

## LA IMPUTACIÓN DE LA VIOLACIÓN SEXUAL Y LA SOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA ANTE LA PROBLEMÁTICA DE LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA



**DR. SILFREDO JORGE HUGO VIZCARDO**

Profesor Titular Principal de Derecho Penal UNMSM. Profesor de Derecho penal Facultad de Derecho UIGV.

Catedrático de la unidad de Post Grado UNMSM Magister y Doctor en Derecho por la UNMSM.

Docente investigador y autor de diversos libros en materia penal Lima - Perú. Junio 2012

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN: Problemática jurídica objeto de tratamiento, **CAPÍTULO I:** Aspectos generales de identificación de la problemática sobre la protección sexual de adultos y menores.

1. Violación: Antecedentes históricos. 2. Concepto de violación. 3. El bien jurídico protegido: Evolución. 4. Libertad e indemnidad sexuales: Conceptualización. 5. Marco de la protección jurídico penal. **CAPÍTULO II:** Violación sexual: Su forma básica y modalidades agravadas. 1. Conceptualización. 2. Representación típica. 3. Bien jurídico protegido. 4. Sujetos de la acción: Autoría y participación. 5. La acción objetiva. 6. El tipo subjetivo. 7. Consumación y tentativa. 8. Tipicidad agravada. 9. Apreciación de la prueba. **CONCLUSIONES, BIBLIOGRAFÍA.**

### **RESUMEN:**

Tanto en la doctrina como en la legislación, ha quedado suficientemente establecido, que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual. La esencia de este atributo personal se cifra en la facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propias y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloquen en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión. Ante ello el Estado asume como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual. Siendo que al efecto resulta

necesario abordar la solución del tema sobre la debida y adecuada apreciación de la prueba en los delitos sexuales, que ya ha sido objeto de tratamiento del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (06-12-11).

### **PALABRAS CLAVES:**

Imputación y prueba violación sexual

### **INTRODUCCIÓN: PROBLEMÁTICA JURÍDICA OBJETO DE TRATAMIENTO.**

Tanto en la doctrina como en la legislación se reconoce que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo de disponer ante sí y frente a los demás de su propio sexo con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.

La esencia de este atributo personal se cifra en



la facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propias y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloquen en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión.

En este sentido, surgen como aspectos integrantes del bien jurídico a proteger, elementos positivos y negativos. Así, desde la perspectiva positiva, asegura la libre disposición de la sexualidad sin mayor limitación que el derecho ajeno. En su acepción negativa, se vincula con la facultad de rechazar toda agresión o comportamiento, o con el consentimiento inválido o viciado, a otro en un contexto sexual determinando que no se desea (Cfrme: Castillo Alva: Tratado de Los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Pág. 26).

Sin duda, nos dice Díez Ripollés, la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las investigaciones jurídico penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos. Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad.

Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el Derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del Derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad ("Delitos

Contra la Libertad Sexual, 1999, pág. 217-218).

La libertad sexual se configura como una concreción de libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales (Morales Prats – García Alberó: "Delitos Contra la Libertad Sexual, 1996, Pág. 228). El concepto de libertad sexual propuesto es coherente con la idea, plenamente asentada, de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas.

En ese contexto valorativo no ha de extrañar que un Derecho penal que interviene frente a ataques sustanciales contra los presupuestos básicos de un orden social entre cuyos fundamentos se encuentra el libre desarrollo de la personalidad, tenga como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual.

Ante ello el Estado asume como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual. Siendo que al efecto resulta necesario abordar la solución del tema sobre la debida y adecuada apreciación de la prueba en los delitos sexuales, que ya ha sido objeto de tratamiento del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (06-12-11).

Así, la Corte Suprema, reunida en Pleno Jurisdiccional, abordó el tema, bajo la premisa de que existe un criterio estadístico de absoluciones (90%), en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), estimándose que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria.

Asimismo, se entiende que algunos sectores de



la comunidad, asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policias, Fiscales y Jueces.

En tal sentido, la Corte Suprema, identifica como *los problemas objeto de análisis jurisprudencial, los siguientes:*

1. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal, la vinculada a la resistencia o no de la víctima -alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.

2. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia.

3. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

4. Evitación de una victimización secundaria.

## CAPÍTULO I

### Aspectos generales de identificación de la problemática sobre la protección sexual de adultos y menores

#### 1. Violación: Antecedentes históricos

La violación, entendida como conducta trasgresora, que implica el acceso carnal practicado contra la voluntad de la víctima, ha merecido históricamente el repudio social y el reproche legal. Históricamente es posible apreciar como las más antiguas legislaciones se ocupaban de su sanción, inclusive aplicando las más severas penas.

En la Babilonia de la antigüedad, el Código de Hammurabi sancionaba drásticamente la violación, que era una conducta considerada agravada y que atentaba no solamente contra la víctima de manera individual, sino que su

efecto dañoso se proyectaba a la sociedad en su conjunto. Igualmente, primando criterios místicos y de completa sujeción a la divinidad, propia de la época, se consideraba incluso que tal conducta agraviaba a los mismos dioses, por lo que generalmente se sancionaba con pena de muerte (el garrote y el ahorcamiento público fueron muy comunes para efectivizar el castigo).

Al respecto, el derecho hebreo era mucho más drástico, pues contenía penas verdaderamente draconianas y absolutamente desproporcionadas. Extendía los efectos de la responsabilidad incluso a terceros no participantes en el acto de violación. Se llegaba al extremo de sancionar con la muerte al violador, y hacer extensiva dicha pena incluso a sus familiares más cercanos.

En Roma, conforme lo normado en el Digesto (Ley V, Título VI), se castigaba incluso con pena de muerte a quienes ejercían violencia para lograr el acceso sexual o carnal, no interesando la condición de casada o soltera de la víctima. La violación se conoció en el Derecho Romano como estupro violento <<stuprum violentum>>.

El Derecho Canónico también sancionaba la violación, introduciendo una curiosa forma de discriminar la incidencia de la pena a imponer. Así, se sancionaba con pena de muerte cuando la violación se realizaba sobre una mujer virgen a la que se mancillaba doblemente al producir de esta manera su desfloración. Pero, si la violación se producía sobre una mujer que ya no era virgen, la pena era de naturaleza más leve, no considerándose en este supuesto como violación.

