

comportamientos de índole sexual que no respetan la determinación sexual del otro<sup>8</sup>.

### 3. Los argumentos de la Corte

La adecuación real de la regulación de los delitos sexuales a las renovadas exigencias de protección de la persona deberían, en consecuencia, haber orientado mejor los tribunales en la aplicación de las normas según las exigencias modernas de protección que han conducido a la reforma. Estas exigencias sin embargo no han sido ignoradas por la jurisprudencia. Últimamente, ha afirmado de manera clara que con la nueva regulación "el carácter ilícito de los comportamientos debe ser valorado a la luz del respeto de la persona humana y de sus potencialidades para perjudicar la libertad de determinación en la esfera sexual. Esta es aislada de las indagaciones sobre el impacto en el contexto social y cultural en que se producen, en la medida en que el aspecto central es la disponibilidad de la esfera sexual de la parte de la persona que es el titular"<sup>9</sup>. Y más aun: "el carácter (p. 435)

---

<sup>8</sup> Cfr. WEIGEND, p. 140 s.

<sup>9</sup> Cass. 5 de junio de 1998, n. 210974. Todavía en relación al concepto de actos sexuales, la jurisprudencia ha considerado algunas contradicciones señaladas por la doctrina con relación a la conformidad de tal concepto con el principio de la determinación o precisión del tipo legal y el Tribunal de Crema, mediante decisión del 21 de octubre de 1998 (in *Riv. pen.* 1998, p. 153), ha declarado "no manifiestamente infundada, con relación al art. 25, inc. 2, de la Constitución, la cuestión de la legitimidad constitucional del art. 609-bis c. p., en la parte en que omite de definir o describir la expresión "actos sexuales ..." renviando evidentemente a una comprensión común del significado de la locución "acto sexual". Una prueba de la imprecisión de la expresión actos sexuales procede además de la comparación con las diversas orientaciones consolidadas en la jurisprudencia sobre el contenido a darles a tales términos. Una parte de la jurisprudencia parece en efecto seguir la orientación llamada objetiva que limita el alcance de la expresión actos sexuales a "todo comportamiento que, en el ámbito de una relación física interpersonal, constituya la manifestación de la intención de satisfacer el instinto, relacionado con los caracteres anatómico genitales del individuo. Se deduce que la conducta debe consistir, al menos, en tocamientos de aquellas partes del cuerpo de otro, susceptibles de ser -en los casos normales- objeto de preambulos, directos a conseguir la excitación plena o el orgasmo" (Cass. 11 de noviembre de 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2092; en doctrina por una interpretación restrictiva de los actos sexuales, que tenga en cuenta a la "objetiva naturaleza sexual del acto en si considerado", cfr. CADOPPI,

ilícito del comportamiento, perteneciendo el delito de violencia sexual a los delitos contra la libertad personal y no más a los delitos contra la moralidad pública, debe ser valorado con relación al respeto debido a la persona humana y a su capacidad para perjudicar la libertad de determinación en la esfera sexual"<sup>10</sup>. No consigue que "la nueva expresión 'actos sexuales', contenida en el art. 609-bis del Código penal, comprenda todos aquellos actos que sean idóneos para comprometer la libre determinación de la sexualidad del sujeto pasivo y a penetrar en su esfera sexual"<sup>11</sup>

Pero la sentencia que se comenta parece ignorar estos criterios, en la medida en que aparece ajena a la perspectiva adoptada por la orientación apenas presentada. Declarando en efecto la decisión de segunda instancia en la que se condena al imputado "carente de adecuados y convincentes argumentos"<sup>12</sup>, los jueces de la Corte de Casación proponen explicaciones alternativas de los resultados procesales, las que son al menos sorprendentes. Expresan valoraciones de mérito, además fuera de la competencia de la Corte por ser reconstrucciones del hecho, basándose en parámetros de juicio del todo dudosos. Tales valoraciones exigen un concepto restrictivo de violencia de tipo físico, ahora superado, como lo veremos, por la jurisprudencia prevaleciente.

En un primer nivel, la Corte llega a la conclusión que las declaraciones de la víctima no serían atendibles debido a que: a) Es "un hecho de la experiencia

---

sub art. 3, p. 35 y ss., espec. p. 48). Parece, por el contrario, orientarse hacia una noción amplia de actos sexuales una parte de la jurisprudencia, aun que para los fines del art. 609 *bis* sostiene la naturaleza de actos sexuales de "cualquier acto que, aún si no es ejecutado mediante el contacto directo físico con el sujeto pasivo, está orientado y es idóneo para poner en peligro el bien jurídico primario de la libertad del individuo mediante la excitación o la satisfacción del instinto sexual del agente" (Cass. 15 novembre 1996, in *Riv. pen.* 1997, p. 147). Para una síntesis de los diversos criterios tanto en doctrina como en jurisprudencia, ver BERTOLINO, 1999, *sub art.* 609 *bis*.

<sup>10</sup> Cass. 4 diciembre - 1997, n. 20939 I.

<sup>11</sup> Cass. 4 diciembre - 1997, n. 20939 I.

<sup>12</sup> A la Corte de Apelaciones de Potenza se reprochará, en particular, que para condenar ha valorado "circunstancias de hecho que (al contrario) se concuerdan bien con la versión de los hechos dada por el imputado" y de haber "minimizado u omitido de valorar otras circunstancias que no concuerdan de ninguna manera con la denunciada violencia carnal"; a esto se debe que se reproche a la sentencia de segundo grado de ser apodíctica, ilógica y carente de motivaciones.

común que despojar de jeans a una persona sin su consentimiento es una operación ya bastante difícil para quien se los pone". b) La joven "podría haber acusado falsamente ... para justificar ante sus padres el acto carnal ... que no se sentía capaz de ocultar por la preocupación sobre las posibles consecuencias de la relación sexual. Además, tal hipótesis no es verosímil a la luz del comportamiento de la víctima después de los hechos". c) Es "instintivo, sobre todo en una joven, oponerse con todas sus fuerzas a ser violentada y ... no es lógico afirmar que una muchacha pueda soportar supinamente el estupro, que constituye una grave violación de la persona, por el temor de sufrir otros hipotéticos y no graves (p. 436) ataques a la propia integridad física". d) Resulta "bastante singular que una muchacha después de haber sufrido una violencia carnal, tenga el ánimo suficiente para conducir el coche al lado de su violador ...".

Experiencia general, inverosimilitud, instintos, falta de lógica, singularidad, han sido los parámetros de la Corte. Pero tales criterios, aun cuando fueran indiscutibles en sí, deberían haber sido utilizados con mayor cautela por los jueces de la Corte de Casación, en la que debe argumentarse en derecho y no sobre los hechos. La Corte, por el contrario, utiliza los criterios indicados para reconstruir el hecho como percibido por el imputado, pero no busca algún elemento probatorio para tal reconstrucción. Además, una verificación probatoria de pura valoración no fundada en elementos concretos, fuera de no ser admitida en Casación, no es en sí siquiera posible. Los puntos de vista de la Corte se limitan a describir la representación social, tradicional del estupro. Esta representación caracteriza sólo el saber general de la denominada cultura jurídica externa (no de los expertos) y no tanto el saber de la cultura jurídica interna (la de los profesionales abogados y magistrados), que, en tanto saber científico jurídico, debería ser guía de la actividad de la administración de justicia por la necesidad de coherencia y de posibilidad de control del discurso que debe caracterizarla como garantía ante la arbitrariedad.

