

Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales)

César E. San Martín Castro*

SUMARIO: I. Introducción.— II. Derecho Penal Material.— III. Derecho Procesal Penal.— IV. Derecho de Familia: violencia familiar.— V. Bibliografía Básica

1. Introducción

§ 1. El ámbito del denominado «Derecho penal sexual» referido a los menores —que está integrado por normas de derecho penal material, de derecho procesal penal, de derecho de familia, y de derecho de ejecución penal—, ha soportado una intensa evolución legislativa en los últimos años y ha dado lugar a una aguda discusión pública, a la intervención de diversos actores sociales y a la formulación de comentarios, unánimemente críticos, de los juristas (ver: Revista de Actualidad Jurídica, Tomo 149, Lima, abril 2006, páginas 13 y 24). Más allá de reconocer los perfiles polémicos de la institución, y sin perjuicio de reconocer, juntamente con Bertolino, que en una hipotética escala jerárquica de la gravedad de los ataques, la libertad sexual se sitúa en un grado inferior con relación al ocupado por la vida y la integridad personal en los casos más graves, lo importante para el juez es, en primer lugar, determinar el alcance de las normas vigentes; en segundo, precisar las líneas interpretativas más acordes con las exigencias de constitucionales de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad; y, en tercero, orientar la conducta de los órganos de persecución penal y esclarecer

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Vocal de la Corte Suprema de Justicia.

a la ciudadanía y a la comunidad jurídica cómo y bajo qué condiciones se debe ejercer la represión penal.

§ 2. El Derecho penal sexual peruano, en el ámbito de atentados o abusos a niños y adolescentes, está integrado por las siguientes normas:

- 1) El Código Penal, específicamente en el Capítulos IX «Violación de la libertad sexual», X «Proxenetismo», y XI «Ofensas al pudor público», que integran el Título IV «Delitos contra la Libertad» del Libro Segundo. Aquí se tiene, dice Cancio Meliá, por un lado, las figuras dedicadas a ataques dirigidos de modo directo contra la libertad sexual de un sujeto concreto —tanto tipos legales impuestos con violencia o intimidación, cuanto los caracterizados por un componente de abuso o prevalimiento—; y, por otro lado, infracciones «periféricas» al bien jurídico de la libertad concreta de una persona determinada: los delitos relacionados con la prostitución y con las publicaciones y exhibiciones obscenas.

El Capítulo IX, «Violación a la libertad sexual», el más representativo y aplicado del elenco punitivo —la moderna criminología califica esos delitos como de gran resonancia social pero con escaso volumen de aparición (recientemente en aumento, aunque no tanto como se piensa) y productores de una significativa alarma pública (Leganés/Ortolá)—, fue modificado por el artículo 1 de la Ley número 28704, del 5 de abril de 2006. Concorre también el artículo 1 de la Ley número 28251, del 8 de junio de 2004, así como las Leyes número 27115, del 17 de mayo de 1999, y número 26293, del 14 febrero de 1994. Los dos Capítulos restantes: X y XI fueron reemplazados por el artículo 1 de la citada Ley número 28251, del 8 junio de 1994.

- 2) La Ley número 28704 que, asimismo, modificó el Código de Ejecución Penal. De un lado, prohibió el indulto, conmutación de pena y derecho de gracia para los delitos de violación sexual de menor de edad, así como los beneficios penitenciarios de redención de penas, semi-libertad y liberación condicional. De otro lado, amplió los días para la redención de penas por trabajo y educación a razón de un día de pena por cinco de labor efectiva o

de estudio en los delitos de violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o imposibilitada de resistir, violación de persona incapacitada de resistencia, y violación de persona bajo autoridad o vigilancia.

- 3) La Ley número 27115, del 17 mayo de 1999, que modificó el artículo 178 del Código Penal, e instauró para todos los delitos concernidos la persecución penal pública.
- 4) El Código de Procedimientos Penales, en los siguientes ámbitos:
 - a. El artículo 218, que estipula la obligatoriedad de audiencia privada para el delito de violación sexual.
 - b. El artículo 143, que regula la preventiva de la víctima y la confrontación con el imputado, y ha sido modificado por el artículo 2° de la Ley número 27055, del 24 de enero de 1999, que establece, respecto de delitos sexuales, que la declaración se preste ante el Fiscal de Familia con arreglo al Código de los Niños y Adolescentes (CNA), y prohíbe la confrontación con menores de 14 años, salvo que estos últimos lo soliciten.
 - c. El artículo 146, que prohíbe la reconstrucción del delito sexual con menores de edad.
- 5) La Ley número 27115, del 17 de mayo de 1999, que introduce especialidades procedimentales respecto de la víctima, tales como:
 - a. Reserva de identidad;
 - b. Consentimiento para el examen médico legal; y,
 - c. Actuación probatoria, teniendo en cuenta su estado físico y emocional.
- 6) La Ley número 27055, del 24 de enero de 1999, que dispone que tratándose de niños y adolescentes víctimas de delitos de violencia sexual la pericia médica también podrá realizarse en los Establecimientos de Salud del Estado y en los centros médicos autorizados, y por un solo perito médico.

- 7) El CNA, aprobado por la Ley número 27337, del 7 agosto de 2000, cuyo artículo 144.b) impone al Fiscal de Familia intervenir en las declaraciones que presten en sede policial los niños y adolescentes víctimas de delitos de violencia sexual —con asistencia de sus padres o un representante que designen—, bajo sanción de nulidad; así como autoriza a ordenar la evaluación clínica y psicológica de la víctima. Luego de esas diligencias, recién remitirá al Fiscal Provincial Penal un Informe, el acta que contiene el interrogatorio de la víctima y los resultados de la evaluación.
- 8) El Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la violencia familiar, aprobado por Decreto Supremo número 006–97–JUS, del 27 de junio de 1997. La violencia sexual contra niños o adolescentes que se produce cuando se trata de ascendientes, parientes colaterales, quienes habitan en el mismo hogar —siempre que no medien relaciones laborales o contractuales—, o si se ha procreado hijos en común con uno de los padres, obliga a la intervención del Fiscal Provincial Penal. El Fiscal de Familia, noticiado del hecho, podrá dictar las acciones inmediatas de protección respectivas. La policía podrá solicitar a las entidades públicas y privadas los informes que resulten necesarios. Las actuaciones serán reservadas. Los certificados y pericias pueden ser expedidos por Essalud, dependencias especializadas de las Municipalidades, centros parroquiales autorizados e instituciones privadas autorizadas por el MP. Por último, el Juez Penal está autorizado a dictar detención en los supuestos de reiteración delictiva, y las medidas de protección de alejamiento, suspensión temporal de visitas, inventarios, así como asignación anticipada de alimentos. En rigor, se trata de medidas provisionales personales de suspensión preventiva de derechos y la anticipada de asignación preventiva de alimentos.
- 9) El nuevo Código Procesal Penal, hasta hoy vigente en Huaral y La Libertad, que trae las siguientes especialidades procedimentales:
 - a. El careo —ya no se denomina ‘confrontación’— no procede frente a víctimas menores de 14 años, salvo que quien la

- represente o su defensa lo solicite expresamente (artículo 182.3);
- b. El testimonio de menores de edad puede recibirse en privado, se debe garantizar su integridad emocional e intervendrá en el acto de la declaración un perito psicólogo y un familiar (artículo 171. 3 y 5);
 - c. En las diligencias de inspección y de reconstrucción no se exigirá la concurrencia de los menores agraviados por delitos contra la libertad sexual (artículo 194.3);
 - d. El examen corporal de personas no inculpadas, en este caso de la víctima menor de edad, procede aún sin su consentimiento, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (artículo 212.1);
 - e. Las medidas de protección si se aprecia un peligro para la persona —libertad o bienes— o su familia (artículo 247.2); se podrá disponer protección policial, cambio de residencia, ocultación de su paradero, reserva de identidad, imposibilidad de identificación visual, videoconferencias (artículo 248.2);
 - f. La suspensión preventiva de derechos a favor de la víctima: prohibición de aproximarse al ofendido o su familia, obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel o la suspensión temporal de visitas (artículo 298.1.ºe’);
 - g. Las audiencias se realizarán en privado al afectar directamente el pudor y la vida privada del agraviado (artículo 357.1.ºa’);
 - h. La declaración en juicio de un menor de 16 años será conducido por el Juez, no por la propia parte —salvo que el interrogatorio no perjudique su serenidad—, y este contará con el auxilio de un familiar y un psicólogo; y,
 - i. El examen en juicio del agraviado menor de 16 años, si es de temer un perjuicio relevante para él, se hará alejando al imputado de la audiencia. (artículo 380.2).

- 10) El Decreto Legislativo número 983, del 22 de julio de 2007, dictado al amparo de la Ley de delegaciones legislativas número 29009, modificó dos normas del Código de Procedimientos Penales referidas al juicio oral: artículos 251 y 260. La primera, precisó que el examen del testigo menor de 16 años de edad será conducido no por las partes sino por el juez, salvo que se considere que esto perjudicará su estado emocional, decisión que puede ser revocada en el transcurso del interrogatorio; y, la segunda acotó que si la parte civil —léase la víctima— concurre voluntariamente al acto oral sin haber sido previamente emplazada o citada, el interrogatorio se producirá antes de la acusación —se entenderá si su concurrencia se produce iniciada la estación del interrogatorio de testigos—, a pedido de las partes o, excepcionalmente, de oficio por la Sala.