Observamos, de acuerdo a lo que la historia muestra, que la violación siempre ha sido objeto del más profundo reproche, siendo que en la antigüedad, así como en la edad media (e incluso muy adentrada la edad moderna), la respuesta punitiva era fundamentalmente la pena de muerte.

En España, el Fuero Juzgo castigaba al noble con 100 azotes y al siervo a morir quemado en



caso de ser autores de violación. El Fuero Viejo de Castilla sancionaba con pena de muerte a quien forzara a una mujer, fuera o no virgen. También las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o yaciere con alguna de ellas por fuerza (Fontán Balestra, Tratado de Derecho penal, pág. 59).

En el incanato, la violación se sancionaba de distintas formas, como por ejemplo, la expulsión del pueblo, el linchamiento, entre otras y sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes.

Durante la época colonial, en el Perú tuvo vigencia la legislación ibérica de la época, que se aplicó de manera absolutista y discriminatoria (la cifra negra de la criminalidad aumenta ostensiblemente debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestros indígenas <García del Río, Delitos Sexuales, 2004, pág. 5>).

Durante la época republicana en nuestro país, el Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava ("De los delitos contra la honestidad"), Título II, los delitos de violación, estupro, raptó y otros delitos, disponiendo que: "El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado...En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impuber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido" (Art. 269).

El Código penal de 1924 recogía los así llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales dentro de la rúbrica genérica de los delitos contra las buenas costumbres, los cuales se ubican a su vez en el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo de dicho cuerpo normativo. Por su parte, el legislador de 1991, quita de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual (Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de "delitos contra la

libertad, Capítulo IX "violación de la libertad sexual".

## 2. Concepto de violación

En su significación más generalizada, nos dice Tiegui (Delitos Sexuales, T I, pág. 166), la violación puede definirse como la conducta consistente en tener acceso carnal violento o con víctima a la que la ley penal considera incapacitada para consentir sexualmente.

En un sentido más amplio, nos dice Lama Martínez, la violación puede conceptuarse como el acceso carnal obtenido o procurado mediando violencia o sin el consentimiento de la víctima. Al decir "sin consentimiento de la víctima", la doctrina pretende comprender todas las hipótesis conductuales en las cuales la ley penal presupone *juris et de jure* la incapacidad absoluta de consentir (los menores de cierta edad); y también aquellas otras en las que la víctima se encontraba incapacitada, por su estado mental, de dar razonadamente tal consentimiento o psicofísicamente imposibilitada para resistir ("Aspectos Críticos del Bien Jurídico en los Delitos Contra la Libertad Sexual", 2003, Pág. 27).

Desde la perspectiva normativa nacional, y conforme la modificación legislativa introducida mediante Ley 28251 (8 de junio de 2004), se entiende por violación el acceso carnal, no deseado, no permitido o imposible de tenerse por aceptado, sea por vía vaginal, anal o bucal o realizado mediante otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

Partiendo de este concepto genérico de violación, es posible en la actualidad establecer una clasificación dogmática de las diversas conductas que integran el catálogo delictivo de la violación. Así, si se trata de menores o adultos imposibilitados de consentir, aparece la que en doctrina se denomina "violación presunta". Si el acceso se logra instrumentalizando el engaño, tenemos el delito de "seducción". Completan esta estructura las conductas de violación en las que el agente utiliza violencia o grave amenaza, para obligar el acceso carnal.



### 3. El bien jurídico Protegido: Evolución

La legislación penal en materia de atentados contra la sexualidad, se sustenta en una larga y arraigada tradición moralista, que se remonta a la época colonial. Así, refiere Hurtado Pozo, se aprecia un marcado sistema estratificado, dependiente de una concepción religiosa y moral discriminadora de la mujer (Delitos sexuales y derechos de la mujer....2000, págs. 23-26).

El Código penal de Santa Cruz, vigente en el Estado Sud-Peruano de la confederación Peruano-Boliviana (1836-1838), influenciado principalmente por el C.P español de 1822, el Código Napoleónico de 1810 y el derecho histórico español (Cfme. Villavicencio, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", 1990, pág. 73), implemento un sistema normativo de gran contenido moral, que a decir de Caro Coria y San Martín Castro ("Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", 2000, págs. 59-60), determinó la presencia de un catálogo de moralidad sexual donde sólo el hombre podía realizar los comportamientos punibles de "abusos deshonestos", teniendo como víctima principalmente a la mujer, sólo el varón menor de edad ("impúber") podía ser objeto de delito sexual. A esta desigualdad, se añadió la de otorgar mayor tutela a la mujer "honesta" frente a la "pública conocida por tal", dada la desaprobación social (moral) de su conducta pública. Se sancionaba, por ejemplo, el abuso de una mujer honesta (previéndose como circunstancia atenuante que la violentada fuere "mujer pública, conocida por tal" <Art. 421>), la seducción con cópula carnal de una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad y menor de 17 años (Art. 422), el abuso deshonesto de una "mujer no ramera, conocida como tal" mediante matrimonio fingido, previéndose una atenuante si fuere "mujer pública conocida como tal" (Art. 568), entre otras conductas típicas.

El Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava ("De los delitos contra la honestidad"), Título II, los delitos de violación, estupro, raptó y otros delitos, disponiendo que: "El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del

uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado....En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impúber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido" (Art. 269). Es de apreciarse, del contenido normativo de este código, que el legislador de la época, influenciado todavía por la legislación y doctrina ibérica, mantuvo en sus disposiciones un marcado contenido moralista, y como bien aprecian Caro Coria y San Martín Castro (ob. Cit. Pág. 60), la discriminatoria concepción unilateral de la agresión sexual (hombre-autor vs. Mujer-víctima, salvo en el delito de sodomía). Asimismo, aunque renunció a la diferencia entre "mujer Honesta" y "mujer pública", con mayor casuística condicionó el grado de tutela según la mujer fuera "virgen", "doncella", "casada" o "viuda", honestas. Ello se aprecia en la definición de los comportamientos punibles, al sancionar por ejemplo la violación de una virgen impúber (aún con su consentimiento), o a una mujer casada fingiendo el autor ser su marido (Art. 269), el estupro de una virgen mayor de 12 y menor de 21 años, mediante la seducción (Art. 270), o la sodomía (Art. 272).