Por lo demás, esta necesidad no es siempre respetada. Las investigaciones recientes de psicología social sobre las representaciones sociales de la justicia de parte de los grupos más directamente concernidos, magistrados y abogados, han mostrado como también la cultura jurídica interna se caracteriza por un saber general que frecuentemente se substituye al

científico, jurídico<sup>13</sup>. La sentencia comentada aparece precisamente significativa de una cultura profesional que desarrolla una justicia de saber común, diversa a la justicia de saber científico, que entra a formar parte del patrimonio de los magistrados y abogados al extremo de influenciar sobre la actividad propia de este grupo. Todo esto explica la resistencia a cambiar la concepción tradicional sobre el estupro, la poca disponibilidad a obrar para substituir el modelo profesional en favor de uno nuevo conforme con el pase de la protección de la moralidad pública a la de la persona. Esta decisión de la Corte de Casación parece ir en el sentido de que no toda la cultura profesional se ha adecuando a la nueva perspectiva de la protección; al contrario del saber común de una parte considerable de la cultura externa que, en tema de violencia sexual, parece haber actualmente alcanzado **(p. 437)** un alto grado de sensibilidad a nivel de la protección del individuo, como se desprende de las fuertes reacciones críticas contra la sentencia comentada y manifestadas en el "sentir común de la opinión pública".

Sin embargo, no faltan ejemplos de apertura también dentro de la cultura profesional. Estos provienen de aquella jurisprudencia que en tema de valoración del elemento de coerción ha afirmado, por ejemplo, que no sirve valorar la conducta del sujeto pasivo de acuerdo con parámetros de comportamiento previsibles y dictados por la experiencia, en especial cuando la violencia se produce en condiciones de lugar y de tiempo de habitual fiabilidad, o en situaciones en las que inciden factores sociales y ambientales<sup>14</sup>. Se trata de directivas que, por haberse establecido antes de la reforma de 1996, la anticipan, en cuanto responden en términos adecuados y coherentes a la exigencia de ofrecer la máxima protección a la víctima de delitos sexuales, objetivo primario de la ley de reforma.

También desde este punto de vista la decisión comentada debe ser criticada. No obstante que la práctica judicial había llamado la atención respecto a valoraciones superficiales del consentimiento, en cuanto basadas en parámetros de valoración correspondientes al saber común, en representaciones no verificadas del estupro<sup>15</sup> o, por último, en pronósticos de comportamiento a la luz de máximas de la experiencia general, la sentencia

---

<sup>13</sup> Cfr. últimamente, BERTI y otros, *Avvocati, magistrati e processo penale*, Roma 1998, *passim*.

<sup>14</sup> Cass. 19 noviembre de 1991, *Cass. pen.* 1993, p. 577.

<sup>15</sup> Sobre mitos, lugares comunes, estereotipos en materia de violencia sexual, ver BERTOLINO, 1993, p. 62 y ss.

comentada utiliza precisamente estos criterios para decretar que no se puede dar fe a las declaraciones de la víctima.

Pero algunas conclusiones a que llegan los jueces contradicen directamente las máximas de la experiencia general que ellos mismos invocan. De particular alcance es la afirmación según la cual sería *ilógico* pensar que una mujer no resista a su agresor por temor a padecer "otras hipotéticas y no reales agresiones graves contra su propia integridad".

En cuanto al juicio de absoluta gravedad de la violencia sexual, hay que precisar que el ataque al bien jurídico libertad sexual es ciertamente grave. En una hipotética escala jerárquica de la gravedad de los ataques, se sitúa en un grado inferior con relación al ocupado por la vida y la integridad personal en los casos más graves. Para confirmar esto, se recurre a las valoraciones realizadas por el legislador sobre el significado del desvalor abstracto del tipo legal de la **(p. 438)** violencia sexual. Estas emergen de la confrontación con el tipo legal de homicidio voluntario, para el cual el art. 575 del Código penal prevé la pena de reclusión no menor de 21 años y con el de las lesiones personales muy graves para las que se establece la reclusión de seis a doce años (art. 582 c. p.). Para la violencia sexual, en el art. 609-bis, se dispone la pena de reclusión de 5 a 10 años.

Que estas valoraciones representan el sentir general y corresponden a un consenso social difuso<sup>16</sup>, es confirmado por las investigaciones en materia de percepción social de los delitos, en particular, de aquella relativa a la medición de la gravedad de los delitos realizada a través de encuestas de ciudadanos comunes, magistrados, abogados y aun parlamentarios. Los juicios expresados por los diversos grupos son homogéneos en considerar el homicidio como el delito más grave, en particular con respecto a la violencia carnal. Mientras el delito considerado en absoluto el más grave es la violencia carnal seguida del homicidio de la víctima<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> "El sentido común acepta la interpretación de los expertos cuando éstos coinciden con sus expectativas" (STORAI, *Analisi della letteratura scientifica sullo stupro*, in *Rivista sessuologia* 1993, p. 65. Sobre el papel del consenso social para los objetivos de la efectividad del sistema social, cfr., en especial, PALIERO, *Consenso sociale e sistema penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1992, p. 849 y ss.

<sup>17</sup> En cuanto a estos datos, ver DELOGU/GIANNINI, *L'indice di criminalità di Sellin e Wolfgang nella teoria generale della misurazione di gravità dei reati*, Milano 1982, *passim*; ver también MERZAGORA, p. 363 y ss. En general, las relaciones

En cuanto a la conclusión a que llega la Corte, según la cual está fuera de toda lógica pensar que una joven mujer no opone resistencia a su violador, tal conclusión insiste demasiado en la idea, elevada a rango de principio de la razón, que no puede haber desacuerdo sin resistencia y que esta última no puede faltar por miedo a "presuntas y no agresiones graves reales". Pero es precisamente la referencia a la lógica de la experiencia común la que hace dudar de la corrección de afirmaciones semejantes. Así, según la misma lógica del común de las gentes la resistencia de la víctima, con mucha frecuencia, desencadena en el agresor sexual una reacción violenta al punto de crear un peligro no sólo para la integridad, sino para la vida misma de la persona agredida.