2. Derecho penal material

§ 3. El artículo 20°.2 del Código Penal define el ámbito o piso básico del juicio de imputación subjetiva. Desde la capacidad penal, solo puede ser sujeto activo de un delito —de cualesquiera— el que ya cumplió 18 años de edad. El Código Penal incorpora una presunción legal, *jure et de jure*, según la cual los mayores de 18 años son, de manera normal, capaces de actuar culpablemente. De igual manera, el artículo 22° del Código Penal establece un periodo intermedio entre 18 y 21 años, bajo la consideración de que el crecimiento de un ser humano aún no ha terminado —aunque Pinatel expresa que ese periodo en realidad se extiende hasta los 25 años—, en cuya virtud adopta como consecuencia la posibilidad de reducirle prudencialmente la pena. Llama la atención, empero, que el citado artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número 27024, del 25 de diciembre de 1998, impide esa reducción de pena —descarta ese periodo paulatino de desarrollo—, entre otros, en los delitos de violación de la libertad sexual. Excepción, a nuestro juicio, de dudosa legitimidad constitucional desde la garantía de igualdad ante la ley, al introducir una diferencia de tratamiento circunscrita al ámbito de la antijuricidad respecto de un factor que, sin embargo, está referido a la imputabilidad.

§ 4. Respecto del sujeto pasivo, víctima de delitos sexuales, la legislación penal ha variado progresivamente... ¡Y de modo dramático! Así, el texto originario del Código Penal de 1991 —artículo 173°—, establecía que el acto sexual o análogo —luego denominado ‘acceso carnal’— debía ser impuesto a un menor de 14 años. Recién con la reciente Ley número 28704, del 5 de abril de 2006, el tipo legal de abuso sexual de menor tiene como sujeto pasivo a un menor de 18 años de edad. Los autores de la enmienda legal —utilizando una expresión de Muñoz Conde para el caso español, que elevó de 12 a 13 años la edad para el abuso sexual— no han expuesto ninguna razón valedera, ni psicológica ni biológica, ni alguna modificación fundamental de los conocimientos sobre psicología evolutiva que justifiquen este cambio. Por lo demás, cabe hacer una pregunta básica, de cara al Código Civil: si el menor de 16 años puede contraer, con ciertos requisitos, matrimonio ¿por qué la nueva Ley no le reconoce plena operatividad a su consentimiento en el ámbito de la determinación sexual? (Corcoy Bidasolo). Y, más allá de esa pretendida homologación con la ley civil, ¿no es cierto que la capacidad y el discernimiento para relacionarse sexualmente exigen únicamente la conciencia y la valoración de las posibles consecuencias del acto sexual, no así un nivel riguroso de madurez psíquica solo exigible para el matrimonio, para la asunción de los deberes y obligaciones que esta institución demanda? (Castillo Alva).

Esa configuración típica tiene como consecuencias directas en el ordenamiento punitivo, las siguientes:

- a. Que el delito de seducción, previsto y sancionado en el artículo 175° del Código Penal, no modificado por esa Ley, y que sancionaba al que tenga acceso carnal con una persona de catorce años y menos de dieciocho años mediante engaño, quedó vacío de contenido, porque si la víctima tiene menos de 18 años, sin interesar el medio utilizado para el acceso carnal, comete el tipo legal del artículo 173° del Código Penal.
- b. Que el delito de acceso carnal o acto análogo con adolescente a cambio de dinero u otra ventaja, y que sancionaba el acceso carnal con una persona de 14 y menos de 18 años mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, igualmente quedó vacío de contenido, pues el solo acceso

carnal con un adolescente entre 14 y 18 años tipifica el delito de abuso sexual de menor (artículo 173° del Código Penal).

§ 5. En los delitos sexuales se entiende que el bien jurídico vulnerado es la libertad sexual, esto es, la facultad que tiene toda persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, que viene limitada por dos requisitos: el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de una relación sexual, y la manifestación voluntaria y libre consentimiento para participar en tal clase de relaciones —lo que se criminaliza, por cierto, es la libertad sexual en su sentido negativo o pasivo y supone la capacidad de rechazar las intromisiones indebidas o no deseadas en el ámbito de la propia sexualidad— (Alfaro Reyna); la libertad sexual, en suma, entendida como libre determinación de la sexualidad (Corcoy Bidasolo).

En iguales términos se ha pronunciado, por ejemplo, la Casación Italiana. Así, ha expuesto lo siguiente: (1) «el carácter ilícito de los comportamientos debe ser valorado a la luz del respeto de la persona humana y de sus potencialidades para perjudicar la libertad de determinación en la esfera sexual. Esta es aislada de las indagaciones sobre el impacto en el contexto social y cultural en que se producen, en la medida en que el aspecto central es la disponibilidad de la esfera sexual de la parte de la persona que es el titular» (Casación del 5 junio de 1998, número 210974); y, (2) «el carácter ilícito del comportamiento debe ser valorado con relación al respeto debido a la persona humana y a su capacidad para perjudicar la libertad de determinación en la esfera sexual» (Casación del 4 de diciembre de 1997, número 209939).

Pero, en el caso de menores o incapaces, según doctrina mayoritaria, no se protege propiamente la autodeterminación sexual pues por definición carecen de tal facultad, lo que se vulnera es la indemnidad sexual —noción de cuño italiana—, en cuya virtud la protección se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad, que en el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual (se trata de preservar, en todo caso, la libertad sexual *in fieri* o en potencia, de la que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama como *prius* que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores). Presupone —importa una presunción *iure et de iure*—

que esas personas no han alcanzado el grado de madurez suficiente y, por ende, se entiende a priori que carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual. Hörnle nos dice que el desarrollo sexual de los jóvenes tiene que ser protegido contra prematuras y, por lo tanto, potencialmente dañosas influencias de los adultos; y, en esa perspectiva, Orts/Roig, puntualizan que en esos delitos es la salvaguarda del bienestar psíquico y los procesos de formalización y socialización de esas personas que presentan una vulnerabilidad especial.

La Corte Suprema, en esa línea, ha señalado que tratándose de menores de edad «...el supuesto consentimiento prestado la víctima resulta irrelevante por cuanto la figura [...] no admite el consentimiento como acto exculpatario ni para los efectos de la reducción de la pena (se entiende, por debajo del mínimo legal), dado que en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, pues lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores» (Ejecución Suprema del 9 setiembre de 2004, R.N. número 1674–2004/La Libertad). El consentimiento, en todo caso, sirve para graduar la pena (Ejecución Suprema del 12.5.2005, R.N. número 878–2005/Huaral). La atenuación es procedente en estos casos, aunque no para imponer una pena por debajo del mínimo legal, al igual que graduarla en función a la edad de la víctima (Castillo Alva). Tampoco cuenta para eximir a su autor el modo de vida de la víctima (Villa Stein).

Ahora bien, desde un punto de vista psicológico y social, antropológico incluso, no hay base empírica para sostener que un adolescente entre 14 y 18 años carece de capacidad física y psíquica suficiente para valorar adecuadamente una conducta sexual; y, desde la perspectiva político criminal, esa ley entraña una «huida al Derecho penal», en cuya virtud el legislador de modo interesado responde a la demanda social de una mayor protección creando nuevas figuras delictivas o endureciendo las ya existentes, pese a que criminológicamente se ha demostrado que las penas draconianas y el endurecimiento del sistema penal no expresan en la realidad una mayor protección a la víctima.

§ 6. El delito de abuso sexual de menor de edad se configura cuando el agente tiene acceso carnal por cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de 18 años. Se trata de cuatro modalidades

de abuso sexual de menor: acceso carnal vaginal, acceso carnal anal, acceso carnal bucal y acto análogo. La ley no toma en cuenta el medio comisivo, luego, puede ser con violencia, engaño o 'consentimiento', medios que, en todo caso, tendrán que valorarse para la determinación judicial de la pena. Preside el concepto, enseña Fontán Balestra, la idea de penetración —material constitutiva del delito—, de suerte que cualquier era relación sexual que no importe penetrar, carece de tipicidad para configurar el delito analizado. Esta se produce, apunta Soler, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal; no es bastante el *coitus inter femora*.

El acceso carnal, tanto desde la perspectiva biológica —penetración por vía vaginal— como desde una perspectiva normativa —penetración anal y bucal—, supone necesariamente la intervención del órgano sexual masculino. El acto análogo importa, de un lado, la introducción de objetos, sucedáneos del órgano sexual masculino —que sean capaces de ser utilizados con propósitos sexuales—; y, de otro lado, de partes del cuerpo —aquellos que tienen posibilidades anatómicas de ser introducidas, de modo penetrante, dentro de las cavidades vaginal o anal (dedos, manos, pies, codos, rodillas).

Los instrumentos de acceso carnal no se limitan al miembro viril, pues también se prevé como elementos de acceso otros 'objetos', es decir, de elementos materiales inanimados: palos, prótesis, etcétera (se trata, apunta De Vicente Martínez, de todo aquel objeto que reúna condiciones para ser apto para un ejercicio de sexualidad). También lo serán 'partes del cuerpo', esto es, todos aquellos que tienen apariencia de pene o que pueden utilizarse simbólicamente como tal, ser sucedáneos de él: dedos (que pueden ser del propio agresor como de la víctima, que es lo que se denomina «penetración digital»), lengua.

El acto bucogenital se considera como 'acto análogo', así como la utilización de la lengua, en tanto que también el tipo legal abarca el sexo realizado entre mujeres, «cualquiera sobre cualquiera» en su variante activa. Aquí es importante precisar que, a través de esas conductas, no solamente se protege la libertad de la víctima, sino también su dignidad personal y su intimidad; de hecho la introducción de objetos importa un salvaje y degradante atentado que recae sobre la libertad sexual del sujeto pasivo,

pero tiene como objeto directo y patente la lesión a la integridad física y moral de la víctima (Rodríguez Ramos).

