

EL DELITO DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO (Artículo 170)

Por : Rosa Rojas Ingunza (*)

A San Marcos por Todo.

Sumilla: I.-Bien jurídico protegido en los delitos sexuales, II.-Tipo penal 170, 2.1.- Tipicidad objetiva, 2.2.-Tipicidad subjetiva, III.-Conducta Agravada, IV.-Autoría y participación, V.-Tentativa, VI.-Consumación, VII.- Penalidad.

INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo la moral, la costumbre y las convenciones fueron reguladores de la conducta humana. Sin embargo, aquellos factores culturales, con el transcurso del tiempo y conforme al avance del conocimiento científico, han perdido fuerza social.

En efecto, hasta la década del sesenta era dominante la concepción de que el Derecho Penal debía garantizar un mínimo ético social, constituyéndose en su finalidad prevalente, pero estas normas de tinte moralizante, no eran acatadas por importantes sectores de la comunidad.

La convivencia social tiene como elemento básico a la libertad individual, elemento que se traduce en uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos y pilar de un Estado democrático de derecho; en consecuencia, su protección en el ámbito sexual resulta preponderante.

Cabe mencionar que en las últimas reformas penales se ha tomado en cuenta que el derecho penal no puede pretender imponer una política determinada, sin embargo en nuestro país en los delitos sexuales sigue aplicándose argumentaciones retrogradadas y que se tiene que dejar de lado, es por ello que nos hemos atrevido a escribir unas pequeñas líneas sobre el tema, esperando que sirva de acicate para que otros estudiosos del derecho ahonden en el tema.

I.-EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES

Se pretende proteger la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad.

Se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad

¹ Miembro del Taller Círculo de Investigación de Derecho Penal (TACIDEP), Fundadora del Taller de Medicina Legal, Asistente de Cátedra del Dr. Víctor Prado Saldarriaga, en la Cátedra de Derecho Penal II, en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.



de consentir jurídicamente, es la libertad sexual, entendida en sentido positivo-dinámico y negativo-pasivo. “El aspecto positivo-dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo es la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir.”¹

Al respecto debemos entender esta libertad como la libre disposición del cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y como la facultad de repeler las agresiones sexuales de terceros.

En esa línea, en el Título Cuarto del Código Penal, rotulado como “Delitos contra la libertad,” ubicamos el capítulo noveno etiquetado con el nombre “Violación de la Libertad Sexual”, etiqueta que resulta incompleta, porque también aparecen incorporados los delitos que lesionan la indemnidad o intangibilidad sexual.

Al respecto debemos mencionar que en el derecho comparado como el Español por ejemplo, las conductas sexuales son totalmente diferentes al Código Penal Peruano.

En efecto, el tipo básico (art. 178) del Código Español señala “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual...”,

permite incluir aquellos supuestos en los que el sujeto activo no actúa sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino le obliga a realizar algún acto sexual sobre su propio cuerpo o con terceros. El artículo 179 prevé agravantes particulares al afirmar que “cuando la agresión sexual consiste en el acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años”³. Aquí se habla de acceso sexual y no de acto sexual, como lo hace el Código nacional; se habla expresamente de penetración anal o bucal en tanto que el Código peruano se habla de acto análogo; para el Código español existe violación con la introducción de objetos, en tanto que para nuestro sistema jurídico tal hecho aparece descartado.⁴

Indemnidad sexual como bien jurídico protegido

Al respecto BRAMONT-ARIAS TORRES (1997 : 233), afirma que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en cuanto la víctima carece de esa libertad.

“El concepto de indemnidad sexuales es, sin embargo, uno sobre cuyos contenidos nunca a existido acuerdo y posee, además, una preocupante tendencia a intercambiarse con otros términos que se pretenden, al menos en principio, semánticamente distintos.”⁵

¹ DINO CARLOS CARO CORIA Y CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, primera edición, editorial Grijley, Lima-Perú, 2000, págs. 67, 68.