El Código penal de 1924, evidencia un alejamiento de las fuente española para nutrirse fundamentalmente de una evidente influencia helvética (Hurtado Pozo, en su "ley Importada", refiere la influencia que el Código Maúrtua recibe del Proyecto Suizo de 1918). Este Código recogía los así llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales dentro de la rúbrica genérica de los delitos contra las buenas costumbres, los cuales se ubican a su vez en el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo de dicho texto punitivo. Este cuerpo normativo punitivo, novísimo y de avanzada para la época, tampoco logró sacudirse completamente del contenido moralista que siempre caracterizó a los delitos sexuales. Ello se aprecia desde la perspectiva misma del nomen iuris utilizado: "Delitos contra la libertad y el honor sexuales". Se hacía referencia también a conceptos de "buenas costumbres", "conducta irreprochable, etc. Asimismo, no se consideraba como sujeto



### 3. El bien jurídico Protegido: Evolución

La legislación penal en materia de atentados contra la sexualidad, se sustenta en una larga y arraigada tradición moralista, que se remonta a la época colonial. Así, refiere Hurtado Pozo, se aprecia un marcado sistema estratificado, dependiente de una concepción religiosa y moral discriminadora de la mujer (Delitos sexuales y derechos de la mujer... 2000, págs. 23-26).

El Código penal de Santa Cruz, vigente en el Estado Sud-Peruano de la confederación Peruano-Boliviana (1836-1838), influenciado principalmente por el C.P español de 1822, el Código Napoleónico de 1810 y el derecho histórico español (Cfme. Villavicencio, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", 1990, pág. 73), implementó un sistema normativo de gran contenido moral, que a decir de Caro Coria y San Martín Castro ("Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", 2000, págs. 59-60), determinó la presencia de un catálogo de moralidad sexual donde sólo el hombre podía realizar los comportamientos punibles de "abusos deshonestos", teniendo como víctima principalmente a la mujer, sólo el varón menor de edad ("impúber") podía ser objeto de delito sexual. A esta desigualdad, se añadió la de otorgar mayor tutela a la mujer "honesta" frente a la "pública conocida por tal", dada la desaprobación social (moral) de su conducta pública. Se sancionaba, por ejemplo, el abuso de una mujer honesta (previéndose como circunstancia atenuante que la violentada fuere "mujer pública, conocida por tal" <Art. 421>), la seducción con cópula carnal de una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad y menor de 17 años (Art. 422), el abuso deshonesto de una "mujer no ramera, conocida como tal" mediante matrimonio fingido, previéndose una atenuante si fuere "mujer pública conocida como tal" (Art. 568), entre otras conductas típicas.

El Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava ("De los delitos contra la honestidad"), Título II, los delitos de violación, estupro, raptó y otros delitos, disponiendo que: "El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del

uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado... En la misma pena incurrirá el que viole á una virgen impuber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido" (Art. 269). Es de apreciarse, del contenido normativo de este código, que el legislador de la época, influenciado todavía por la legislación y doctrina ibérica, mantuvo en sus disposiciones un marcado contenido moralista, y como bien aprecian Caro Coria y San Martín Castro (ob. Cit. Pág. 60), la discriminatoria concepción unilateral de la agresión sexual (hombre-autor vs. Mujer-victima, salvo en el delito de sodomía). Asimismo, aunque renunció a la diferencia entre "mujer Honesta" y "mujer pública", con mayor casuística condicionó el grado de tutela según la mujer fuera "virgen", "doncella", "casada" o "viuda", honestas. Ello se aprecia en la definición de los comportamientos punibles, al sancionar por ejemplo la violación de una virgen impúber (aún con su consentimiento), o a una mujer casada fingiendo el autor ser su marido (Art. 269), el estupro de una virgen mayor de 12 y menor de 21 años, mediante la seducción (Art. 270), o la sodomía (Art. 272).

El Código penal de 1924, evidencia un alejamiento de las fuente española para nutrirse fundamentalmente de una evidente influencia helvética (Hurtado Pozo, en su "ley Importada", refiere la influencia que el Código Maúrtua recibe del Proyecto Suizo de 1918). Este Código recogía los así llamados delitos contra la libertad y el honor sexuales dentro de la rúbrica genérica de los delitos contra las buenas costumbres, los cuales se ubican a su vez en el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo de dicho texto punitivo. Este cuerpo normativo punitivo, novísimo y de avanzada para la época, tampoco logró sacudirse completamente del contenido moralista que siempre caracterizó a los delitos sexuales. Ello se aprecia desde la perspectiva misma del nomen iuris utilizado: "Delitos contra la libertad y el honor sexuales". Se hacía referencia también a conceptos de "buenas costumbres", "conducta irreprochable, etc. Asimismo, no se consideraba como sujeto



pasivo del delito ni a la mujer casada dentro del matrimonio, ni al varón.

Por su parte, el legislador de 1991, aunque siguiendo la fuente que constituye el Código Maurtua (1924), y por tanto, de manera indirecta, el proyecto Suizo de 1918, se preocupa en quitar de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual (Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de "delitos contra la libertad, Capítulo IX "violación de la libertad sexual". No obstante, una visión general a los delitos sexuales, permite apreciar cierto rezago de fundamentos moralizadores, como cuando se utilizan las expresiones: "seducción" (Art. 181), "ofensas al pudor público" (Capítulo XI), "obsceno" (Art. 183), "pudor" (Art. 183), etc.

En tal sentido, la política criminal peruana actual sitúa como objeto jurídico de protección, a la "libertad sexual", pero esta noción queda todavía corta de cara a la amplitud del contenido normativo protector, ya que no comprendería in extensu, la protección de la indemnidad o incolumidad sexual.

#### **4. Libertad e indemnidad sexuales: conceptualización**

Tanto en la doctrina como en la legislación, ha quedado suficientemente establecido, que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual.