**(p. 439)**

#### **4. La investigación empírica**

Estudios empíricos experimentales relativos al uso de la violencia y de la amenaza en los delitos sexuales confirman estas conclusiones. Vale la pena entonces presentar, al menos sintéticamente<sup>18</sup>, los resultados más interesantes para nuestros fines: aparece que la violencia carnal se realiza con más frecuencia cuando el lugar escogido es un lugar cerrado y, con respecto a la relación víctima/agresor, cuando la víctima es conocida; que esta última es con más frecuencia herida si conoce al atacante; lo mismo sucede, si busca defenderse, que cuando, por el contrario, se abstiene de toda maniobra defensiva<sup>19</sup>; es más probable que la violencia carnal no se realice cuando la víctima tiene como fin principal el de evitar ser violentada, mientras con más frecuencia se consuma el delito cuando teme sobre todo ser herida o muerta y, por tanto, cuando tiene como objetivo principal, ante el

---

impuestas han sido consideradas particularmente graves. Estos datos son ulteriormente confirmados por los datos relativos a las relaciones sexuales con y entre menores, respecto a los cuales la relación sexual impuesta es considerada doblemente grave con relación a la relación sexual con un menor que consiente (Así MERZAGORA, p. 366).

<sup>18</sup> Para profundizar, ver BERTOLINO, 1993, p. 66 y ss.

<sup>19</sup> Estudios recientes, pero aislados, todavía afirman que, contrariamente a las expectativas, la reacción defensiva de la víctima es más frecuentemente asociada a la poca probabilidad de perjuicio a la propia integridad física. Pero, si tales resultados fueran atendibles, la imprecisión que en todo caso los caracteriza debería favorecer a que en la decisión recurrida se evitara la violencia física.

agresor, evitar tales graves consecuencias en su propia persona. Además, aparece que con más facilidad puede verificarse el delito cuando la amenaza consiste en el uso de la violencia; y que la reacción física como estrategia defensiva de la víctima de una agresión sexual se presenta como ineficaz, sobre todo con relación a estrategias defensivas verbales, como el hecho de gritar o chillar<sup>20</sup>.

La posición adoptada por la Corte de Casación no es fundamentada de manera empírico fáctica según los estudios en la materia y contradice así la lógica que la misma Corte dice aplicar. No se tiene en cuenta el hecho que frecuentemente, en un caso de agresión sexual, la víctima no opone ninguna resistencia, al menos de tipo verbal, por el efecto paralizante que sobre ella ejercen algunas características de la agresión, sobre todo aquella relativa al lugar de la agresión (interior y aislado) y al hecho que el fin primario de la víctima es el de evitar ser muerta o herida<sup>21</sup>. De estas observaciones se obtiene una importante conclusión: **(p. 440)** el consentimiento de la víctima a la relación sexual no puede ser jamás deducido del hecho si la víctima se defendió o no.

En armonía con esta conclusión está, de otro lado, la jurisprudencia que, aún antes de la reforma de 1996, ha afirmado que para los fines de la existencia del delito de violencia carnal "no sucede ... que de la parte de la víctima se oponga una viva, constante resistencia al extremo de sus fuerzas físicas, con signos exteriores inevitables ... A los efectos del art. 519 Código penal, por violencia debe comprenderse también aquella que, según las circunstancias, colocan al sujeto pasivo en situación de no poder oponer toda la resistencia que hubiera querido y la coerción de la que se trata puede darse aún si la víctima no ha pedido ayuda, dado la alarma, sufrido laceraciones en vestido y cuerpo, etc."<sup>22</sup>. Una opinión completamente diferente aparece en la sentencia comentada. Constatado en efecto que "no han sido encontrados signos de riña entre ambos o de una vigorosa

---

<sup>20</sup> Estas últimas estrategias parecen constituir la mejor defensa, dado que han resultado altamente relacionadas a los delitos de violencia sexual en grado de tentativa y, sobre todo, escazamente asociadas a un contrataque violento del agresor capaz de poner en peligro la integridad física de la víctima, cfr., a este propósito BERTOLINO, 1993., p. 72, también la bibliografía aquí citada.

<sup>21</sup> Otra circunstancia con efecto paralizante es que el agresor este armado, cfr., sobre el particular BERTOLINO, 1993, p. 73.

<sup>22</sup> Cass. 20 enero 1986, in Cass. pen. 1987, p. 753.



resistencia de la muchacha a su agresor", la Corte ha visto en esto una carencia de motivación convincente en la sentencia de la Corte de Apelación.

## 5. Sobre el concepto de violencia:

### *a. La nueva practica de la jurisprudencia italiana*

La falta de resistencia es un sentido del concepto de violencia acogido, en la sentencia comentada, por la Corte de Casación; éste coincide con la noción restringida, esto es con la violencia en sentido material, físico<sup>23</sup>. Noción que - como se ha dicho antes - ha sido superada por la jurisprudencia prevaleciente<sup>24</sup>, de la cual son emblemáticas algunas afirmaciones. Así, se sostiene que "no existe consentimiento válido a la relación carnal cuando el sujeto pasivo ha cedido a la voluntad del agresor sólo para poner fin a una situación que ha llegado a ser angustiosa e insoportable a causa del comportamiento del mismo agente. De donde se deduce que se da el delito en cuestión cuando la relación sexual ha sido consumada aprovechando la situación difícil y el estado de resistencia disminuida en que se encontraba la víctima"<sup>25</sup>. "El delito, por esto, subsiste no sólo cuando se haya producido una lucha capaz de dejar huellas sobre la víctima, sino también **(p. 441)** cuando ésta haya cedido sólo para poner término a una situación angustiosa e insoportable, porque tal tipo de consentimiento no es libre, sino coaccionado y cae en la noción de violencia del art. 519 c. p."<sup>26</sup>. Es siempre la Corte de casación quien afirma que para la "configuración del delito de violencia carnal es irrelevante que la relación sexual no haya sido precedido de golpes o amenazas porque la violencia existe aún fuera de la presencia de la *vis atrox* en el comportamiento del agente" (En la especie, los jueces de mérito habían afirmado la existencia de la coerción, separándola de las circunstancias del hecho)<sup>27</sup>. Consecuentemente, también según la Corte de Casación, no es necesario que la violencia consista "siempre en la aplicación de una *vis* física ... pero puede concretarse también en el carácter

---

<sup>23</sup> Sobre el concepto restrictivo de violencia, ver analíticamente BERTOLINO, 1993, p. 95 y ss.

<sup>24</sup> Ver CADOPPI, *sub art.* 3, p. 52.

<sup>25</sup> Cass. 25 febrero 1994, en *Cass. pen.* 1995, p. 2916; en el mismo sentido, Cass. 10 diciembre 1990, *ivi* 1992, 1244.

<sup>26</sup> Cass. 16 noviembre 1988, n. 179752.

<sup>27</sup> Cass. 28 octubre 1987, in *Cass. pen.* 1989, p. 79.

repentino e insidioso de la acción, por la que se sorprende y supera la voluntad contraria del sujeto"<sup>28</sup>.