² HERRERO HERRERO, CESAR. Introducción al nuevo Código Penal Español (Parte General y Especial). Editorial Dykinson, Madrid España, 1996. págs. 226 y 227.

³ Idem.

⁴ RAMIRO SALINAS SICCHA, Curso de Derecho Penal Peruano – Parte Especial II, primera edición, Palestra editores, Lima-Perú, 2000, pág. 328.

⁵ JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, El Objeto De Protección Del Nuevo Derecho Penal Sexual en DERECHO PENAL Y DISCRINACIÓN DE LA MUJER, Anuario De Derecho Penal 1999-2000, José Hurtado Pozo, Director, primera edición, fondo editorial de la PUCP, Lima-Perú, 2001, pág. 62.



Un claro precedente del término es el de intangibilidad sexual, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, que expresa que determinadas personas, por sus cualidades, o la situación en que se encuentran, son sexualmente intocables, como es el caso de menores y los que carecen de capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual.

II.-TIPO PENAL

El Código Penal, bajo el nomem iuris de "delitos contra la libertad sexual", prescribe el ilícito de violación sexual en el artículo 170:

"El que con violencia o grave amenaza, obliga a otra persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años."⁶

Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años.

2.1.-TIPICIDAD OBJETIVA

El verbo "obligar", indica que se vence la resistencia u oposición de la víctima y en contra de su voluntad se practica el acto sexual, haciendo uso de fuerza física, intimidación o ambos factores; el acto sexual puede ser por vía vaginal u otro análogo (anal), la doctrina y jurisprudencia nacional han aceptado sin mayor discusión la frase "u otro análogo", entendiendo que puede ser

anal o rectal. En cuanto a considerar que también se refiere al bucal existe viva controversia.

En el coito oral o bucal –fellatio in ore- a diferencia del acto sexual y el coito anal, resulta problemático equiparar en gravedad, ya que el primero produce una desfloración sobre todo en menores, circunstancia que no se da en el coito oral. Por otro lado el coito oral plantea problemas respecto a la consumación.

"El Código Penal Español de 1995, en su artículo 179, expresamente equipara el acceso carnal con la penetración bucal y anal. Es decir, de acuerdo a la normatividad penal española, existe violación sexual vía oral o bucal."⁷

a.-MEDIOS TÍPICOS DE LA VIOLACIÓN SEXUAL

Fuerza Física.- Es la violencia material a la que se refiere el tipo penal. Es una energía física ejercida por el autor sobre su víctima.

Pero la polémica en la doctrina se presenta sobre su continuidad o no de la fuerza física, al respecto RAÚL PEÑA CABRERA (1994 : 694) sostiene que esa fuerza debe ser seria y constante.

El otro sector mayoritario de la doctrina considera, que no es necesario un continuo despliegue de la fuerza física ni menos una continua resistencia de la víctima.

La violencia debe ser directa, es decir, ejercida sobre la propia persona.⁸

⁶ MENDEZ JURADO, PEDRO. Código Penal Peruano - 4ta. edición, Editorial AFA, Lima Peru 1999, pág. 124.

⁷ RAMIRO SALINAS SICCHA, Curso de Derecho Penal Peruano - Parte Especial II, op, cit., pág. 334.

⁸ RAUL PEÑA CABRERA, Tratado de Derecho Penal - Parte Especial, Tomo I Segunda Edición Editorial Ediciones Juridicas, Lima Perú, 1995, pág. 695.



Es menester recordar que no se debe confundir la violencia como medio para lograr el acto sexual, con esa dulce violencia, seductora pero no coercitiva, desde luego, el sentido de la famosa frase del poeta Ovidio: "Vis grata puellis" (la violencia agrada a las jóvenes). En este sentido también queda excluida la violación cuando la violencia ha realizado tanto la víctima como el victimario como parte de la mise en scene (puesta en escena) del acto sexual, o sadismo.