El análisis del objeto de tutela, a esta época, carece de mayor complejidad tanto por la superación de criterios de antaño, vagos e imprecisos, que presididos por un fuerte contenido moralizador (sentimiento de decencia y moralidad, inviolabilidad carnal, honestidad, ofensa al honor sexual, etc.), no alcanzaron a desentrañar la genuina protección de esta importante parcela de la libertad individual, como por el carácter inconfundible del bien que hoy se resguarda en este arquetipo de conductas: la libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al

individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.

La esencia de este atributo personal se cifra en la facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propias y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloquen en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión.

De manera comprensible el Derecho penal cuida de no entrometerse en estadios tan íntimos de la personalidad del individuo como son los que atañen al sexo y a su dinámica. Abiertamente se desentiende de la opción que se les asiste al sujeto, individualmente considerado, de hacer o no utilización de las atribuciones que corresponden a su ámbito sexual. La autodeterminación de elegir el contenido del objeto venéreo, el destinatario de tal relación y la preferencia misma de la libido, son facetas plenas y subjetivas de la persona que no guardan aún ningún significado para el derecho mientras comportamientos particulares no afectan o menoscaban tan íntima esfera, lo que posibilita la intervención penal, con cariz prevalente.

Sin duda, nos dice Díez Ripollés, la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las investigaciones jurídico penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos. Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los participantes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la



actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el Derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del Derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad ("Delitos Contra la Libertad Sexual, 1999, pág. 217-218).

Es pues, la libertad sexual individual, como se ha señalado por todos los autores que se han ocupado repetidamente de la materia, el bien o interés que se ha de adecuar a la protección del delito en estudio. En definitiva, respeta y preserva el legislador el derecho que tiene el ser humano de copular o de agotar las formas imaginables del placer erótico con la persona que su voluntad señale, el de negarse a ejecutar las funciones de su sexo con quien no fuera de su agrado y aún, el de prescindir en términos absolutos de toda actividad genésica.

En este sentido, surgen como aspectos integrantes del bien jurídico a proteger, elementos positivos y negativos. Así, desde la perspectiva positiva, la libertad sexual posee un sentido dinámico, que asegura la libre disposición de la sexualidad sin mayor limitación que el derecho ajeno (en cuanto a la elección de la pareja y el tipo de relación). En su acepción negativa, la libertad sexual asume una posición pasiva, que determina la posibilidad de poder rechazar proposiciones no deseadas respecto a la realización de ciertos actos de naturaleza sexual o a la asunción de una clase de relación sexual. La libertad sexual en sentido negativo se vincula con la facultad de rechazar toda agresión o comportamiento, o con el consentimiento inválido o viciado, a otro en un contexto sexual determinando que no se desea (Cfrme: Castillo Alva: Tratado de Los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Pág. 26).

La libertad sexual se configura como una concreción de libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social

en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales (Morales Prats - García Alberó: "Delitos Contra la Libertad Sexual, 1996, Pág. 228).

El concepto de libertad sexual propuesto es coherente con la idea, plenamente asentada, de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas.

La elección de la libertad sexual como objeto de tutela del Derecho penal sexual se relaciona con una determinada percepción de lo que supone la dimensión sexual en la vida humana y de la misión que le corresponde jugar al Derecho penal en este campo. En el primer sentido, presupuesto de la actual regulación es una valoración claramente positiva de la sexualidad, que obtiene por constituir una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con los planteamientos de auto-realización personal del individuo. El motivo por el que logra tal aprecio hace, por otra parte, que la efectiva posibilidad de desarrollar las diferentes opciones personales en este ámbito personalísimo se constituya en el punto de referencia fundamental. En ese contexto valorativo no ha de extrañar que un Derecho penal que interviene frente a ataques sustanciales contra los presupuestos básicos de un orden social entre cuyos fundamentos se encuentra el libre desarrollo de la personalidad, tenga como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual.

Pero, conforme a las ideas formuladas originariamente por la doctrina italiana y desarrollada posteriormente por algunos autores españoles, en determinadas hipótesis de los delitos sexuales no pueden afirmarse que se proteja la libertad sexual en cuanto que la víctima carece de esa libertad o, aún si fácticamente la tuviera, se considera por el legislador irrelevante. Estiman estos autores que la libertad sexual presupone, "libertad





valorativa" que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada.

Por el término libertad sexual, señala Díez Ripollés, se entiende "aquél bien jurídico por el cual toda persona ejerce la actividad sexual en libertad", es decir, la autonomía del desenvolvimiento en el ámbito de su sexualidad, pero como ha quedado anotado, es de apreciarse que existen personas que aún no pueden hacer empleo de dicha libertad de ejercicio de la actividad sexual, o si ostentándola de hecho, el legislador ha preferido prohibirla (Ob cit. Pág. 52).

Así, tenemos el caso de delitos de índole sexual contra los menores (generalmente de 14 años), donde por más consentimiento que estos brinden, ello no presenta efectos jurídicos en este aspecto, o cuando la víctima se encuentra privada de razón, y por ello no puede comprender el carácter del acto con contenido sexual, no se presentará la libertad sexual; ante este panorama, no se puede decir que en estos casos se proteja la libertad sexual, sino que deberá hacerse alusión a la indemnidad o intangibilidad sexual, como bienes jurídicos tutelados de aquellas personas que aún no pueden ejercer su sexualidad en forma libre, pero que en un futuro próximo si lo podrán hacer (sea el caso de menores o de adultos o de incapaces mentales), por esta razón el Estado les otorga protección a fin de evitar que sean manipulados o sometidos a abusos por terceras personas, atentando de esa forma su pleno desarrollo sexual.

En tal sentido, Bramont Arias Torres y García Cantizano señalan que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esta libertad, o aún si la tuviera fácticamente, ha sido considerada irrelevante (ob. Cit. Pág. 43).

Así, queda claramente definido que la indemnidad sexual corresponde a un derecho prevalente, que le asiste al menor, en salvaguarda de la intangibilidad y protección que el Estado debe brindar a una esperanza o expectativa a futuro de la posibilidad que ellos deben tener de un normal ejercicio de su sexualidad; derecho expectatio que se vería truncado o menoscabado por conductas, violentas o no, que tergiversaran la noción que a futuro debería tener el menor de su propia sexualidad, sometiéndolo a tratativas sexuales que su psiquis no está todavía en la posibilidad de entender plenamente.