La sentencia comentada al permanecer apegada al concepto restrictivo de violencia, además de ignorar las indicaciones favorables de una interpretación extensiva de tal concepto, aparece contraria al fin de la protección de la libertad sexual como interés primario de la persona. La interpretación restringida significa en realidad condicionar la protección a la modalidad de la conducta coercitiva no sólo peligrosa para la víctima, sino en contradicción con el principio que la lesión del bien libertad sexual se cumple ya con la imposición del acto sexual; esto es con la simple falta de consentimiento al mismo. Desgraciadamente, este mensaje no ha sido transmitido por el legislador de 1996 en términos suficientemente claros y rigurosos, desde el momento que ha preferido condicionar todavía la punibilidad de la violencia sexual a la modalidad de manifestaciones de la conducta coercitiva, representadas por la violencia y la amenaza. No obstante esto, la dificultad puede ser superada dando otra dirección al sentido de estos requisitos en una dirección que resulte coherente con la lógica que irradia el nuevo bien jurídico protegido.

#### *b. Las recientes experiencias normativas europeas*

La lógica del nuevo bien jurídico protegido parece, por el contrario, haber guiado de manera más segura las decisiones recientes de algunos legisladores europeos en el tema de la tipificación de la conducta de violencia sexual.

**(p. 442)** Después de un largo e intenso debate, en 1997 (33. StrAndG) y sucesivamente en 1998 (6. StrRG) ha sido finalmente reformada en Alemania la regulación de los delitos contra la libertad de determinación sexual<sup>29</sup>. En particular, para los fines que nos interesan, el legislador de 1997 ha introducido, junto a la violencia y a la amenaza, una tercera modalidad de presentarse la conducta típica de la violencia sexual, constituida por el hecho que el agente "aprovecha de una situación en que la víctima indefensa está a la disposición de su agresor" (§ 177, 1, 3: "*Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täter schutzlos ausgeliefert ist*"). Esta innovación debería atenuar los contrastes interpretativos sobre el concepto

---

<sup>28</sup> Cass. 26 febrero 1980, in Cass. pen. 1981, p. 1241; cfr. también Cass. 2 marzo 1986, *ivi* 1987, p. 715.

<sup>29</sup> Ver nota 6.

de violencia presentes en la teoría y en la práctica alemana<sup>30</sup>, favoreciendo una interpretación ajena a los aditamentos que son considerados todavía necesarios para la violencia según nuestro art. 609-bis. En realidad, objetivo primario de la ley alemana, mediante la introducción de esta tercera modalidad, ha sido de asegurar la protección justa del bien libertad sexual aún en los casos en que no sólo no resulta probada la presencia de la violencia física, sino al menos es detectable otro tipo de violencia o amenaza. En especial, el legislador buscaba, mediante la reforma, recuperar definitivamente en la regulación del § 177 las hipótesis, por lo demás frecuentes, en las cuales falta la resistencia de la víctima porque, por ejemplo, esta última ha sido aterrorizada por el miedo de una violenta reacción del agresor o cuando, conducida a un lugar aislado, no ha podido pedir ninguna ayuda. En circunstancias semejantes, la víctima no reacciona mediante cualquier reacción defensiva que le parece inútil o peligrosa<sup>31</sup>.

Esta última modificación no es, además, desconocida para el ordenamiento tedesco, en la medida en que disposiciones análogas se encontraban tanto en el viejo como en el nuevo § 179, relativo a la violencia carnal sobre personas incapaces<sup>32</sup> y en el § 237, absorbido en el el nuevo § 177, que castigaba a quien (p. 443) raptaba una mujer con el objeto de practicar actos sexuales ilegítimos, aprovechando de la situación de falta de ayuda en la que se encontraba la víctima. Pero la doctrina ya ha evidenciado que la nueva disposición del § 177 debe ser interpretada en sentido más amplio de aquel

---

<sup>30</sup> A propósito, ver BERTOLINO, 1993, p. 115 y ss.

<sup>31</sup> En doctrina, se duda aún si la tercera modalidad en que puede presentarse la conducta típica permita resolver todos los problemas relacionados con el concepto de violencia y se observa que de alguna manera el caso de la víctima incapaz de reacción por estar paralizada por el miedo hubiera podido ser fácilmente resuelto mediante la elaboración dogmática de la amenaza concluyente. Aún más existirían razones para pensar esto, si se considera que la previsión de una nueva modalidad de coerción (§ 177) podría dejar espacio para la no punibilidad de acuerdo con el § 240 (*Nötigung*) y § 249 (*Raub*), en la medida que las conductas coercitivas análogas a la contemplada en el § 177 no son tomadas en consideración expresamente por las dos normas, así LENCKNER, p. 2802; ver también HELMKEN, p. 304.

<sup>32</sup> El cual preveía y prevé que el sujeto activo aproveche de la "condición de incapacidad para resistir" de la víctima a causa de su estado físico o psíquico disminuido.

elaborado por la jurisprudencia en base a los §§ 179 y 273<sup>33</sup>. En efecto, la *ratio* de la nueva incriminación, así como su (p. 444) tenor literal *in fine* y la

---

<sup>33</sup> Sobre la dificultad de definir el ámbito exacto de operatividad del nuevo § 179 con relación al nuevo § 177 para aplicar la tercera y nueva modalidad de realización de la conducta típica, ver DESSECKER, p. 2. La misma dificultad parecería encontrar últimamente, con relación al art. 609 *bis*, la jurisprudencia italiana cuando encuadra el hecho de la violencia sexual sobre una mujer en estado avanzado de embarazo, que no consiente al acto sexual, en la medida en que le es impuesto por la violencia física, en el tipo legal de violencia sexual con abuso de las condiciones de inferioridad física o psíquica del art. 609 *bis*, 21 inc., n. 1, en vez de considerar de manera más correcta el tipo de la coerción violenta o amenazadora del inc. 1 del mismo artículo: así Cass. 9 abril 1999, *in Guida dir.* 1999, p. 16. La Casación, actuando así, ha demostrado no haber comprendido completamente la ideología personalista que está en la base de la reforma de 1996 también en materia de violencia sexual sobre la persona incapaz. Objetivo primario de la reforma de tal regulación es, en efecto, asegurar la justa protección a sujetos en estado de inferioridad física o psíquica; sin que esto signifique empero, como en la norma derogada, negarles el derecho a la sexualidad. Era necesario pues superar la presunción de la violencia carnal con relación a las personas incapaces, sobre las cuales se centraba la regulación de 1930, en el art. 519, 2, inc., n. 3. Tal regulación no reconocía a priori a estas personas la capacidad de consentir en materia sexual y consecuentemente les negaba su derecho a la experiencia sexual. La nueva norma, pues, puede ser aplicada sólo en los casos en los que el sujeto activo abusa de las condiciones de inferioridad de la víctima, pero no por ejercer violencia sobre una persona que no consiente, sino más bien para obtener el consentimiento de una persona que a causa de sus condiciones personales no está en medida de consentir voluntariamente. El consentimiento entonces existe, pero está viciado. La condición de inferioridad física o psíquica de la víctima importa entonces, según la nueva óptica sólo en los casos en que incide negativamente sobre la capacidad de consentir al acto sexual de parte de la víctima misma y no más, diferentemente a la anterior regulación, sobre la capacidad de la persona ofendida para resistir. En este sentido, ver entre otros, Cass. 1 diciembre 1996, *in Riv. pen.* 1997, p. 383: « A la luz de esta nueva regulación... a toda persona en condiciones de inferioridad -comprendidos los enfermos mentales- ha sido asegurada una esfera de manifestación de su individualidad para que se exprese en toda libertad, en la cual la relación intrapersonal de carácter sexual debe desarrollarse plenamente. La nueva previsión, en efecto elimina la ... presunción de violencia y castiga sólo las conductas consistentes en la inducción al acto sexual, mediante abuso de la recordada condición de

no menos importante colocación sistemática impondrían una interpretación amplia del concepto de la situación en la que la víctima indefensa está en poder del agente<sup>34</sup>, con la consecuencia, por ejemplo, de hacer completamente superflua la prueba de la presencia de la violencia psíquica<sup>35</sup>.