Amenaza grave.- Consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidatorio. No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz. La intimidación es una violencia psicológica.

La discusión en la doctrina se presenta en que para algunos tratadistas como el doctor Roy Freyre, considera que la amenaza debe tener un carácter formal y serio, presente e irresistible, capaz de intimidar y suficiente para producir una verdadera coacción de la voluntad del sujeto pasivo.

La posición contraria señala que esta tesis es demasiado estricta y por ello restringida"⁹ La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, su contexto social o familiar que le rodea puede ser decisivo para valorar la intimidación.

La amenaza para ser medio para lograr el acto sexual, requiere, que la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de

que se haga efectivo el mal con que se amenaza, ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea.

B.- SUJETOS DEL DELITO

Sujeto Activo

Puede ser cualquier persona, La situación de que el bien jurídico que se pretende proteger lo constituye la libertad sexual de la persona natural, sin distinción de sexo, es argumento válido para que la mujer pueda ser considerado sujeto activo.

Sujeto Pasivo

Puede ser tanto la mujer como el hombre, debe tratarse de persona viva.

3.2.-Tipo Subjetivo

El elemento subjetivo lo constituye el dolo, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad en la comisión del evento ilícito, ello requiere normalmente un dolo directo.

III.-CONDUCTA AGRAVADA

Se establece que estaremos ante violación sexual agravada cuando en la comisión del hecho participan dos o más personas a mano armada, estas condiciones son concurrentes, en efecto, se agrava cuando el sujeto activo para conseguir su objetivo hace uso de arma de fuego o de cualquier otro tipo; y a la vez, con el concurso de dos o más sujetos, en este sentido es criticable la posición asumida por el legislador, pues ambas circunstancias por sí solas le dan gravedad al hecho.

⁹RAMIRO SALINAS SICCHA, Curso de Derecho Penal Peruano – Parte Especial II, op, cit., pág. 336.



IV.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La doctrina dominante en España y Argentina, sostiene que la violación es un delito de propia mano. Sostienen que cuando en el acto sexual violento participan dos o más personas en contra de la víctima, se aplicarán las reglas de la participación en cuanto sean posibles, imputando a los partícipes el delito de violación sexual a título de instigación, complicidad necesaria o complicidad secundaria, ello de acuerdo al caso concreto.¹⁰ Tal posición es compartida por algunos autores como PEÑA CABRERA (1994 : 699), que sostiene que: en este delito serán reprimidos como autores los que cooperan necesariamente en la realización del acto carnal, siempre que no concurren la circunstancia de haberse realizado a mano armada..., las mujeres pueden tener calidad de partícipes cuando colaboran materialmente o se limitan a instigar.¹¹

Por otra parte autores como BRAMONT-ARIAS TORRES (1997 : 238), sostienen que en base a los principios que impone la teoría del dominio del hecho, la persona que se limita a sujetar para que otra persona realice el acto sexual responderá como coautor del delito de violación, siendo totalmente indiferente de que la persona que sujete sea hombre o mujer, puesto que en ambos casos sería coautor.¹²

V.- TENTATIVA

Dado que este delito necesita actos previos para su consumación, es posible la

tentativa.

La tentativa de violación se concretiza cuando los actos previos tengan la finalidad de lograr el acto sexual, es necesario el *animus violandi*.

La tentativa puede ser imposible por falta de idoneidad del medio (amenaza inidónea, etc.), o también darse tentativa inidónea por aspectos físicos del agente (cuando el agente es varón y no se le erecta el miembro viril).

Cabe mencionar que en la práctica judicial resulta difícil identificar la tentativa de violación sexual cuando sólo interviene el elemento objetivo de "amenaza grave", sobre todo cuando éste puede hacerse a cierta distancia de la víctima, o incluso por medio de comunicación telefónica o escrita, por ejemplo, en estos supuestos la ejecución aún no ha comenzado.