Acceso carnal sexual equivale a acoplamiento sexual de dos personas, una necesariamente hombre, con penetración de su órgano genital por una de las vías indicadas: vagina, ano, boca. En consecuencia, podrá ser típica una relación entre dos hombres o entre un hombre y una mujer, pero no entre dos mujeres. Las prácticas homosexuales femeninas pueden encajar en el supuesto de «acto análogo» si van acompañadas de la introducción de objetos en vagina o ano, aunque también, como apuntan Orts/Roig, el *cunnilingus*.

Cabe indicar que solo las cavidades vaginal o anal son idóneas para la perpetración de la modalidad de introducción de objetos o de miembros corporales (dedo/lengua), pues únicamente a través de ellas puede considerarse efectivamente lesionada mediante la introducción la indemnidad sexual del menor. De no producirse el acceso carnal, el delito que se configuraría sería el de abuso deshonesto, previsto y sancionado en el artículo 179°-A CP, modificado por la Ley número 28704. Este delito solo requiere de contactos corporales con contenido sexual sobre el cuerpo de una persona de uno u otro sexo, sin que se haya alcanzado el acceso carnal o su tentativa; y lo comete tanto aquel que realiza tocamientos sobre la víctima, como quien se hace tocar por la víctima o la obliga a realizar tocamientos a un tercero (Tenca).

Polémica es aquella opción doctrinaria que incluye la aproximación física que sin importar contactos corporales ajenos directos o propiamente dichos, tienen una clara significación sexual menoscabante —como obligar a la víctima a que se desnude u obligarla a que se toque a sí mismo o se autopenetre con objetos—. La víctima en esos casos vivencia un ataque a su pudor personal, su reserva sexual se ve claramente afectada (Villada).

El sujeto activo no solo puede ser un varón, también puede serlo una mujer, en función a la naturaleza del bien jurídico vulnerado —de hecho, como recalcan Orts/Roig, la actual configuración del delito incrementa las posibilidades de castigar a una mujer como autora de violación, por una acción homosexual—. El fin de la norma, en palabras de Carnevali Rodríguez, es comprender como un injusto punible todos aquellos comportamientos que afectan el bien jurídico ‘indemnidad sexual’, sin

atender cómo se lleva a cabo el acceso carnal y quién lo realiza. Será sujeto activo, entonces, el que imponga el acceso carnal a un menor de edad.

El sujeto pasivo puede ser un menor de 18 años, varón o mujer, y por su propia minoridad; esta condición, por cierto, debe ser probada legalmente. La presunción *iure et de iure*, absoluta, sobre la edad de la víctima opera incluso en los casos en que el menor es el que ha provocado el contacto sexual. El cómputo de la edad atiende al criterio biológico, sin que ninguna relevancia ostente la mayor o menor madurez psicológica de la víctima a estos efectos (Morales Prats/García Alberó). La edad, acota Soler, no es un elemento subjetivo del tipo dotado de carácter positivo expreso (el que tuviera acceso carnal con una persona que sabe menor de edad); juega, pues, este elemento como cualquier otro elemento objetivo.

La prueba de la edad cronológica, en todo caso, tiende a objetivarse al máximo; de modo general, la Corte Suprema ha expuesto que con efecto se debe contar con la partida de nacimiento o supletoriamente con el certificado médico de edad (Ejecución Suprema del 27 de enero de 1994, recaída en el R.N. número 816-92/Junín). Prima, por cierto, la partida de nacimiento o, en su defecto, la partida de bautismo o el certificado médico de nacimiento —en tanto prueba instrumental preconstituida—, así como la prueba testimonial del hecho del nacimiento y demás circunstancias concomitantes y/o periféricas, y, tal vez, con mayor grado de objetividad la prueba pericial supletoria de edad, con las pericias auxiliares indispensables (odontograma u otras). No es de olvidar, empero, que la edad es un hecho que debe ser probado y las evidencias deben apreciarse con extrema rigurosidad y razonabilidad, alejadas por completo de consideraciones formales o enunciados abstractos. No se puede decir, simplistamente, que una pericia médica supletoria de edad debe apreciarse con una diferencia de dos años en sus extremos inferior y superior y que en esos casos ha de estarse a lo más favorable al reo (Ejecución Suprema recaída en el R. N. número 526-80/Lima), desconociendo otras evidencias o indicios que pueden ayudar a precisar ese dato; incluso, eventualmente podría rechazarse la propia partida de nacimiento si se advierten inexactitudes e incompatibilidades con la prueba actuada en ese orden (Cfr.: Castillo Alva).

Desde la tipicidad subjetiva solo se requiere el dolo. La Corte Suprema ya definió que no hace falta el denominado «ánimo lúbrico», basta el

conocimiento del agente que con su conducta, la que exige el tipo legal, vulnera la indemnidad sexual de la víctima (véase: Ejecución Suprema del 29.1.2007, R.N. número 4942–2006/Ancash, inédita). No se está, por consiguiente, ante un delito de tendencia interna intensificada (el ánimo lúbrico no está expresamente recogido en la ley), el cual por lo demás es de difícil definición por su contenido moral y puede terminar restringiendo la tutela de la libertad sexual (Caro). El acento en la descripción típica —en la descripción objetiva de la conducta— no está en que se trata de una agresión de carácter finalmente sexual, sino en que debe concurrir un atentado contra la libertad sexual; solo basta el conocimiento del carácter sexual del comportamiento realizado (Cancio Meliá).

Es posible, por otro lado, el error sobre el objeto, en particular sobre la edad de la víctima; y, como no se sanciona el atentado culposo, el error vencible o invencible, dará como resultado la impunidad del agente. Así ha sido determinado por la Corte Suprema, en la Ejecutoria del 28.5.2004, 4to. Fundamento Jurídico (R.N. número 472–2003/Arequipa). Pero, como es obvio, ser requiere de una creencia equivocada razonable de que se tiene acceso carnal con una persona mayor de 18 años; no tiene, en cambio, efecto liberador la simple ignorancia, que se traduce en una duda apta para configurar el dolo eventual (Fontán Balestra).

Desde la antijuricidad no existen causas de justificación que puedan eliminar la relevancia penal del hecho. En todo caso el consentimiento de la víctima es irrelevante.

La culpabilidad, amén de la capacidad de culpabilidad del sujeto activo, permite discutir la posibilidad de un error de prohibición, que niega el conocimiento del injusto como elemento matriz de la categoría culpabilidad. Es posible, en este ámbito, por ejemplo, que el sujeto considere que tener sexo con una joven mayor de 14 y menor de 18 años no es delito —error de prohibición—; y, muy especialmente, que desde sus valoraciones culturales — artículo 15° Código Penal—, distintas de la concepción oficial de la ley penal, no pueda comprender el carácter delictuoso de su conducta. No se trata, en puridad, de un error culturalmente condicionado, sino de un caso particular de incapacidad penal de un individuo que pertenece a una cultura diferente de la oficial, que tiene patrones culturales diferentes de los que forman la base del Código Penal, y como tal no posee las condiciones

personales necesarias para actuar conforme al derecho. Existe en él por tanto una imposibilidad de comportarse conforme a cánones culturales que le son extraños, incapacidad por cierto distinta de la anomalía psíquica (Hurtado Pozo).

El delito permite la tentativa. Desde una perspectiva general, tiene expuesto la Corte Suprema que la tentativa no solo comprende los actos propiamente ejecutivos, es decir, la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico, sino también requiere que el agente quiera los actos que objetivamente despliega con conocimiento de su peligrosidad y, además, con la intención de proseguir en la ejecución de los actos necesarios para la consumación del delito. En esa línea, consideró como tentativa de delito de violación sexual cuando el agente no pudo terminar el acto sexual por falta de erección del miembro viril (Ejecución Suprema del 4.12.2000, R.N. número 3877–2000/Lima).

Para diferenciar el abuso sexual del delito de abusos deshonestos o atentado al pudor, que implica sensibles dificultades prácticas por su común objetividad, es indispensable la prueba del dolo de consumir el delito que acompaña a los actos de ejecución (Fontán Balestra). La consumación solo exige la penetración, pero no hace falta que sea completa, basta que haya existido (así, por ejemplo, Ejecución Suprema del 20 de agosto de 1997, recaída en el R.N. número 4737–97/Lima) —se acepta, acota Rodríguez Ramos, el denominado coito vestibular, consistente en la esfera genital externa, por lo que el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas sino de consideraciones normativas—. Tampoco hace falta que el sujeto eyacule ni que se produzca la rotura de himen; se requiere, en cambio, contacto corporal, con independencia de que el sujeto logre satisfacer plenamente sus deseos (Rodríguez Ramos). En el caso de penetración vaginal solo basta que esta —con el pene, otras partes del cuerpo u objetos— haya superado el umbral de los labios mayores, esto es, en la zona inmediatamente anterior a la vagina. Se adopta, lo ha hecho la jurisprudencia suprema, la tesis de la *inmissio penis*: mínimo acoplamiento o penetración, que es alternativa a la tesis de la *coniunctio membrorum* (introducción del pene hasta el máximo de lo posible (Alfaro Reyna). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la Ejecutoria del 20.7.2004 (R.N. número 994–2004/Tacna, cuando dice que el delito

está consumado «...una vez que el pene ya ha superado el umbral del *labium minus* y ha llegado hasta el himen»). En el caso de penetración bucal solo se requiere introducción del pene entre los labios y los dientes; en consecuencia, por boca a estos efectos debe entenderse no solo cuando se traspasa la línea de los dientes del sujeto pasivo, que es claro que ya se está ya dentro de la boca, sino también la zona de la boca entre los dientes y los labios (Rodríguez Ramos).