Con la nueva disposición del § 177, ya a nivel normativo, se han ampliado las hipótesis posibles de ser subsumidas en el tipo legal de violencia carnal, resultando así la punibilidad abiertamente anclada en la falta de consentimiento a la relación sexual, y esto en armonía con el bien categorial de la libertad de determinarse en la esfera sexual<sup>36</sup>. Además, los

---

inferioridad. La inducción tiene lugar cuando con un acto de persuasión, frecuentemente sutil o engañoso, el agente empuja o convence al partener a someterse al acto, que de otra manera no hubiera ejecutado. El abuso se produce cuando las condiciones mínimas son instrumentalizadas para acceder a la esfera íntima de la persona que, encontrándose en situación difícil, es reducida al rango de un medio para satisfacer la sexualidad de otro". Y podemos seguramente excluir que una mujer en estado avanzado de embarazo pueda ser considerada entre las personas en condiciones de inferioridad física o psíquica según el art. 609 *bis*, esto es entre las personas cuyo estado puede disminuir o directamente excluir la capacidad de consentir al acto sexual. En el caso de la sentencia de 1999, la mujer ha sido obligada a sufrir el acto sexual con violencia física, como aparece de la reconstrucción del hecho realizada por los mismos jueces, en donde la eventual situación de incapacidad habría sido en todo caso irrelevante.

<sup>34</sup> Cfr. DESSECKER, p. 1 s., quien precisa que desde el punto de vista del dolo, el agente deberá representarse el hecho que la víctima es obligada a los actos sexuales en la medida que se encuentra en aquella particular situación.

<sup>35</sup> Cfr. BGH 8 setiembre 1998, in *NStZ* 1999, p. 30. El Supremo, de acuerdo con la jurisprudencia relativa al concepto de "*hinfloren Lage*" de los §§ 221, 234 y 237, ha considerado que tal situación subsiste en relación con el delito de violencia sexual, no sólo cuando objetivamente la víctima no tiene la posibilidad de defenderse o de substraerse de algún modo a la agresión, sino también cuando esta posibilidad es disminuida de manera tal que la víctima está librada a la acción incontrolada del agente.

<sup>36</sup> Durante los trabajos de reforma, esa óptica había particularmente orientado la propuesta de Verdi consistente en renunciar a enumerar legislativamente los medios de coerción, y en prever como única característica de la conducta coercitiva aquella de ser contraria a la voluntad de la víctima. Al respecto la doctrina había demostrado como el uso de tales expresiones no habría resuelto los problemas de prueba de los delitos contra la libertad sexual, pero si hubieran

efectos en tal sentido del nuevo tipo legal ya se han hecho sentir en la jurisprudencia, que últimamente ha aplicado el nuevo § 177 en caso de ausencia de cualquier resistencia de la víctima, en una conducta de coerción sexual no comprensible, según las palabras de la misma sentencia, por el derogado § 177, en la medida que a tal conducta le faltaba el requisito de la violencia<sup>37</sup>.

**(p. 445)** Así mismo, el legislador del nuevo Código español de 1995<sup>38</sup> ha tenido bien presentes los problemas relativos a la noción de violencia y a la necesidad de que una regulación apropiada para proteger plenamente el bien libertad sexual debe tener en cuenta también las hipótesis en las cuales es difícil aplicar el sentido tradicional. Con tal fin la nueva normativa introduce

---

hecho más difícil la labor del juez, ya que la introducción de dicha fórmula todas las conductas imaginables de coerción sexual podían caer en el tipo legal de la violencia sexual. La misma doctrina concluía que el hecho de tomar en cuenta esto no hubiera podido ser considerada una razón suficiente para oponerse a la propuesta para ampliar el tipo legal de acuerdo con el perfil de la conducta típica. En efecto, la conquista de una mayor tutela de la víctima de los delitos sexuales, que derivaría de tal ampliación, representaba en todo caso un valor capaz de justificar una reforma en tal sentido. Mientras que la solución de los problemas, aun los relativos a la prueba, habría debido ser buscada en el plano de una mejor preparación y especialización de las personas que se ocupan de tales delitos, así HELMKEN, p. 305.

<sup>37</sup> BGH 9 setiembre 1997, in *NStZ* 1998, p. 132. La víctima creía equivocadamente que su agresor había cerrado con llave la puerta del departamento en el que éste la había obligada entrar y por esto, asustada, no había opuesto resistencia alguna. Los jueces reconocieron que semejante situación no hubiera podido ser comprendida en el derogado § 177, en la medida en que la situación no alcanzaba los extremos de la violencia. Al respecto, el BGH (1 agosto 1996, in *NStZ* 1997, p. 178), vigente todavía el antiguo § 177, había además precisado que el hecho de mantener relaciones sexuales sólo contra la voluntad de la mujer, aprovechando su estado de angustia (miedo), no constituía aún violencia carnal en el sentido de dicha norma.

<sup>38</sup> La reforma del Código penal de 1995 parece marcar la culminación del proceso de transformación y modernización del derecho penal sexual español, cuyo objetivo final era propiamente el de crear una regulación que constituya un instrumento eficaz de protección de la libertad sexual como parte importante de la libertad individual según los valores establecidos en la Constitución de 1978, cfr. DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos contra la libertad sexual*, in DEL ROSAL BLASCO, p. 161.

dos tipos de comportamiento delictuoso: la agresión sexual caracterizada por el empleo de violencia o intimidación y la del abuso sexual perpetrado sin el consentimiento de la víctima. El criterio fundamental para distinguir las conductas delictuosas y para graduar la respuesta punitiva, según la reforma de 1995, totalmente orientada a la protección de la libertad sexual, es la diversa naturaleza del medio coercitivo y, por tanto, el diverso grado de incidencia de la conducta del sujeto activo sobre la voluntad de la víctima para obligarla al acto sexual.