Sólo se considerará tentativa cuando aparte de la amenaza, existan actos ejecutivos tendientes a lograr el acto sexual, por ejemplo: el desnudar a la víctima, cuando se dio inicio a la violencia, o se la lleva violentamente a un lugar despoblado o al interior de una vivienda con la intención de hacer sufrir el acto sexual.

VI.- CONSUMACIÓN

La consumación del delito es la verificación real de todos los elementos del tipo legal

El proceso del delito de violación se consuma en el momento y lugar en que se

¹⁰ RAMIRO SALINAS SICCHA, Curso de Derecho Penal Peruano -- Parte Especial II, op, cit., pág. 334.

¹¹ RAUL PEÑA CABRERA, Tratado de Derecho Penal - Parte Especial, Tomo I op., cot., pág. 699.

¹² BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. (1998), Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Cuarta edición, editorial San Marcos, Jesús María- Perú, 1997, pág. 238.



cumple el acceso carnal, basta que se produzca la introducción -por lo menos parcial- del miembro viril en el conducto vaginal o anal, en forma real o efectiva, sin que se exijan ulteriores resultados como eyaculación (*seminatio intra vas*), rotura del himen, lesiones o embarazo.

Es importante aclarar que el acto sexual debe realizarse con el órgano sexual natural. Se excluye otro tipo de accesos como puede ser lingual o el de dedos. En su caso al verificarse que la penetración se realizó con otro objeto diverso al natural, se excluirá el delito contra la libertad sexual.

VII.- PENALIDAD

El autor del delito de la libertad sexual será pasible de una pena no menor de cuatro años ni mayor de ocho años.

De ocurrir la agravante prevista en el segundo párrafo del artículo 170, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años.

BIBLIOGRAFÍA

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. (1998), Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Editorial San Marcos; cuarta edición; Jesús María-Perú.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. (1999), Código Penal Mexicano anotado. Editorial Porrúa, vigesimosegunda edición. Mexico.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. (1985), La protección de la libertad sexual, insuficiencias actuales y propuestas de reforma. Editorial Bosch, primera edición, Barcelona-España.

DERECHO PENAL Y DISCRIMINA-

CIÓN Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER, Anuario De Derecho Penal 1999-2000, HURTADO POZO, José, Director, primera edición, fondo editorial de la PUCP, Lima-Perú, 2001.

DINO CARLOS CARO CORIA Y CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, (2000) Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, primera edición, editorial Grijley, Lima-Perú.

FONTAN BALESTRA, Carlos. (1998), Derecho Penal Parte Especial. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma. Editorial Abeledo-Perrot, decimo quinta edición, Buenos Aires - Argentina.

L. ESCUDERO G. (1924), Código Penal de 1924. Editorial Eddili, primera edición, Lima-Perú.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (1985). Política Criminal Peruana, aborto, anticonceptivos, drogas, delitos sexuales, reforma penal. Editorial cultural Cuzco S.A., primera edición, Lima-Perú.

PEÑA CABRERA, Raúl. (1994), Tratado de Derecho Penal - Parte Especial, tomo I, Editorial Ediciones Jurídicas, segunda edición, Lima-Perú.

REPÚBLICA DE CHILE. (1999), Código Penal Edición Oficial. Editorial jurídica Chile, decimosexta edición, Santiago - Chile

ROY FREYRE, Luis. (2002), Código Penal. Editorial jurídica Grijley; edición primera; Lima-Perú.

ROY FREYRE, Luis. (1986), Derecho penal parte especial, Tomo I. Editorial Eddili, edición segunda, Lima-Perú.

RAMIRO SALINAS SICCHA, (2000) Curso de Derecho Penal Peruano - Parte Especial II, primera edición, Palestra editores, Lima-Perú.

VILLAVICENCIO, Felipe. (2001), Código Penal Comentado. Editorial Grijley, tercera edición, Lima-Perú.