El delito también permite la coautoría y la complicidad. En el primer caso no hace falta que dos o más sujetos tengan acceso carnal con la víctima, basta advertir cómo se ha desarrollado el reparto funcional de roles según el plan acordado; por ejemplo: el que se limita a sujetar al menor a fin que otro le acceda sexualmente, o el que se limita a que terceros eviten que otro sujeto acceda sexualmente al menor.

La penalidad es graduable, según la edad de la víctima. Hasta menos de 10 años: cadena perpetua; entre 10 años y menos de 14 años: no menor de 30 ni mayor de 35 años de pena privativa de libertad; y, entre 14 años de edad y menos de 18: no menor de 25 ni mayor de 30 años de pena privativa de libertad.

El párrafo final del artículo 173 del Código Penal introduce una circunstancia agravante específica, que traduce conductas de prevalimiento derivadas de una situación de superioridad, de un desnivel notorio entre las posiciones de sujeto activo y sujeto pasivo; se justifica por la especial vulnerabilidad de la víctima, cuyo fundamento se encuentra en la inexistencia de mecanismos de autoprotección de la víctima (Corcoy Bidasolo). En los casos de víctimas menores entre 10 y 18 años sanciona el acceso carnal con pena de cadena perpetua, cuando el agente abusa de su posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. La Corte Suprema ha establecido, muy recientemente, que el prevalimiento que incorpora esa norma se refiere al abuso sexual derivado de una situación de superioridad. Tratándose de relación de parentesco, que es un supuesto especial de relación de superioridad, para evitar una vulneración al *ne bis in idem*, se requiere que el abuso sexual se imponga no por medio del consentimiento —el tipo agravado no guarda relación con él, no está orientado a obtenerlo—, que siempre estará viciado, sino mediante una situación de mayor

antijuricidad y culpabilidad por una mayor facilidad en la ejecución, en tanto el abuso sexual entraña el aprovechamiento de las circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia (sería el caso del parentesco, que importa la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o de una situación de superioridad, tales como la condición de profesor, patrón, sacerdote y de ascendencia de edad sobre los menores; esto es, en un contexto docente, laboral o en aquellas hipótesis en las que se establezca un temor o veneración reverencial hacia un sujeto, situaciones en las que se evidencia una desigualdad manifiesta y sustancial sujeto activo y sujeto pasivo del delito).

Otra circunstancia agravante, de carácter objetiva, recogida en el artículo 173-A del Código Penal, que impone cadena perpetua, es si en los mismos supuestos del artículo anterior se causa la muerte de la víctima o le produce lesiones graves, siempre que el agente pueda prever este resultado, o si el agente procedió con crueldad. En el primer supuesto agravatorio configura un delito preterintencional, que exige culpa o imprudencia en el resultado muerte o lesiones graves. Si la agresión fue anterior o posterior al acceso carnal, o si fue independiente a ella, se producirá, por su carácter doloso, un concurso real de delitos, tal como fue establecido por la Corte Suprema en la Ejecución Suprema del 31 marzo de 1998, recaída en el R.N. número 6407-97/Cusco, en la que se destacó que existieron dos momentos delictivos, independientes uno del otro, en el que la violación sexual es perpetrada en un primer momento, y en otro posterior el delito de homicidio pero vinculado este último directamente al primer delito por el móvil de ocultar la violación precedente con la intención de procurar una impunidad. En el segundo supuesto, la crueldad, en cuanto circunstancia de naturaleza mixta, objetiva-subjetiva, significa que el agente causa a la víctima males innecesarios, la haga sufrir padecimientos excesivos e inusitados, buscados deliberada e inhumanamente, esto es, le inflige dolor físico o aflicción psíquica; para ello debe estarse a las circunstancias de tiempo, modo, lugar, medio empleado, etcétera, sin que importe si la víctima estaba o no en condiciones de 'comprender' que estaba siendo ultrajada (así, para el caso argentino, que prevé el supuesto de comportamiento sexual gravemente ultrajante para la víctima, la sentencia

de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, «Videla, Hugo L.», del 23 de febrero de 2004). La crueldad debe concurrir no solo a nivel de los actos de consumación del abuso sexual, también puede manifestarse en los actos ejecutivos previos a la penetración (Castillo Alva).

Si como consecuencia del empleo de fuerza física por el agente se producen lesiones, estas serán inherentes al acceso carnal si se trata de lesiones de escasa trascendencia, siempre que no sobrepasen lo que resulte normal o consustancial a la violencia utilizada, si son estrictamente necesarias para la actuación sexual; si lo sobrepasan —en casos de exceso— se producirá un concurso ideal con el delito de lesiones. De otro lado, si por medio de amenazas o coacciones se procede de igual modo —la duración temporal excesiva de la privación de libertad en relación con la propia agresión sexual—, salvo que estas se perpetren tras el acceso carnal, en cuyo caso se está ante un concurso real de delitos.

§ 7. El delito de seducción, previsto y sancionado por el artículo 175° del Código Penal, en rigor ‘abuso sexual fraudulento’, si bien ha quedado vacío de contenido exige un nivel de precisión, en la medida en que por diversas técnicas hermenéuticas puede dejarse sin efecto la circunstancia de 14 a 18 años como edad de la víctima para la sanción por el delito de abuso sexual de menor.

El tipo legal exige acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, situación ya analizada, siempre y cuando, de un lado, la víctima tenga entre 14 y 18 años de edad, y, de otro lado, el medio comisivo sea el engaño, que es el elemento rector del delito. ¿Por qué la edad límite de 18 años? Como precisa Cancio Meliá, siguiendo la jurisprudencia española: «quienes alcanzan los 18 años son mayores de edad por mandato de la Constitución y tienen la madurez suficiente para no precisar una tutela específica en el ejercicio de su libertad sexual».

El agente debe desplegar una conducta fraudulenta idónea que induzca a error a la víctima, a consecuencia de lo cual preste su consentimiento para aceptar el acceso carnal sexual. Así ha insistido la Corte Suprema al señalar que sin ese elemento no existe delito de seducción y que este debe perseguir el consentimiento de la víctima para el acceso carnal (Ejecución Suprema del 6 febrero de 2006, recaída en el R.N. número 16–2006/Piura). Engaño,

por consiguiente, es toda actividad —con entidad suficiente— tendiente a distorsionar la realidad —en tanto mecanismo fraudulento en orden a presentar como verdadero lo falso— cuyo propósito u objetivo incide en obtener el consentimiento de la víctima para practicar el acceso sexual u otro análogo. El engaño a su vez debe generar en el sujeto pasivo el error, esto es, una falsa representación de la realidad concreta, que surge a consecuencia del mismo. Finalmente, el último elemento es el consentimiento al acceso carnal, como consecuencia del error originado por el engaño.

Así lo ha establecido la Corte Suprema en la Ejecutoria del 28 septiembre de 2006 (R.N. número 3486–2006/Cusco, inédita), que exige que el imputado desarrolle un engaño efectivo, esto es, que el acceso carnal se deba a una actividad que lleve a cabo «...tendiente a distorsionar la realidad y de ese modo inducir a error a la víctima con el único propósito u objetivo de obtener su consentimiento —desde luego viciado— a las prácticas sexuales». Se requiere de conductas y actitudes engañosas o de la construcción de un escenario para sorprender a la víctima y obtener de ella su consentimiento (Villa Stein) de cualquier medio fraudulento que vicie la voluntad del sujeto pasivo, de modo que consienta en las relaciones sexuales (Serrano Gómez).

Desde esta perspectiva, la Ejecutoria Vinculante del 21 de enero de 2005, que refiere el engaño no en orden a obtener el consentimiento de la víctima sino a facilitar la realización del acceso sexual, no puede aceptarse. La relación lógica y evidente es la siguiente: engaño–error–consentimiento viciado; y, no puede reducirse a un atípico ‘engaño por sustitución de pareja’ (Salinas).

§ 8. Las consecuencias jurídicas del delito, sin perjuicio de las penas, trae asociadas, en primer lugar, el denominado «tratamiento terapéutico» (artículo 178°–A Código Penal) para estos delitos de violación de la libertad sexual; y, en segundo lugar, desde el derecho civil, la obligación de prestar alimentos a la prole que resulte (artículo 178 Código Penal).

El tratamiento terapéutico, que intenta responder al fenómeno complejo de las agresiones sexuales y para el que no existen curas milagrosas (Leganés/Ortolá), se impone, primero, si la opinión médica o psicológica lo recomienda (se trata, apunta Villa Stein, desde la perspectiva médica, de un examen psiquiátrico y neurológico; y, desde la perspectiva psicológica,

de un examen psicométrico y de personalidad, que exige que el tratante deba ser un médico o un psicólogo clínico psicoterapeuta); segundo, fijado por el juez es obligatorio, no es relevante el consentimiento del penado (Caro Coria); y, tercero, persigue la readaptación social del penado, lo que se considera extremadamente difícil en tanto se trata, en un alto porcentaje de los penados, de personas con una cierta inestabilidad psicológica y social (Leganés/Ortolá), con rasgos de personalidad dependiente, fóbicos y compulsivos, con serias dificultades para las relaciones interpersonales (Ortiz-Tallo/Sánchez/Cardenal).