Más analíticamente, el legislador de la reforma, en el Capítulo I del título VIII, llamado de los «Delitos contra la libertad sexual», describe los delitos de agresión sexual como delitos en los que la conducta típica es caracterizada por la modalidad coercitiva de la violencia o intimidación y al interior del género agresiones individualiza las dos especies: la descrita en el art. 178 que consiste «en el atentar contra la libertad sexual de una persona», llamada figura de base, y la prevista en el art. 179 que consiste «en el acceso carnal, en la introducción de objetos o penetración oral o anal», denominada figura calificada. En el nuevo código, además, se substituye el término «fuerza», que en la vieja normativa representaba la modalidad alternativa a la intimidación (art. 429, 430), por el de violencia para resolver la polémica en torno a la naturaleza de la fuerza coercitiva<sup>39</sup>, entendiéndola como *vis* física que se ejercita sobre el cuerpo de la víctima. **(p. 446)** Todavía tal conclusión no significa que el Código español no prevea protección idónea del bien de la libertad sexual cuando la conducta coercitiva carece del requisito de la violencia física. Tal hipótesis es, en efecto, expresamente contemplada en los arts. 181 y 182, cuyo contenido parece confirmar además la interpretación de la noción de violencia de los arts. 178 y 179 como *vis* física. En términos decididamente innovadores<sup>40</sup>, también respecto a los precedentes proyectos de reforma, el legislador de 1995, junto a los delitos de agresión sexual, de los cuales en el **Capítulo I, prevé en el Capítulo II**, en los arts. 181 y 182, los de «abuso sexual», según una regulación simétrica a la del capítulo precedente, y esto en la especie del atentado contra la libertad sexual sin violencia o intimidación y sin el consentimiento de la víctima (art. 181, II)<sup>41</sup>, figura base, y en la especie de

---

<sup>39</sup> Cfr. MORALES PRATS/GARCIA ALBERO, p. 877. Cfr. también OTTS BERENQUER, art. 178 y ss., p. 915 s.

<sup>40</sup> Habla de "auténtica revolución" CUELLAR GARCIA, p. 2162.

<sup>41</sup> En realidad, esta figura criminal terminaría por desempeñar un papel residual, en función de la regulación de todas aquellas hipótesis no reducibles a las otras

acceso carnal, introducción de objetos y penetración oral o anal sin el consentimiento de la víctima o con abuso de la condición de superioridad<sup>42</sup>, figura calificada. En cuanto estos representarían hipótesis menos graves respecto a la ofensa del bien de la libertad sexual por faltar la violencia o la intimidación, se prevé un tratamiento menos severo.

El Código penal francés de 1994, finalmente, prevé también la simple coerción al acto sexual, en un único tipo legal, junto a la violencia, la amenaza y la sorpresa como modalidad típica de la conducta de agresión sexual (arts. 222-22, 222-27 ss) o de violencia sexual (art. 222-23 ss). En este contexto la violencia continua a ser comprendida como violencia física, directa y ejercitada sobre la víctima, pero esta visión restringida de la violencia se justifica, claramente, por el hecho que ella sólo constituye una de las modalidades de la realización de la conducta típica.

## 6. Derecho material y proceso

Diversamente en Italia, donde, en realidad la mal ocultada y mal comprendida exigencia de solucionar problemas probatorios ha desarrollado su efecto ya a **(p. 447)** nivel de la descripción del tipo legal de violencia sexual, condicionando al legislador de la reforma a tomar en consideración los requisitos de la violencia y de la amenaza para elaborar el tipo de delito en función a la prueba<sup>43</sup>. Pero en primer lugar, como ha sido ya justamente indicado, los riesgos derivados de una dificultad de prueba de la conducta coercitiva y, por tanto, del desacuerdo de la víctima no pueden ser decisivos

---

formas de delito, en particular a la que consiste en la comisión del acto por sorpresa, así DEL ROSAL BLASCO, p. 17 I. En el mismo sentido, CARMONA, p. 320; ver también OTTS BERENQUER, p. 938, quien precisa que el tipo legal del atentado sexual sin el consentimiento de la víctima se producirá en todas la hipótesis en que la víctima ha manifestado su voluntad contraria al acto sexual y aun cuando no ha tenido la oportunidad de manifestarla.

<sup>42</sup> En sentido crítico sobre la reforma de 1995, en sentido de la nueva regulación de los delitos sexuales resultaría confusa y heterogénea, ver CARMONA, p. 300 y s.

<sup>43</sup> Sobre la evolución histórica del tipo legal de la violencia carnal, en particular con referencia a los requisitos de violencia y de la amenaza, ver PADOVANI, 1989, p. 1301 y ss, especialmente. p. 1307: "En realidad, los modelos originarios subsisten con una tenacidad digna de mejor causa y constriñen la estructura del tejido normativo mucho más de lo que el optimismo en la capacidad reformadora de los principios induciría a creer".



para establecer las estructuras cuando se trata de formular el tipo legal. Esos deben ser resueltos en el terreno probatorio procesal «de la efectiva existencia de un ‘desacuerdo real’ o también de un ‘consentimiento putativo’, mediante el atento análisis de la secuencia interpersonal en su complejidad». Y a falta de unívocos elementos probatorios restan válidos «los comunes principio del *in dubio pro reo* y del art. 59, inc. 4»<sup>44</sup>.

Asumir tal posición no significa negar los riesgos derivados de una norma llamada a disciplinar la compleja dinámica interpersonal que caracteriza las relaciones sexuales, sino más bien preguntarse si tales riesgos son suficientes para legitimar una dependencia del tipo legal penal a las exigencias procesal probatorias, al punto de influenciar la descripción normativa ya en el plano de la tipicidad. Y consecuentemente significa preguntarse si la previsión de la violencia y de la amenaza como requisitos de la tipicidad de la conducta coercitiva está en medida de resolver los delicados problemas probatorios que caracterizan los delitos sexuales.

En cuanto al primer cuestionamiento, referido al problema más general de la posibilidad práctica de las teorías y de los conceptos penales, la respuesta sólo puede ser negativa. En efecto – como hace tiempo lo ha explicado la doctrina – es «exacto que no pueden elaborarse teorías penales que, aunque abstractamente (**p. 448**) impecables, se revelan luego imposibles de ser verificadas concretamente; a su vez, tampoco es correcto que una teoría o concepto sea elaborado exclusivamente en función a su aplicación práctica»<sup>45</sup>. Y la práctica de la jurisprudencia en favor del concepto amplio de violencia exige primeramente confirmación de la exactitud de tales afirmaciones. Si la reconstrucción del concepto de violencia debería obedecer sólo a puras exigencias de orden procesal relacionadas con la prueba del desacuerdo, probablemente el único contenido de tal noción en

---

<sup>44</sup> MANTOVANI,, app., p. 5, nota n. 4. Según HILLENKAMP, p. 870 y ss, con respecto a algunos tipos legales contra la autodeterminación sexual se puede extraer la consecuencia de no haberse superado la dificultad de prueba de algunos elementos del delito en particular de índole psíquica, por ejemplo la falta de consentimiento al acto sexual. Frente a esta dificultad, mientras subsiste la marcada sospecha que un delito sexual haya sido cometido de alguna manera, la practica alemana, en lugar de resolver según las reglas procesales como la del *in dubio pro reo*, ha condenado al imputado por el delito diferente y menos grave de injuria o de sustracción de menores, cuando la víctima era menor de 18 años.