Surge así la necesidad de un control penal, que, sobre la base de considerar las tratativas sexuales, incluso las permitidas por los menores, asegure la salvaguarda de la intangibilidad sexual de los mismos, surgiendo de esta manera el concepto de violación presunta, caso en el cual, por el escaso desarrollo psico-físico que presentan los menores de corta edad, lo que se presume es la violentación de su indemnidad sexual.

### 5. Marco de la protección jurídico penal

En nuestro sistema, se resguarda la protección de la libertad sexual, así como de la indemnidad sexual, en las normas contenidos en el Capítulo IX (Violación de la libertad sexual), Título IV (Delitos contra la libertad), del Libro Segundo (Parte Especial), de nuestro Código Penal:

- Violación sexual ..... Art. 170
- Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir ..... Art. 171
- Violación de persona en incapacidad de resistencia ..... Art. 172
- Violación sexual de menor de edad ..... Art. 173
- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave ..... Art. 173-A
- Violación de persona bajo autoridad o vigilancia ..... Art. 174
- Seducción ..... Art. 175
- Actos contra el pudor ..... Art. 176
- Actos contra el pudor en menores de 14 años .. Art. 176-A



- Formas agravadas ..... Art. 177
- Obligación de prestar alimentos a la prole ..... Art. 178
- Tratamiento terapéutico ..... Art. 178-A

En tal sentido, podemos sistematizar el estudio de estas modalidades delictivas, atendiendo a la siguiente clasificación:

- 1) Violación sexual: Su forma básica y modalidades agravadas.
- 2) Violación de menores: Su forma básica y modalidades agravadas.
- 3) Violación sexual en incapacidad o imposibilidad de resistir.
- 4) Violación con abuso de autoridad o vigilancia.
- 5) Seducción.
- 6) Atentados contra el pudor de adultos y menores.
- 7) Obligación alimentaria y sometimiento a tratamiento terapéutico.

## CAPITULO II

### Violación sexual: Su forma básica y modalidades agravadas.

#### 1. Conceptualización

El tipo del artículo 170 de nuestro Código penal, tipifica la conducta de quien mediante actos de violencia o coacción, somete carnal o sexualmente a otro (fuera de los supuestos específicos que la ley establece). Esta modalidad es conocida también como "violación real", "violencia carnal" o "violación sexual". En su significación más generalizada, la violación puede definirse como la conducta consistente en tener acceso carnal violento o con víctima a la que la ley penal considera incapacitada para consentir sexualmente (Tiegui: Delitos Sexuales, T I, pág. 166).

Desde la perspectiva normativa nacional, y conforme la modificación legislativa introducida mediante Ley 28251 (8 de junio de 2004), se entiende por violación el acceso carnal, no deseado, no permitido o imposible de tenerse por aceptado, sea por vía vaginal, anal o bucal o realizado mediante otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

#### 2. Representación típica

**Art. 170.- violación sexual:** El que con violencia o grave amenaza, obliga a un persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena no será menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponde:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, conviviente, de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o Vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

#### 3. Bien jurídico protegido

Tanto en la doctrina como en la legislación se reconoce que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo de disponer ante sí y frente a los demás de su propio sexo con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.



La esencia de este atributo personal se cifra en la facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propias y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloquen en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión.

En este sentido, surgen como aspectos integrantes del bien jurídico a proteger, elementos positivos y negativos. Así, desde la perspectiva positiva, asegura la libre disposición de la sexualidad sin mayor limitación que el derecho ajeno. En su acepción negativa, se vincula con la facultad de rechazar toda agresión o comportamiento, o con el consentimiento inválido o viciado, a otro en un contexto sexual determinando que no se desea (Cfrme: Castillo Alva: Tratado de Los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Pág. 26).

#### 4. Sujetos de la acción: Autoría y participación

A diferencia de la orientación seguida en nuestro Código derogado de 1924, en el que el objeto de protección era la "libertad sexual genital de la mujer" (Art. 196), en cuya vigencia la víctima del delito sólo podría serlo la mujer (incluso "fuera de matrimonio"), el vigente Código penal tutela de manera inclusiva y completa, la "libertad sexual de las personas", sin distinción de género u otro tipo de consideraciones u opciones sexuales.

El tipo se representa genérico, por lo que cualquiera puede constituirse como sujeto activo. En este contexto, es posible la coautoría y las formas de participación delictiva. Por ser un tipo de propia mano no es posible la configuración de la autoría mediata.

La conducta de quien practica el acto sexual o análogo sobre un cadáver resulta atípica.

El sujeto pasivo también es genérico (en este

caso mayor de edad), no interesa su sexo u opción sexual ni su condición personal, social o moral (caso de las prostitutas u homosexuales).

#### 5. La acción objetiva

De acuerdo al tipo, los elementos materiales requeridos para la constitución del delito son: La imposición no permitida de acto sexual u análogo y la instrumentalización de la violencia o grave amenaza con tal finalidad.

**a) Imposición no permitida de acto carnal u otro análogo:** Dada la orientación de nuestra legislación, en el sentido que el reproche penal no se centra estrictamente en la violentación genital, el requisito típico se refiere ahora al denominado "acto carnal" o al "acto análogo" (a diferencia de la especificación contenida en el Código derogado, que requería el "acto sexual", comprensivo de un concepto más restringido y referido sólo al acto secundum naturam).

En tal sentido y dada la extensión imprimida por el legislador al tipo penal, debe entenderse por "acceso carnal" la penetración o ingreso del órgano genital masculino en cualquiera de las cavidades u orificios naturales erógenos de otra persona, sea en su caso el conducto vaginal o el recto (por ello es que algunos autores se refieren al "coito por vía de esfínteres", entendiéndose por esfínter al anillo muscular que cierra un orificio, como es el caso del esfínter vaginal o anal).

Además, al modelo de la legislación española, la norma incluye a la introducción por vía bucal (fellatio in ore) dentro de este contexto, a pesar que la boca, a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas y por esto en su contacto con el órgano masculino no cumple una función sexual semejante a la de la vagina (Ricardo C. Núñez: "Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Pág. 125). Ampliación del tipo que para un sector doctrinario resulta cuestionable, por cuanto, sostienen que el denominado "coito bucal", no es propiamente un acto carnal, sino una forma de masturbación que tan sólo constituye un acto libidinoso atentatorio contra el pudor.