El tratamiento terapéutico, cuyas técnicas y métodos no están legalmente especificados y, por ende, quedan en manos del cuerpo profesional que debería participar en la ejecución penal, en tanto no se atenta contra la integridad física ni la dignidad del condenado (Caro Coria), es concebido como una medida de seguridad muy especial, al aplicarse a sujetos culpables a quienes se ha impuesto pena privativa de libertad, y además condiciona la obtención de beneficios penitenciarios a su práctica exitosa, a la vez que, tratándose de penas de ejecución suspendida, está configurada como una regla de conducta obligatoria (Bramont Arias/García Cantizano). Se sostiene, por ejemplo en autores como Ortiz-Tallo/Sánchez/Cardenal, que las estrategias terapéuticas se orientarán en los casos de delincuentes sexuales de menores a modificar la tendencia de estos sujetos al retraimiento social y a disminuir su gran temor a tener experiencias interpersonales humillantes, aspectos que le dificultan su relación con adultos y les orientan a relacionarse con las personas que menos ansiedad les producen: los niños.

Más allá de las críticas que puede merecer esa figura, con su imposición se busca readaptar al penado a la sociedad conforme a la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena, más allá de lo utópico que ello representa en atención a las condiciones de los establecimientos penales (Salinas), aunque es de tener presente que, por lo general, el sujeto activo del delito sexual presenta serios problemas de personalidad o, según los casos, claros supuestos de patología mental que exige la intervención profesional (Villa Stein).

La Corte Suprema, reiteradamente, ha venido exigiendo la obligatoriedad de que los Tribunales impongan el tratamiento terapéutico, aunque debe entenderse que la efectividad de esa medida está condicionada

a que el equipo profesional la recomiende —solo se trata, como se advierte del texto de la ley, de una mera posibilidad que, en ejecución de sentencia, concretará el Juez, en tanto así lo recomiende el equipo profesional, en consecuencia, no es que se imponga el tratamiento terapéutico, sino los exámenes clínicos respectivos, que a continuación merecerán una decisión efectiva del Juez de Ejecución—. Es más, en casos de omisión por el tribunal de instancia, ha resuelto integrar la sentencia recurrida, por la propia naturaleza de la medida, que busca facilitar la readaptación social del imputado.

La Ejecución Suprema del 15 de agosto de 2006, recaída en el R.N. número 2390–2006/Junín, inédita, ha dejado expuesto lo siguiente:

[...] la complementación de la sentencia recurrida respecto a la medida de tratamiento terapéutico no afecta el principio de interdicción de la *reformatio in peius* porque dicha medida no cuestiona el ámbito de la libertad deambulatoria del imputado y, más bien, en armonía con las exigencias constitucionales, tiende a facilitar su readaptación social». En la Ejecución Suprema del primero de julio de 2005, recaída en el R.N. N° 1068–2005/Piura, Inédita, se anotó que «...el tratamiento terapéutico no importa una agravación del entorno jurídico del imputado en tanto está en relación con la readaptación del interno, objetivo constitucional de toda pena de privación de libertad y porque no importa una extensión de la privación de libertad superior a la fijada en autos».

§ 9. El Capítulo X regula los delitos asociados al proxenetismo. El proxenetismo importa una actividad económica cuya finalidad es propiciar o facilitar el comercio sexual habitual y lucrativo entre terceros. El bien jurídico vulnerado de modo predominante, en especial cuando la persona prostituida es menor de edad, es la libertad sexual individual, en concreto su indemnidad sexual a no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto al bienestar psíquico y al normal y adecuado proceso de formación sexual. Sin embargo, el Código Penal también castiga conductas como la promoción o fomento de la prostitución de personas mayores de edad, en cuyo caso el bien jurídico sería la moral sexual (es, dice Bustos, aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas). La prostitución es entrega sexual de una persona a otra, realizada de forma habitual o

reiterada e indiscriminada, a cambio de precio o cosa que lo representa —v.gr.: droga—, sin que sea imprescindible que se trate de la única actividad o medio de vida del sujeto que se prostituye, como tampoco son imprescindibles los requisitos de permanencia o profesionalidad en su ejecución (Carmona Salgado).

El artículo 179 del Código Penal castiga la promoción y el favorecimiento de la prostitución. En el primer caso el agente inicia o propicia la prostitución de otra persona. En el segundo caso, el agente allana obstáculos en el curso de esa actividad para que el individuo prostituido pueda seguir ejerciendo la prostitución (Bramont Arias /García Cantizano).

El tipo legal incorpora como circunstancia agravante si la víctima es menor de 18 años. Pero, por imperio de la Ley número 28704, el proxeneta será cómplice primario del delito de violación de menor que cometerá el parroquiano (Salinas).

A su vez, el artículo 179°A del Código Penal castiga el abuso sexual de adolescente entre 14 y 18 años de edad a cambio de dinero u otra ventaja —de cualquier naturaleza—. Esa figura no presupone exclusivamente que la víctima sea prostituta, sino que eventualmente puede ser sometida al acceso carnal o acto análogo a cambio de dinero u otra ventaja. De igual manera, por imperio de la Ley número 28704, el sujeto activo de este delito será reprimido por delito de abuso sexual de menor.

Lo mismo sucede con el rufianismo (artículo 180 del Código Penal). El rufián, como se sabe, no promueve ni favorece la prostitución, solo se dedica a vivir de los ingresos obtenidos por la práctica de la prostitución, pero la 'explotación' que indica el tipo legal, se concentra no en el que se mantiene con los ingresos provenientes de la prostitución, sino en el que invierte esos ingresos en una actividad, lícita o ilícita, con la finalidad de obtener mayor utilidad o provecho económico para sí, o para darse lujo o comodidades (Roy Freire).

Salinas señala que si el rufián explota las ganancias obtenidas por un menor prostituido será cómplice del delito de abuso sexual que efectúa aquel que somete a la práctica sexual a la menor a cambio de dinero. Sin embargo, explotar la ganancia obtenida por el que ejerce la prostitución no es un acto de complicidad del abuso sexual si el prostituido es un

menor de edad —propriadamente, no es hacer posible o facilitar el acceso carnal—, es un acto distinto que, por cierto, puede castigarse en concurso con la complicidad con el delito de abuso sexual de menor si se da un concreto acto que favorezca la ejecución, haciéndola posible o facilitándola (Hurtado).

El tipo legal de prostitución, previsto y sancionado en el artículo 181 del Código Penal, comprende tres comportamientos delictivos del sujeto activo, sin hacer referencia a los medios comisivos para su realización, esto es, para entregar al sujeto pasivo a otro con el objeto de tener acceso carnal. Se trata de comprometer (el agente logra un acuerdo con el sujeto pasivo, lo convence, para entregarlo a otro con fines sexuales), seducir (el agente engaña a la víctima y la hace incurrir en error de modo que se entrega a un tercero con la finalidad de tener acceso carnal), y sustraer (el agente aparta a la víctima de su ambiente familiar para entregarlo a un tercero con fines de acceso carnal). Salinas considera que si la víctima es menor de edad, el agente será cómplice primario del delito de abuso sexual de menor, en tanto se produzca el acceso carnal del tercero.

Otro tipo legal involucrado es el de «turismo sexual adolescente». Los cuatro comportamientos delictivos tienen en común que el agente apunta a que se tenga acceso carnal con menores a cambio de dinero, para lo cual se vale de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, en los que ofrece relaciones sexuales de carácter comercial con menores de edad. Hoy en día constituirían actos de instigación de abuso sexual de menor (Salinas), siempre que se concrete en una o varias personas respecto de unas víctimas predeterminadas, así anunciadas; aunque si se trata de una actividad en público y ante un número indeterminado de individuos no podrá tener tal calidad (Hurtado Pozo), supuesto en que se estará, entonces, ante este delito.

El delito de «turismo sexual adolescente», previsto y sancionado en el artículo 181-A del Código Penal, sanciona cuatro comportamientos delictivos:

1. Promover: El agente por diversos medios fomenta, inicia, impulsa o comienza el turismo sexual. Este es agente el propietario o conductor directo del negocio.

2. Publicitar: El agente difunde, divulga, informa, hace propaganda del turismo sexual.
3. Favorecer: El agente ayuda, auxilia, asiste, ampara o auspicia del turismo sexual. Lo hace respecto del propietario, administrador o conductor directo del negocio.
4. Facilitar: El agente provee, suministra, allana, agiliza el turismo sexual. No se es propietario o conductor del negocio de turismo sexual, solo se encargan de allanar o facilitar el camino a aquel.

El delito de trata de personas, previsto y sancionado por el artículo 182 del Código Penal, tutela, de un lado, la moral sexual social, moral que está en contra de todo tráfico de personas que tenga por objeto destinarlas a la prostitución (Bramont Arias/García Cantizano); y, de otro lado, la dignidad de las personas, que es afectada con cualquier conducta de tráfico con fines sexuales (Salinas). La conducta típica apunta a que la víctima ejerza la prostitución, o someterla a esclavitud sexual, pornografía o a otras formas de explotación sexual. Varios son los supuestos típicos: a) promoción de la entrada al país de la víctima, b) promoción de la salida del país de la víctima, c) promoción del traslado dentro del territorio nacional de la víctima, d) facilitación de la entrada al país de la víctima, e) facilitación de la salida del país de la víctima, y f) facilitación de la salida del país de la víctima. Promoción, como se ha dejado expuesto, es estimular, instigar o inducir, mientras que facilitación es cooperación, ayuda o contribución.

§ 10. Por último, se tienen los delitos asociados a las «ofensas al pudor público». De un lado, se tiene las exhibiciones y publicaciones obscenas (artículo del 183 Código Penal); y, de otro, la pornografía infantil (artículo 183°-A). Ambos delitos tutelan la moral sexual social, en concreto — cuando se trata de menores de edad— el desarrollo y formación sexual del menor, como presupuesto de su libertad sexual. Se busca custodiar el bienestar psíquico de los menores, entendido en este contexto como protección jurídico penal de sus sentimientos personales frente a tales conductas exhibicionistas o relativas a la pornografía (Díez Ripollés); o, lo que es lo mismo, de su derecho a disfrutar de un adecuado proceso de formación y desarrollo evolutivo en el plano sexual sin interferencias ajenas

interesadas (Vives Antón). Por tanto, las conductas criminalizadas solo son aquellas aptas para generar el peligro de producir perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor.