<sup>45</sup> BRICOLA, p. 1262.

medida de satisfacerlas plenamente sería el criterio restrictivo, coincidente con la violencia física, material. Este sólo podría garantizar la superación de la dificultad probatoria inherente a la comprobación del desacuerdo de la víctima respecto a los actos sexuales. Pero tal interpretación constituiría una distorsión conservadora y de involución contraria a las consolidadas adquisiciones de la protección de la persona aún en su esfera sexual, que resulta del todo inaceptable. Y esto a mayor razón en el contexto de la reforma de 1996, que ha clasificado también los delitos sexuales según el bien categorial y general de la persona, en concordancia con las indicaciones constitucionales. El necesario carácter práctico procesal de la regulación material no debe pues ser buscada en términos absolutos. Así en la alternativa de las posibles regulaciones debería escogerse aquella caracterizada por la posible practica judicial<sup>46</sup>.

Para lograr tal preferencia es necesario que el legislador evite insertar en el tipo legal no sólo conceptos impracticables, sino también conceptos que en su dimensión de mayor posibilidad de práctica procesal sean considerados incompatibles con la exigencia de la protección. En cuanto a la noción de violencia, la actitud hacia la práctica procesal es importante la predominancia de la exigencia de la protección sobre la de la comprobación procesal. Justamente, al propósito se debe señalar que a las afirmaciones del primer tipo la jurisprudencia prevaleciente ha respondido renunciando al concepto restrictivo de violencia, aunque éste fuese más conforme a la exigencia probatoria. Frente a este proceso de espiritualización, de desmaterialización de la violencia hasta hacerla coincidir con la coerción, razones de practicabilidad procesal han impulsado a la misma práctica a afinar los criterios de comprobación de la coerción. La jurisprudencia ha así intentado una reconstrucción de la noción de violencia operando una conversión desde una perspectiva exclusivamente objetiva, centrada sobre la naturaleza violenta en sentido físico de la conducta coercitiva, y también una **(p. 449)** subjetiva de tipo interpersonal, atenta esto es a la situación psíquica de coerción de la víctima en relación con la conducta de su agresor y al contexto en el que la conducta tiene lugar<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. BRICOLA, p. 1263, quien considera que la practicabilidad procesal de la regulación substancial debe ser de "imputar a los vínculos actuando sobre el legislador".

<sup>47</sup> Subraya por último como resulta "más conforme a la lógica de la apreciación penal un análisis de tipo sintético, esto es orientado a deducir el significado de la

Pero como casi todos los fenómenos psíquicos<sup>48</sup>, también aquel del estado de coerción puede escapar fácilmente a una segura comprobación procesal y por esto exponerse al reproche de carencia del requisito de determinación<sup>49</sup>, aun cuando la norma resultara inteligible. Con el principio de determinación la doctrina, junto a la Corte constitucional, ha señalado la exigencia que las normas penales describan hechos, situaciones, que no sólo correspondan a la realidad, sino que sean susceptibles de ser comprobadas en el proceso mediante los criterios de la ciencia y de la

---

violencia carnal de una 'compleja valoración de toda la vivencia' sometida a juicio", FIANDACA, p. 509.

<sup>48</sup> Es de pensar en los problemas de constatación del dolo, de la culpa y, en general, de la culpabilidad como posibilidad de obrar de otra manera.

<sup>49</sup> Es propio a la verificabilidad procesal de ciertos elementos del tipo legal, el requisito fundamental de subsistencia del tipo legal mismo ex art. 25, 21 co. Cost., ha dicho la Corte Constitucional (Corte Cost. 8 junio 1981, in *Giur. così*. 1981, p. 806 y ss.) para declarar la ilegitimidad consitutucional del delito de plagio. La Corte en esa ocasión ha destacado el doble contenido del principio de legalidad a nivel de la interpretación: como principio di precisión y como principio de determinación. Ha afirmado que "en la declaración del art. 25 que impone expresamente al legislador formular normas conceptualmente precisas bajo la exigencia semántica de la claridad y de la comprensión de los términos utilizados, debe lógicamente comprenderse la obligación de formular hipótesis que expresen hechos que correspondan a la realidad". La norma sobre el plagio perdió todo sentido aún respecto a la determinación: "No se conoce ni son precisables los modos como se puede efectuar la acción psíquica del plagio, ni como puede ser alcanzada la situación de total sujeción que caracteriza este delito, ni si para la existencia de esta situación sea necesaria la continuidad de la acción del plagiador en el sentido que, si la voluntad de éste no se orienta más hacia la víctima, cesa el estado de total sujeción del plagiado. No es necesario por tanto (non è dato) conocer si el efecto de la acción de plagio sea permanente y duradera o si puede desaparecer en cualquier momento por voluntad del autor o aún porque no persista la actividad de éste o por otras causas. Tampoco, si se conoce que la facultad de determinación del plagiado puede ser la consecuencia de un cambio de la decisión del delincuente o de una diversa dirección dada la determinación del plagiante o di una diversa direzione data al determinismo de éste... ». Por tanto, todo esto no vale con referencia al fenómeno psíquico de la coerción, respecto al cual se conocen bien, y la jurisprudencia los ha evidenciado, los modos con los cuales puede ejecutarse la acción psíquica de la coerción".

experiencia<sup>50</sup>. A estos requisitos se ha referido la jurisprudencia también en el tema de la violencia sexual, demostrando que también cuando la coerción no ha asumido los caracteres de la violencia material, mediante **(p. 450)** parámetros como el de la víctima media, sea posible llegar a comprobar el desacuerdo respecto al acto sexual de parte de la persona ofendida<sup>51</sup>. Por tanto, no son ciertas razones de determinación del tipo legal que imponen la fidelidad a los requisitos de la violencia y de la amenaza de la conducta típica, sino puras exigencias procesales que, como se ha demostrado, al menos en este caso no corresponde cumplir al tipo legal material.

Ahora, es necesario pasar al segundo cuestionamiento, que se refiere al terreno general de las relaciones entre los principios del derecho penal material y la legislación procesal. Esto corresponde a la cuestión de si la vinculación del tipo legal de violencia sexual a los requisitos de la violencia y de la amenaza es capaz efectivamente de resolver los problemas probatorios de un tipo legal, cuyo desvalor está centrado en el hecho de imponer a la víctima actos sexuales ilícitos y no sobre la modalidad de la realización de la conducta, la que debe entonces en esta óptica reputarse libre. Si aquí también el derecho penal está llamado a regular la compleja materia de las relaciones interpersonales de tipo sexual, cargada de significados ambiguos y de malentendidos verdaderos o presuntos que hacen difícil la comprobación del hecho a nivel procesal, la respuesta sólo puede ser negativa. En tal sentido, basta recordar lo explicado antes sobre el concepto de violencia. Sólo el concepto restrictivo puede ofrecer un parámetro seguro de valoración del desacuerdo y asegurar una solución cierta a los problemas probatorios. Pero una reconstrucción interpretativa de este género resulta seguramente contraria a los fines de protección de la norma, que —como hemos visto— excluye ahora para integrar la violencia o amenaza en el tipo legal del art. 609-bis se requiere la violencia entendida como coerción física. En este punto, los requisitos del tipo legal de violencia y de amenaza no están más en medida de cumplir las exigencias probatorias en función de la razón por la que han sido introducidas. Instancias fundamentales de tutela

---

<sup>50</sup> Respecto a todo esto último, MARINUCCI/ DOLCINI, p. 99 y ss.