No se puede hablar de acto carnal, cuando se refiere a otro tipo de conductas, como las de frotar el pene en medio de los senos, entre las piernas o entre los glúteos; o los denominados "coito nasal y/o auditivo".

Por otro lado, la norma clarifica el concepto que se ha de tener por "acto análogo", que durante la vigencia del Código derogado, era significativo sólo del "coito anal". En la actualidad ha de entenderse por tal, la introducción o acceso de objetos o partes del cuerpo (V. gra. el dedo, la nariz, etc.), vía vaginal o anal (se descarta la introducción bucal, que de presentarse podría tipificar un delito de coacción).

Evidentemente el acceso carnal o análogo debe realizarse, sin el consentimiento o contra la voluntad de la víctima, ya que lo contrario determina la atipicidad de la conducta. Es posible que en el contexto de una relación sexual consentida, se derive a un acto de violación, que sucedería en el supuesto que la víctima exprese su disenso a proseguir el acto. Disenso que debe ser serio y expreso.

No existiendo ya el "deber conyugal", que desde la perspectiva civilista obligaba a la mujer al "lecho y techo", y dado que lo que se protege es la "libertad sexual", es posible la configuración de la violación dentro del matrimonio.

#### **b) Instrumentalización de la violencia o grave amenaza**

En este supuesto, el agente utiliza como medio para el acceso carnal, el despliegue de su propia fuerza física o material, contra el cuerpo de su víctima. El concepto jurídico de violencia, conocida ya por el derecho romano como *vis absoluta* o *vis corporalis*, involucra, como indica Roy Freyre, que el agente actúe físicamente sobre el soma de la víctima con la finalidad de obligarle a permitir lo que su voluntad no desea.

En la hipótesis legal que estudiamos, la violencia consiste en el empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ha sido ofrecida por la víctima o

para evitar una resistencia que se esperaba, obligándola de esta manera a padecer la violentación sexual o análoga (el simple sado masoquismo no es típico). Debe ser directa e inmediata, puede ser anterior o concomitante a la agresión sexual. No podríamos hablar de violencia en el sentido típico, si la víctima no ejerce aunque sea una mínima resistencia al ataque (en contraposición a ello, y no siendo nuestro caso, en el ordenamiento español existe una línea jurisprudencial relativamente reciente que ha afirmado que la resistencia de la víctima no es elemento del delito, sino la violencia del autor. De este modo se rompe con posiciones anteriores de la jurisprudencia española, que primero exigió una resistencia considerable, para pasar luego a una resistencia "razonable", mientras que ahora se contenta sin la constatación de la voluntad contraria de la víctima <Cfrme. Lama Martínez, Ob. Cit. Pág. 44>).

No es cualquier violencia la que requiere el precepto penal, debe ser de cierta intensidad y amenaza para la vida o salud de la víctima, siendo que debe ser dirigida directamente contra ella, por lo que resulta cuestionable asimilar a este concepto el caso de quien violenta a un tercero para obligarla a ceder al acto carnal (en este caso podría presentarse un supuesto de amenaza grave, si por ejemplo se violenta a la madre de la víctima).

Por su parte, la amenaza constituye el sucedáneo psicológico de la violencia física. Esta "violencia moral" era conocida en el derecho romano como *vis compulsiva*. Desde la perspectiva típica, se constituye en un anuncio del propósito de causar un mal inminente, capaz de poner en peligro la vida o integridad física de la víctima, violencia, que se constituye en el medio capaz de vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige. Por ello es que el texto punitivo hace expresa referencia a "grave amenaza".

Esta forma de coacción es fundamentalmente subjetiva, y está dirigida directa e intencionalmente a quebrantar la voluntad de la víctima. Requiere necesariamente generar intimidación en ella (estado psicológico de temor). Se constituye como una circunstancia



facilitadora de la agresión sexual, tiene como características la de ser: determinada, considerable, seria, posible e inminente. Puede instrumentalizarse antes o durante la agresión carnal u análoga y puede expresarse mediante palabras, actos o señales; por escrito o verbalmente.

La grave amenaza puede también dirigirse contra un tercero (amenazar la vida del esposo), en cuyo supuesto deberá valorarse ciertas consideraciones, como la cercanía afectiva o familiar. Nos parece que no se puede abarcar la amenaza que se haya sobre objetos o animales, ya que el texto hace referencia a una amenaza grave, que involucre poner en riesgo la vida o integridad de un ser humano.

#### 6. El tipo subjetivo

Para que el acceso carnal o análogo sea penalmente relevante, es necesario que al actuar el agente tenga conocimiento y voluntad de la agresión, y utilice conscientemente para ello la violencia o la amenaza grave.

Así, el tipo se manifiesta necesariamente doloso. En tal sentido, Frisancho Aparicio indica que: "El delito de violación es un ilícito penal exclusivamente doloso. El agente debe saber y querer violar. Sabe que viola a una mujer o a un hombre (el dolo debe abarcar también el conocimiento de las circunstancias agravantes específicas para que éstas sean consideradas por el juez). El agente debe tener la voluntad (querer) violar a la víctima (Delitos contra la libertad e indemnidad sexual... Pág. 78).

El dolo es fundamentalmente directo. El dolo eventual se representa poco probable (al respecto Castillo Alva manifiesta que el dolo eventual, pudiendo concurrir, representa un supuesto excepcional de escasa frecuencia en la práctica <La violación sexual en el Derecho Penal peruano, Ob. Cit., Pág. 94).

El tipo no exige la presencia de alguna circunstancia anímica especial (móvil mórbido, sentimiento de satisfacción o fin libidinoso), que lo determine como uno de tendencia interna.

Eventualmente es posible también la configuración del error de tipo, así como del error de prohibición.