El primer delito, que es de mera actividad, requiere que se desarrollen conductas obscenas en lugar público. Lo obsceno es aquello de contenido sexual uniforme, que carece de valor estético o literario, que apunta a estimular la lascivia del receptor (Villa Stein). Desde una perspectiva más concreta, Morales Prats/García Alberó, señalan que los actos de exhibición obscena reclaman conductas de contenido objetivamente lúbrico, como por ejemplo la exhibición de genitales, o bien prácticas masturbatorias, que habrán de ser cualitativamente graves para colmar la exigencia típica relativa a la obscenidad de la conducta. Otros supuestos, que están radicados en menores, son: a) entregarle productos obscenos, con entidad para alterar su desarrollo y formación sexual; b) incitar a que el menor practique un acto obsceno o facilitar su acceso a un prostíbulo; y, c) permitir el ingreso a una representación obscena.

El segundo delito, que tutela la indemnidad de los menores, a quienes se pretende proteger de que participen o intervengan en el material pornográfico (la representación sexual con menores, al igual que la que utilizan la violencia y el bestialismo, a través de diversos medios, son calificadas de pornografía «dura» según Muñoz Conde), o que sean usados para confeccionar ese material. Lo pornográfico es un término normativo-social, que exige que tenga entidad para perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de menores o adolescentes (Corcoy Bidasolo). Según la jurisprudencia norteamericana el criterio determinante para calificar un producto de pornográfico —que debe diferenciarse del erotismo— requiere, en primer lugar, que el conjunto de la obra esté dominado por un contenido groseramente lúbrico o libidinoso —potencialmente ofensiva—, tendente a excitar o satisfacer instintos sexuales y carente de valor artístico, literario, científico o pedagógico; y, en segundo lugar, que la representación sea potencialmente ofensiva por desviarse de los estándares dominantes contemporáneos de la comunidad relativos a la representación materias sexuales (Morales Prats/García Alberó). El Tribunal Supremo Español, recuerdan Orts/Roig (STS del 10.10.2002), en esa misma línea, previene que el concepto de pornografía está en función de

las costumbres y del pensamiento social, distinto en cada época, cambiante y conectado con los usos sociales de cada momento histórico.

El agente, en este caso, posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio—incluida la Internet— objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de edad, en los que los menores aparezcan en conductas sexuales aparentes o reales. Se entiende que tales representaciones sexuales tienen idoneidad para producir algún daño en el desarrollo de la personalidad de personas inmaduras.

Aquí no se sanciona que el material pornográfico tenga como destino a los menores, sino que en él hayan participado o se haya hecho uso de los menores. Según Corcoy Bidasolo, en los convenios internacionales se define la pornografía infantil como: «toda representación por cualquier medio de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales», aunque es de aclarar que ese material tiene que merecer la consideración de pornográfico. Los destinatarios pueden ser menores como mayores de edad (Salinas).

3. Derecho procesal penal

§ 11. La persecución penal de los delitos sexuales en los que son víctimas los menores de edad presenta una serie de especialidades procedimentales, que en buena cuenta destacan la vulnerabilidad intrínseca de un menor que se ve convocado a que participe, incluso coactivamente, en las actuaciones del proceso penal.

Un dato esencial, que vino recién con la Ley número 27115, del 17 de mayo de 1999, es la persecución pública de los delitos sexuales. Desde esta opción legislativa, si se tiene en cuenta que el normal desarrollo de la sexualidad constituye parte esencial del Derecho fundamental al desarrollo de la personalidad y que, como tal Derecho Fundamental, los Poderes públicos deben garantizar, entonces, su perseguibilidad no puede quedar a la libre iniciativa de los particulares (Fuentes Soriano), lo que por lo demás se erige en un factor criminógeno que fomente las extorsiones sobre la

víctima o bien el mercadeo por parte de esta al objeto de «vender» la no interposición de denuncia.

Las normas procesales, en primer lugar, pretenden proteger al menor de una posible victimización secundaria; y, por ello, impide la publicidad y modulan determinados actos de investigación y de prueba, al restringir, por ejemplo, la posibilidad de ser careado con el imputado, y al exigir el interrogatorio indirecto, a través del juez, e incluso declarar frente al imputado. En segundo, condicionan las diligencias de instrucción y plenarias a su estado de salud psicológica, permite la presencia de un familiar y la concurrencia de un perito psicólogo cuando debe intervenir en un acto policial, fiscal o judicial. En tercero, configuran medidas instrumentales restrictivas de derechos que incluso pueden comprenderlo (es el caso de pruebas genéticas, revisiones íntimas). En cuarto, introducen medidas de protección de diversa índole.

§ 12. Tratándose del menor víctima, las especialidades procedimentales tienen como eje: la garantía del estado físico y mental del niño (ex artículo 3.3 Ley número 27115). Si bien la Ley solo hace mención a las actuaciones probatorias, debe extenderse, por obvias razones, a todos los actos procesales en que deba participar un menor. El Fiscal y el Juez deberán tomar nota de las características y situación del menor en el caso concreto y, a partir de esa condición, modular y adaptar los actos procesales en que deba intervenir, al punto incluso, en los casos extremos más delicados, previa opinión pericial, de suspender o impedir definitivamente su realización. El juicio de proporcionalidad claramente se inclina, ante un conflicto de derechos, en especial del derecho a la prueba pertinente del imputado, por el bienestar del niño, y cuida de someterlo a diligencias de intensidad psicológica manifiesta que tengan entidad suficiente para afectar su equilibrio emocional o agravarlo aún más.

- a) Un primer nivel de protección tiene que ver con la primera declaración del menor agraviado. Inicialmente el artículo 2 de la Ley número 27055, del 24 de enero de 1999, estableció que en los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes —hasta 18 años de edad, artículo I TP CNA— la declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, con arreglo al CNA, salvo mandato contrario del Juez. La opción es que el menor no sea sometido a una pluralidad de

testimonios en sede de investigación, que no repita ante el Juez Penal, en el estrado judicial, el acto realizado en sede preliminar.

Se discute si es necesaria la concurrencia del menor al acto oral. Parecería que sí, y por dos razones: el principio de contradicción y el derecho a la prueba pertinente del imputado, en base a los cuales el material probatorio que debe sustentar el fallo del juez sentenciador referido a la prueba personal debe formarse con la inmediación del juez y al socaire de la intervención y conainterrogatorio de la defensa.

Posteriormente, el nuevo CNA, del 7 de agosto de 2000, consagró en el inciso b) del artículo 144 la presencia obligatoria del Fiscal Familia en las declaraciones en sede policial de niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, «bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional». Pero no solo eso, también dispuso que el Fiscal de Familia, obligatoriamente, ordenará una evaluación clínica y psicológica de la víctima por personal especializado —o, lo que es lo mismo, informes médico legales, incluso propiamente sanitarios, y psicológicos—; y, a continuación, remitirá al Fiscal Penal un Informe de lo actuado [podrá ser copia del Informe Policial si la policía ha intervenido desde el primer momento en la investigación], el acta de interrogatorio y los resultados de la evaluación.

La declaración del niño o adolescente debe contar con el concurso de una persona de su confianza. En primer lugar serán los padres o quien lo tenga bajo su tutela, siempre que no fueran los denunciados. En su defecto estos pueden designar a un representante. Se trata de dar confianza y seguridad al menor y mínimas garantías de equilibrio emocional que le permita una exposición de los hechos lo más cercana a la realidad de lo acontecido, con la seguridad que su exposición se producirá en un ambiente protegido. El NCPP, artículo 171.3, prevé, adicionalmente, la intervención directiva de un perito psicólogo —él llevará a cabo el interrogatorio, en presencia fiscal o judicial—, precisamente para garantizar no solo la integridad moral del menor sino para obtener información útil y veraz sobre lo acontecido.

- b) Un segundo nivel de protección está centrado en dos diligencias que importan el concurso personal del imputado: confrontación y reconstrucción. La Ley número 27055, que modificó el artículo 143 ACPP 1940, estipuló que la confrontación entre imputado y el agraviado hasta 14 años está prohibida, salvo que sea él mismo quien lo solicite (desde luego, si el juez aprecia, con el concurso pericial, lo inconveniente del acto «en función a los superiores intereses del niño, a su estado físico o emocional», está en la potestad de impedirla). El artículo 146 ACPP 1940, modificado por la Ley número 27055, si bien no prohibió el reconocimiento personal —disposición razonable porque no importa contacto físico con el reo—, sí lo hizo respecto a la diligencia de reconstrucción, y aquí la edad de la víctima se extiende hasta los 18 años. Esta última es una diligencia que tiene como rasgo distintivo su naturaleza de control —el Instructor se traslada al lugar de la comisión del delito, adoptando las medidas oportunas que su ciencia le sugiera, para reproducir el hecho sobre el escenario mismo en que se ejecutó, con asistencia de los testigo y del imputados, con el fin de adquirir conocimiento seguro de la forma en que el hecho se perpetró y de sus circunstancias (Paz Rubio)—, y como importa un debate y relación más intensa con el imputado resulta razonable que la edad de la víctima sea superior.
- c) Un tercer nivel de protección está centrado en el juicio oral, que está informado por los principios de publicidad, inmediación y de contradicción en sus estándares más altos. El artículo 218 ACPP 1940 prescribe que en los delitos sexuales la audiencia se realizará siempre en privado. El artículo 256, modificado por el Decreto Legislativo número 959, establece que si la víctima es menor de edad, y se tema un perjuicio relevante para él, podrá alejarse al imputado de la Sala de Audiencias.