<sup>51</sup> Ver también Cass. 6 febrero 1997, n. 207298, en la que se ha precisado que la antijuricidad de la conducta de violencia sexual "queda distinguida ... por un requisito objetivo de la concreta y normal idoneidad del comportamiento para comprometer la libertad de autodeterminación del sujeto pasivo en su esfera sexual ...".

han plasmado el contenido al punto de hacerlo no más funcional para la satisfacción de las instancias probatorias y por tanto inútiles.

La única manera de conciliar la instancia substancial de la protección de la persona con la procesal de la prueba está en un tipo legal en el que la tipicidad de la conducta se base sobre la pura índole coercitiva de ésta. También en el **(p. 451)** nuevo proceso penal pueden encontrarse ulteriores indicaciones en favor de una diferente técnica de configuración de la conducta típica de violencia sexual. Los principios de oralidad y del contradictorio de la prueba, en el respeto de la dignidad de la víctima<sup>52</sup>, deberían ofrecer suficiente garantía probatoria de la voluntad contraria de la persona ofendida, aun en una materia tan delicada. Lo recuerda la misma Corte de Casación, la que ha recientemente confirmado que para los fines de la comprobación del delito de violencia carnal las "declaraciones dadas por la víctima del delito, a quien la ley confiere la capacidad de testificar, pueden ser admitidas como fuentes de convencimiento al igual que otras pruebas sin necesidad de apoyo externos". Todavía, precisa justamente la Corte, "el juez no está exento de realizar un examen sobre la credibilidad intrínseca del declarante, que debe ser particularmente riguroso cuando se carezca de datos objetivos emergentes de los actos con relación a la persona ofendida"<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Ver las disposiciones procesales de protección de la víctima de los delitos sexuales introducida por la ley del 15 de febrero de 1996, n. 66, art. 15; ver también el art. 12, que prevé la nueva contravención de divulgar los datos generales o de la imagen de la persona víctima de violencia sexual.

<sup>53</sup> Cass. 22 enero 1997, n. 207642. Afirmaciones semejantes parecerían ser confirmadas en recientes investigaciones empíricas llevadas a cabo en algunos países del *common law*, los cuales han indagado sobre la características peculiares de los procesos por delitos de estupro con relación a procesos por otros delitos, en el caso particular el de "*assault*". Y bien, estos estudios parecen desmentir las opiniones prevaletentes según las cuales el proceso por estupro se diferencia de cualquier otro proceso, sobre todo, con relación al modo de tratar y considerar la víctima, por ejemplo, sometiéndola a demandas que raramente serían planteadas en otro tipo de proceso. De estas investigaciones han aparecido numerosas semejanzas entre procesos por estupro y los procesos por "*assault*", sobre todo en el modo de desarrollar la *cross-examination* con la finalidad de reconstruir el hecho. Así como en el proceso por estupro, también en los de delito de "*assault*" es puesta en duda la personalidad, el carácter y la credibilidad de la víctima; se indaga sobre sus hábitos, en particular de consumo de alcohol, sobre su estabilidad mental y emotiva. En

(p. 452) La nueva simbiosis entre el derecho y proceso aparece entonces en condiciones de desarrollar orientaciones de interpretación que se revelan no conformes a la *ratio* del tipo legal de la violencia sexual. La vitalidad y supervivencia de estos últimos es atestada no sólo por la sentencia comentada, sino también por las sentencias referentes a la violencia privada, en las que resurge la idea que para "integrar el delito ... ex art. 610 c. p., no es suficiente una conducta que hubiese determinado una situación de 'coerción' siendo necesario que tal conducta haya sido ejecutada con violencia o amenaza"<sup>54</sup>. Pero también en materia de violencia privada la

---

resumen, muchas de las tácticas defensivas parecen ser "instrumentos de trabajo" standards más que tipos de procesos por "rape". No sólo, no obstante las diferencias aparecidas respecto a la concreta modalidad de realización del hecho (la violencia sexual es cometida frecuentemente sobre una mujer conocida, es consumada en casa privada o en un vehículo y sin testigos, la principal línea defensiva es de afirmar que la víctima estaba de acuerdo; mientras el "assault" tiene generalmente como víctima un hombre y es probable que la víctima y el agresor no se hayan jamás antes encontrado, la agresión se produce en un lugar público con presencia de testigos, indudables daños físicos en la víctima, el imputado sostiene la legítima defensa), no ha sido posible concluir afirmando que en los procesos de estupro la defensa es más fácil. En realidad, el porcentaje de absoluciones por delito de "assault" sería mayor que en caso de delito de "rape", así últimamente, BRERETON, p. 242 y ss.

<sup>54</sup> Cass. 30 setiembre 1998, n. 211927, hecho relativo al bloqueo de un vehículo mediante un tractor aparcado intencionalmente de modo que la víctima no podía, de ningún modo, desplazar su vehículo, respecto al cual la Corte non ha aceptado la presencia de violencia. Además, la previsión en el § 177 StGB como tercera modalidad coercitiva, junto a la violencia y a la amenaza, constituida del aprovechamiento de una situación en la cual la víctima sufre pasivamente la violencia sexual por incapacidad para reaccionar por miedo o por que considera inútil o peligrosa cualquier reacción defensiva, parece encontrar justificación también en el fin de evitar que pudiese prevalecer también en la práctica referente a la violencia sexual la interpretación más restrictiva del concepto de violencia; la misma que se consolida en la jurisprudencia, en especial constitucional, en el ámbito de la violencia privada (al respecto ver, últimamente, HERZBERG, 1997, p. 251 y ss; Id., 1998, p. 21 1; HOYER, p. 453, con particular referencia al comportamiento de los trabajadores en huelga que, mediante una conducta llamada de bloqueo, impiden que los otros trabajadores accedan a sus puestos de trabajo; cfr. también BERTOLINO, 1993, p. 113 y ss). El legislador alemán de la reforma, también bajo esta orientación, ha vuelto a manifestar

doctrina parece haber en definitiva aclarado que la violencia no debe más ser entendida en términos de una necesaria coerción física. La ampliación del concepto de violencia sexual conseguida así en general constituye un elemento ulterior de apoyo a la nueva idea de violencia sexual que la consciencia social ha querido introducir en nuestro ordenamiento y que la reforma de 1996 ha tratado de concretizar.

---

expresamente su acuerdo en favor de un concepto amplio de conducta coercitiva al acto sexual, cfr. BT-DRucks. 13/7324, p. 6; cfr. a propósito OTTO, p. 212 y ss.