#### 7. Consumación y tentativa

Desde el punto de vista de su clasificación típica, el delito de violación se representa como uno de resultado material y no meramente de actividad. Así, el delito se perfecciona en el momento que se produce la penetración total o parcial del pene, objetos o partes del cuerpo de la víctima. "No basta la mera finalidad de lograr cualquier acercamiento sexual, es necesario lograr el acceso, es decir la penetración total o parcial del miembro viril" (Creus, Ob. Cit., Pág. 195).

Hay quienes, partiendo del término "obliga" inserto en la norma, pretenden atribuirle al tipo características de mera actividad. Ello en atención a que por "obligar", se entiende como el hecho de compeler a alguien a realizar algo en contra de su voluntad, lo que determinaría que el delito se tendría como consumado, en el momento en el que la voluntad del sujeto pasivo se ve constreñida y se resigna al ataque sexual o con el sólo despliegue del acto intimidante del agente, que logra vencer la voluntad del sujeto pasivo.

El otro sector doctrinario (mayoritario y cuyos lineamientos teóricos son seguidos por nuestra administración de justicia), considera al verbo rector "obligar", como necesariamente comprensivo de un resultado material. Así entonces, el delito se consuma cuando se produce materialmente la introducción total o parcial.

En tal sentido, debe inferirse necesariamente que si el comportamiento del sujeto activo, no logra doblegar la voluntad de la víctima en la medida en que ésta hace, tolera u omite cosa distinta a lo exigido por el agente con la finalidad típica indicada (como por ejemplo, negarse, acudir a la autoridad, simular la aceptación, salir del país, etc.), el delito habría quedado en la fase de la tentativa, porque se trata de un hecho punible pluriofensivo de resultado, que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos: la libertad de



autodeterminación y la libertad de decisión sexual.

No interesa, a los efectos de la consumación, que se produzca o no la eyaculación o la rotura del himen, ni que el agente o la víctima hayan alcanzado el clímax sexual, o que el coito haya llegado a su perfección biológica. La consumación se produce incluso cuando la mujer es la que amenaza al varón para que la penetre (por ello la impotencia generandi no resulta relevante).

Dada la naturaleza lesivo-material del tipo, la tentativa es admisible en todas sus modalidades. Para imputación es necesario que el agente haya iniciado la acción desde la perspectiva típica, lo que consideramos no se presenta cuando tan sólo la encerró en el cuarto o le quito sus prendas, sin haber iniciado el camino de la penetración. La tentativa inidónea también es posible, como cuando el agente que adolece de impotencia erigendi (disfunción eréctil), pretende la introducción, o cuando se pretende introducir un objeto desproporcionado (pretende introducir un Código Penal).

El principio de ejecución de la tentativa en el delito de violación sexual y que marca también el inicio de la punibilidad de la conducta aparece con el empleo de la violencia o de la grave amenaza por parte del autor o coautor del hecho. La violencia se manifestará en el empleo de los golpes, maltratos o lesiones dirigidas a quebrar la resistencia del sujeto pasivo para lograr el acceso carnal (García del Río, Ob. Cit. Pág. 18).

Hay tentativa de violación por grave amenaza cuando el sujeto activo amenaza eficazmente a la víctima con realizar algún mal en su contra pero esta logra librarse del mismo o simplemente no accede al acto sexual. En estos casos la sola presencia de una grave amenaza idónea determinará la existencia de una tentativa (Castillo Alva, Ob. Cit. Pág. 99).

### 8. Tipicidad agravada

Como lo establece la norma punitiva en su parte in fine, la pena no será menor de doce ni mayor

de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponde:

a) Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. Circunstancia que revela mayor peligrosidad en atención a la multiplicidad de agentes y a la potencialidad del medio empleado, en este caso un arma de cualquier naturaleza (propia, impropia o aparente), que el o los agentes deben portar y utilizar como medio para la violentación carnal.

b) Si para la ejecución del delito, el agente se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, o abusado de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge, conviviente, de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima; o de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.

c) Si fuere cometido en evidente abuso de la función encomendada al personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o Vigilancia privada, en ejercicio de su "función pública". Entendemos el reproche sobrecriminalizado que se hace sobre el personal militar, policial e incluso sobre los miembros del serenazgo, por la función pública de cuidado, resguardo y protección encomendados por el Estado, pero no lo entendemos con claridad cuando la norma hace referencia a la "policía municipal", comprendida por trabajadores municipales desprovistos de tal función, o cuando se hace referencia a la "vigilancia privada", en cuyo caso no se presenta función pública a trasgredir.

d) Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave (enfermedades venéreas e incluso el SIDA). Este conocimiento debe ser actual y debidamente internalizado por el agente. De lo contrario podría aducirse el error de tipo con respecto a la circunstancia agravante.

e) Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.



Circunstancia mayormente reprochable en atención a la condición personal del sujeto activo. Puede tratarse de instituciones educativas públicas o privadas. Consideramos que la referencia a "centro educativo es limitativa", ya que no abarcaría a otro tipo de instituciones educativas, como institutos superiores, academias e incluso universidades.

De igual manera, y conforme a lo dispuesto por el artículo 177, si como consecuencia del delito de violación sexual se causa la muerte de la víctima o se le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado (resultado preferintencional) o si procedió con crueldad, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, para el caso de muerte y no ni menor de diez ni mayor de veinte años en caso de lesión.

### 9. Apreciación de la prueba

El tema de la debida y adecuada apreciación de la prueba en los delitos sexuales, ha sido objeto de tratamiento del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116(06-12-11), bajo la premisa de que existe un criterio estadístico de absoluciones (90%), en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), estimándose que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, se entiende que algunos sectores de la comunidad, asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policias, Fiscales y Jueces.

En tal sentido, la Corte Suprema, identifica como *los problemas objeto de análisis jurisprudencial, los siguientes:*

1. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal, la vinculada a la resistencia o no de la víctima -alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.

2. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas

de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia.

3. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.

4. Evitación de una victimización secundaria.

### 1. Primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual

**Fundamento 21°.** El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

### 2. Segundo tema: Declaración de la víctima

**Fundamento 22°.** La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no



persistencia): i) Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y ii) Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-.

**Fundamento 23°.** Se ha establecido anteriormente -con carácter de precedente vinculante- que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

**Fundamento 24°.** La retractación como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva -que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia -la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantástica o increíble y que (iv) sea coherente.