El NCPP 2004 estatuye, en primer lugar, que el Tribunal podrá disponer la realización en privado de todo o parte del juicio cuando se afecte el pudor o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio —un supuesto típico es, por cierto, el del menor víctima de abuso sexual— (artículo 357.1 'a'). En segundo lugar, la declaración del menor de 16 años será conducida por el Juez —solo *cross examination* indirecto—,

con el auxilio, de ser el caso, de un familiar y un experto en psicología; salvo que se aprecie que el interrogatorio directo no perjudicará su serenidad (artículo 378.3). En tercer lugar, podrá alejarse al acusado de la Sala de Audiencias cuando declare el menor de 16 años si es de temer un perjuicio relevante para él. Sin duda la discrecionalidad judicial debe estar fundada en un análisis del hecho objeto de juzgamiento, de la afectación padecida por la víctima menor de edad y por sus condiciones actuales (artículo 380.2).

Cierra la protección al menor, el artículo 3.1 de la Ley número 27115. Sería el cuarto nivel de protección. Tanto la investigación preliminar cuanto el proceso jurisdiccional en su conjunto serán reservados. No cabe la publicidad hacia terceros, ajenos a las partes procesales. Adicionalmente, siempre debe preservarse la identidad de la víctima; esto es, se dictarán las medidas necesarias para que nadie pueda acceder al nombre del agraviado por delitos sexuales. La práctica judicial ha entendido, primero, que en la carátula de los expedientes judiciales no puede mencionarse el nombre de la víctima; y, segundo, que en el auto de apertura de instrucción, en el auto de enjuiciamiento y en la sentencia no se indicará el nombre de la víctima (se trata de actos procesales del juez que, sin duda, permitirían identificar el nombre de las partes, con lo cual se frustraría la voluntad de la ley de impedir el efecto lesivo del *strepitus forii*). No obstante ello, es evidente que en la causa deben existir las constancias necesarias para identificar a la víctima, no solo de cara a la actividad probatoria, sino también para definir quién es el agraviado y a quién debe abonarse la reparación civil en caso de condena.

§ 13. Las diligencias de investigación y de prueba, asimismo, presentan ciertas singularidades. Es de hacer referencia, por un lado, al registro personal y a la intervención personal; y, de otro lado, al nivel de verosimilitud de la declaración de una víctima menor de edad, y a la necesidad consiguiente de una pericia psicológica.

- 1) El cuerpo humano, de hecho, más aún en los delitos sexuales, es utilizado como sujeto pasivo en orden a la investigación y comprobación del delito. Según el derecho fundamental predominantemente afectado al realizar las diligencias —como actos de investigación o medios de prueba— se tiene las inspecciones y

registros corporales, de un lado, y las intervenciones corporales, de otro.

- 2) Las inspecciones y registros corporales consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etcétera), circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (exámenes ginecológicos, electrocardiogramas, etcétera) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etcétera) que afectan, cuando recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad, el derecho a la intimidad corporal. Estos buscan objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales, así como rastros o vestigios materiales del delito: semen, sangre, heridas (Ortego Pérez).
- 3) Las intervenciones corporales consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etcétera) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etcétera). La prueba genética, de ADN, ha sido considerada pertinente por la Corte Suprema no solo para dilucidar la paternidad si fuera el caso, sino también para otorgar consistencia a la imputación por violación sexual (Ejecución Suprema del 18 de febrero de 2003, recaída en el R.N. número 3703–2002/Lima).
- 4) La exploración ginecológica es, pues, una inspección corporal, que está enderezada a revisar los esfínteres de una persona —es especial la cavidad vaginal— para la comprobación del hecho delictivo, que se pueden proyectar sobre las demás partes del cuerpo, a la zona extragenital (rostro, cuello, mamas, abdomen, muslos, etcétera).

El artículo 3.2 de la Ley número 27115 prescribe que el examen médico legal se practica previo consentimiento de la víctima, el mismo que lo realizará exclusivamente el médico encargado del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar; la presencia de otras personas en el

acto pericial está condicionado, igualmente, al previo consentimiento de la víctima. Como quiera que está comprometida la intimidad corporal no es posible la intervención de terceros, que de ese modo atentarían contra el recato natural de la víctima y lesionarían su dignidad personal; además, se debe realizar por un profesional sanitario —esas pericias, a partir de la ley comentada, solo requieren el concurso de un médico perito—.

Es particularmente grave entender, como parece hacerlo la ley peruana, que la realización del examen ginecológico —y otras pruebas en esa misma perspectiva científica— está condicionada al consentimiento de la víctima, pues ello podría afectar seriamente la eficacia de la labor de esclarecimiento, esencial en esta clase de delitos. No obstante ello, desde las bases de la propia Ley, no cabe otra opción hermenéutica: no se puede obligar a la víctima a someterse a un examen corporal y revisión de fluidos, lo que por cierto será una fuente primaria de impunidad. Al respecto un fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Argentina, por ejemplo, decidió que, en ese caso, constituirá un indicio contrario a la posición sustentada por la renuente (Sala VII, I., J.A. y otros, del 6 de diciembre de 1999).

Es del caso puntualizar, como ha dejado expuesto el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que es absolutamente razonable poder imponer la realización de tales exámenes cuando proporcionalmente resulte exigible, pues su realización no vulnera ni la intimidad ni, esencialmente, la dignidad de la persona. En igual sentido la Corte Constitucional Italiana (sentencia número 54/1986, del 24 de marzo de 1986) señaló que la inspección y la intervención coactivas no importan un acto de menosprecio. Ese es el sentido, bajo inspiración germana, del NCPP 2004, artículos. 211.1 —respecto del imputado— y 212 —respecto de la víctima y otras personas no inculpadas—, radicado en la necesidad de defensa de importantes intereses colectivos.

Distinto es el caso del imputado, pues como estableció la Casación Argentina, que rechazó como imposibilidad del examen corporal la negativa del imputado, su derecho constitucional a no ser coartado a declarar contra sí mismo no incluye el de resistir una medida en la que «...el imputado es objeto de prueba, y no sujeto de ella...» (Sala III, causa número 2242, «Themba, Cecil Oupa», del 31 mayo de 2000); incluso, la Suprema Corte de la Nación Argentina no ha considerado tal acto imperativo como una

práctica humillante o degradante, salvado el debido trato, ya que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio («H.,G.S. y otro», del 4 de diciembre de 1995; Fallos, 318:2518).

§ 14. La valoración de la declaración de un menor-víctima está sujeta a varios controles. En primer lugar, se debate si es necesario realizar una fuerte relativización de la versión del menor de edad, en función a que se les atribuye una capacidad de fabulación superior a lo normal. Empero, se responde a esa objeción que no es posible atribuirles automáticamente tal capacidad para desechar sus testimonios incriminatorios. Si bien su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada, y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio —lo que, por lo demás, es propio de cualquier persona adulta—, ello en todo caso solo exige extremar el cuidado en su análisis o ponderación (Climent Duran). El niño/niña objeto de una agresión natural no da cuenta e informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos. Siendo así, como dice la STS del 6 de abril de 1992, su testimonio puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho. En consecuencia, de la minoridad de la víctima no surge la necesidad de la desestimación de su versión.

Se considera, en segundo lugar, que es conveniente someter al menor a una pericia psicológica, no solo que permita advertir su estado emocional y el nivel de afectación que ha podido causarle el delito en su agravio —por lo demás, ello es evidente a partir de lo dispuesto en el artículo 144° ‘b’ CNA— (el abuso sexual de niños es considerado las formas más severas de maltrato infantil, y constituye uno de los traumas psíquicos más intensos y sus consecuencias son sumamente destructivas para el estructuración de la personalidad: Espeche de Martínez), sino especialmente para determinar el grado de fiabilidad de su testimonio. Las técnicas psicológicas, de común aceptación, pueden descartar en un testigo menor la presencia de ideas de fabulación, de simulación o de fantasía, y concluir —indiciariamente— por la verosimilitud y la sinceridad del relato (Sentencia del Tribunal Supremo Español 1773/2002). Cabe aclarar, sin embargo, como previene

Tenca, que esa pericia o la psiquiátrica solo puede apreciar el equilibrio o desequilibrio de la personalidad del niño, buscar motivaciones, inconscientes o conscientes tendencias perversas, pero no puede concluir con seguridad que el niño no mienta, o que no pueda estar confundiendo sus «fantasmas» con la realidad —concluir que el niño no miente, no es científicamente posible.

La práctica jurisprudencial, desde otra perspectiva, ha descartado, por innecesaria, la denominada pericia sexológica. Se considera inadmisibile porque solo cabe acreditar el acceso carnal o el acto análogo y las circunstancias que lo rodearon, de ninguna manera el perfil psicológico y sexológico del acusado y de la víctima, ni hace falta conocer la capacidad de ellos para proyectar fantasías sexuales, fabular o falsear la realidad, menos para dictaminar sobre la intensidad y potencialidad sexual del acusado (así, Paz Rubio y STS del 23 mayo de 1995), lo que por cierto es distinto, a partir de la forma y circunstancias del hecho relatado por la víctima, de una pericia acerca de disfunción eréctil del imputado. De igual manera, es de descartar, por no ser ni pertinente ni demostrativa, la denominada pericia de sexometría —calificada por la STS del 15 de septiembre de 1998–9 de ‘inusual y repugnante’—; reconocer y describir el órgano sexual del imputado y la capacidad vaginal de la víctima carece de sentido en función a las exigencias típicas del delito de abuso sexual: no requiere la penetración total.