A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

**Fundamento 25°.** Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza -vecino-, o haber tenido una relación de autoridad -padraastro, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

**Fundamento 26°.** La validez de la retractación de la víctima está en función de los resultados tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea -en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -





venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

**Fundamento 27°.** Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: *"...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado"*.

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

**A.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

**B.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un

consentimiento libre.

**C.** El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

### 3. Tercer tema: *La prueba en el Derecho Penal Sexual*

**Fundamento 28°.** El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica; máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia; artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).

**Fundamento 29°.** La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba -de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad -que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatória objeto de prueba.

**Fundamento 30°.** La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia,



el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

**Fundamento 31°.** El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad -aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad -que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

**Fundamento 32°.** Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en

relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitállica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

**Fundamento 33°** Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

**Fundamento 34°.** El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento -esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

**Fundamento 35°** La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

**Fundamento 36°** Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre

víctima y acusado.

#### 4. Cuarto tema: *Evitación de la Estigmatización secundaria*

La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

**Fundamento 37°.** El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

**Fundamento 38°.** A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente



respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepeticibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: a) no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; b) resulte incompleta o deficiente; c) lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

#### CONCLUSIONES:

1. Tanto en la doctrina como en la legislación, ha quedado suficientemente establecido, que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual.

2. La esencia de este atributo personal se cifra en la facultad de decidir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propias y

personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloquen en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión.

3. La libertad sexual se configura como una concreción de libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales

4. En ese contexto valorativo no ha de extrañar que un Derecho penal que interviene frente a ataques sustanciales contra los presupuestos básicos de un orden Social entre cuyos fundamentos se encuentra el libre desarrollo de la personalidad, tenga como objetivo vedar aquellos comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad, que proteja, en suma, la libertad sexual.

5. Un problema fundamental que atañe a la correcta imputación penal, por delito contra la libertad sexual, es el referido al tema de la correcta valoración de la prueba, que fue tratado por la Corte Suprema, reunida en Pleno Jurisdiccional, bajo la premisa de que existe un criterio estadístico de absoluciones (90%), en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), estimándose que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, se entiende que algunos sectores de la comunidad, asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces.

6. En tal sentido, la Corte Suprema, identificó como *los principales problemas objeto de análisis jurisprudencial, los siguientes:* 1. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal, la vinculada a la resistencia o no de la víctima -



alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente- 2. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia.

7. En lo referente a la irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual, la Corte Suprema, ha establecido que el delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual. De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

8. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración inculpativa y la corroboración coetánea -en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -*venganza u odio*- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos

que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTIN CASTRO Cesar.... "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: Aspectos Penales y Procesales, Editora y distribuidora jurídica Grijley E.L.R.L., primera edición, Lima, setiembre del 2000.
- CASTILLO ALVA, José Luis.... "La Violación sexual en el Derecho Penal Peruano", Jurista Editores, Edición Setiembre del 2001, Lima, Perú.
- CASTILLO ALVA, José Luis.... "Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2002.
- CASTILLO ALVA, José Luis.... "La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador". En Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 149, 2006, Abril, p 14 y 15.
- CREUS, Carlos... "Derecho Penal: Parte General", 3ra Edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1992.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis.... "La Protección de la Libertad Sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de Reforma", BOSCH, Casa Editorial S.A, Barcelona 1985.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis.... "Delitos contra la libertad sexual", Consejo General del Poder Judicial, Impreso en Lerko Print S.A. Madrid, 1999.
- FONTAN BALESTRA, Carlos... "Derecho Penal: Introducción y Parte General", décimo quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel... "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el



Código Penal peruano", Ed. Fecat., Lima, 2004.

GARCIA DEL RIO, Flavio... "Delitos Sexuales", Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L., Lima, Perú, Noviembre 2004.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge... "Lecciones de Derecho Penal: Derecho Penal General I", Pro Derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas", Lima - Perú, 2009.

HURTADO POZO, José.... "Manual de Derecho Penal - Parte General", Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición, Lima 1987.

HURTADO POZO, José.... "Derecho Penal y Discriminación de la Mujer", Anuario de Derecho Penal 1999 - 2000, Fondo Editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Primera Edición, Junio de 2001.

LAMA MARTINEZ, Hector D. "Aspectos Críticos del bien jurídico en los delitos contra la libertad sexual", Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas, Lima, Noviembre 2003.

MAGGIORE, Giuseppe... "Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 3 ed., 1986, T. IV.

MARTINEZ ZUÑIGA, Lisandro... "Derecho Penal Sexual", Bogotá, Edit. Temis, 2da Edición, 1977.

MORALES PRATS - GARCÍA ALBERÓ... "Delitos Contra la Libertad Sexual", en comentarios a la Parte especial del Derecho penal (Dir. Quintero Olivares, coord. Valle Muñiz), Aranzadi, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco.... "Teoría General del Delito", Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes... "Derecho Penal: Parte General", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

NÚÑEZ, Ricardo.... "Derecho Penal Argentino", Edito. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959, Tomo IV.

PEÑA CABRERA, Raúl.... "Tratado de Derecho Penal", Estudio Programático de la Parte General, Editora Jurídica Grijley - 5ta Edición 1994, Lima-Perú.

POLAINO NAVARRETE, Miguel... "Instituciones de Derecho Penal: Parte General", Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2005.

REYNA ALFARO, Luis... "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Enfoque dogmático y jurisprudencial, Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición, Febrero 2005, Lima, Perú.

ROXIN, Claus... "Derecho Penal Parte General", T. I, "Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", Editorial Civitas S.A., Madrid 1997.

ROY FREYRE, Luis... "Derecho Penal", Tomo II, Parte Especial: Delitos contra las buenas costumbres, contra la familia y contra la libertad; Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima - Perú, 1975.

TIEGUI, Osvaldo... "Delitos Sexuales", Tomo I, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1983.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.... "Lecciones de Derecho Penal" Parte General, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú 1990.

VILLA STEIN, Javier... "Derecho Penal: Parte Especial I-B", Editorial San Marcos, Lima, 1998.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel... "Fundamentos de Derecho Penal: Parte General (Las teorías de la pena y de la ley penal)", tirant lo blanch, Valencia 1993.