§ 15. La valoración de la prueba en los delitos sexuales presenta singularidades, derivadas de su producción. Dos son las notas características más saltantes de los delitos sexuales: a) lugar donde se cometen: suelen hacerse en lugares privados, sin la presencia de testigos, y muchas veces sin la existencia de rastros (desfloración, sangre, semen, huellas, etcétera) que puedan develar lo sucedido a través de las pericias técnicas específicas, por ende, el juez cuenta, de modo exclusivo, con el testimonio de la supuesta víctima y el supuesto victimario; y, b) múltiples particularidades de las conductas sexuales de las personas: estas suelen poner al desnudo aspectos de la personalidad que no se manifestarían en otros ámbitos de relación social, en especial determinadas perversiones sexuales, cuyo descubrimiento puede tener un gran valor para alcanzar la verdad (Tenca). La Suprema Corte de Justicia de la Argentina insiste en la difícil recolección de la prueba en estos delitos, a cuyo efecto cita los desarreglos psicológicos que

provocan en la víctima y el transcurso del tiempo hasta que llega la noticia al Tribunal (Sentencia del 1 de julio de 1997). Por consiguiente, debe procederse a una prueba por indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima (Cancio Meliá); una sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal Argentina, del 6 de abril de 1995, ha llegado a decir al respecto que, ante la inexistencia de testigos presenciales del hecho, el juzgador debe basarse en los dichos de la víctima y en el que de las personas que tomaron conocimiento mediante sus dichos. Se destaca también, de ser el caso, la comprobación de lesiones mediante el peritaje médico y el indicio de oportunidad derivado de la declaración del imputado.

Descartada la posición clásica del *testis unus testis nullus*, se considera que la declaración del agraviado tiene entidad suficiente para ser considerada prueba válida —legítima— de cargo y enervar la presunción constitucional de inocencia, en tanto sea sometida a una profunda y exhaustiva valoración; ha expuesto, por ejemplo, la Casación Italiana que «...las declaraciones dadas por la víctima del delito, a quien la ley confiere la capacidad de testificar, pueden ser admitidas como fuentes de convencimiento al igual que otras pruebas sin necesidad de apoyo externo ... [en cuyo caso] el juez no está exento de realizar un examen sobre la credibilidad intrínseca del declarante, que debe ser particularmente riguroso cuando se carezca de datos objetivos emergentes de los actos con relación a la persona ofendida» (Casación del 22 de enero de 1997, número 207642). Para descartarla, en principio, deben existir razones objetivas que invaliden las afirmaciones de la víctima o que provoquen en el Tribunal de mérito una duda que impida su convicción (STS del 8 octubre de 1990). El examen de validez de la declaración de la víctima ha sido asumido por la Corte Suprema al exigir, cuando se trata del único medio de prueba, que se valore en su coherencia y uniformidad (Ejecución Suprema del 24 junio de 2003, recaída en el R.N. número 245–2003/Madre de Dios).

El problema es de credibilidad, no de legalidad. El Acuerdo Plenario número 2–2005/CJ–116, del 30 de septiembre de 2005, precisa tres garantías de certeza:

- 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Inexistencia de relaciones entre ambas partes de odio, enemistad, resentimiento y otros que

pueden incidir en la parcialidad de la deposición, y, por ende, le nieguen aptitud para generar certeza. Aquí es de cuidar muy especialmente la posición de la víctima cuando exista una relación difícil y conflictiva en el seno familiar.

- 2) Verosimilitud. No solo en la coherencia y solidez de la propia declaración —tratándose de menores es importante descartar la tendencia a la fabulación, para lo cual, como se ha expuesto, puede ayudar la pericia psicológica—, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones objetivas de carácter periférico que le doten de aptitud probatoria. Se entienden como tales los reconocimientos médicos, referencias ajenas al testimonio de la víctima, entre otras (STS, del 28.12.1990). Desde esta perspectiva, las contradicciones en el relato de la víctima, así como su imprecisión, unida a la firma negativa del imputado constituyen, por cierto, una razón valedera para la absolución (Ej. Sup. recaída en el R.N. número 1053–2003). An cuando con ciertas reservas, en algunos casos, el Supremo Tribunal, ha descartado el juicio positivo de verosimilitud la denuncia tardía de la víctima, hecho que no se condice frente a la gravedad del delito (Ejecución Suprema del 2.6.1999, recaída en el R.N. número 96–99/Lima) —aunque, claro, la experiencia criminalística enseña que en muchísimos casos, mayormente asociados a violencia familiar, tal situación es bastante común.
- 3) Persistencia en la incriminación. Es un requisito que puede ser relativizado, en función a la fundabilidad de una retractación ulterior, a los motivos y razonabilidad que lo sustenten. Las presiones del entorno familiar, más aún en un contexto de violencia doméstica o malos tratos, pueden explicar y justificar apartarse del requisito de persistencia en la incriminación, lo que no quita que el testimonio que se acepta como válido deba ser coherente, sin ambigüedades ni contradicciones internas. Se entiende aquí que si la falta de persistencia en la incriminación ello obedece a presiones externas, consecuentemente, estas por espurias no deben conseguir su objetivo, lo que en todo caso merece un análisis explicativo esencial (Buegué Lezaún, STS número 24566/92, del 6 de noviembre).

4. Derecho de familia: violencia familiar

§ 16. La violencia familiar puede concebirse como toda forma de violencia física o psicológica que pone en peligro la seguridad o bienestar de un miembro de la familia. Es el recurso a la fuerza física, incluida la violencia sexual, en la familia o en el hogar. En este concepto se incluyen el maltrato infantil o a los ancianos, el maltrato de mujeres y los abusos sexuales o de otro tipo contra cualquier persona, hombre o mujer, que conviva bajo el mismo techo.

Dada la extrema importancia de la violencia familiar, que el TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobado por DS número 006-97-JUS, del 27 junio de 1997, identifica como toda acción u omisión que causa daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacciones graves, que se produzcan entre cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes y quienes habitan en el mismo hogar (artículo 2), impone la configuración de una política de Estado y la estructuración de las pertinentes medidas de protección que se expresan en el ámbito de la Administración y Judiciales. Esta aborda no solo la legislación, sino la institucionalidad y el aspecto cultural del problema (los tres, como se sabe, integran el sistema jurídico).

Dentro de las primeras son de destacar las campañas de sensibilización social, de formación educativa, y de establecimiento de Hogares de Refugio Temporal, Defensorías de la Mujer, Servicios de Consejería, grupos de ayuda mutua, defensorías Municipales del Niño y Adolescentes, servicios de rehabilitación para agresores, entre otros, a nivel municipal (medidas de atención y de ayuda ulterior a la salida de los Hogares de Refugio), así como medidas de coordinación institucional y de la ONG para el desarrollo de labores preventivas y de control, y de apoyo al tratamiento de víctimas de violencia y agresores [medidas de carácter asistencial]. Desde el año 2001 se han aprobado Planes Nacionales contra la Violencia hacia la mujer, los niños y los adultos mayores, y se han creado los Centros Emergencia Mujer (servicios públicos especializados y gratuitos, de atención integral y multidisciplinaria para víctimas de violencia familiar y sexual) y Casas Refugio. También se ha creado el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y sexual, como órgano del MIMDES encargado de diseñar y

ejecutar, a nivel nacional, acciones y políticas de prevención y atención, así como apoyar a las víctimas.

§ 17. La garantía jurisdiccional. Desde la perspectiva de la garantía jurisdiccional —que expresa la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en cuya virtud todo asunto jurídico puede plantearse ante un órgano jurisdiccional, sin que las personas estén limitadas a la resolución de otros órganos no jurisdiccionales, el cual debe responder mediante una resolución de fondo, fundada en derecho—, la Ley dispone la configuración de procesos legales eficaces para las víctimas de violencia familiar, caracterizados por un mínimo de formalismo y la tendencia a brindar medidas cautelares —Tutela Provisional— y resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Se trata de medidas de reacción frente a la violencia familiar ya padecida, que con todas las demás buscan prevenir futuras situaciones de riesgo.

Como se sabe, el modelo nacional no asumió la tipificación de un delito de malos tratos, como los casos alemán, español, portugués, francés y sueco —también esta tipificado como delito en Gran Bretaña, con la *Family Law Act*. Se optó, asumiendo la tendencia latinoamericana —de la que fue pionera Puerto Rico mediante su Ley del 5 de agosto de 1999—, por la elaboración de una ley específica con vocación de regulación en forma conjunta de todos los aspectos del problema desde distintas perspectivas: sociales, institucionales, procesales civiles y penales. Estas reglas no tipifican delitos —la legislación prevé que la relación familiar es una circunstancia agravante de delitos comunes— ni modificaciones al Código Civil, sino que identifica un Juez Especializado para el conocimiento, que serían el Juez de Familia y el Juez Penal, precisa las atribuciones de la Fiscalía, instituye un proceso civil ad hoc, y configura una serie de medidas procesales y de prevención, a la vez que identifica los órganos públicos encargados de concretos ámbitos de actividad.

La Ley base, inicial, es la num. 26260 (del 8 de diciembre de 1993), modificada por la Ley número 26763 (del 25 de marzo de 1997), que a su vez dio lugar al TUO aprobado por Decreto Supremo número 006–97–JUS, del 25 junio de 1997, y a su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo número 002–98–JUS. El TUO ha sido objeto de cuatro leyes modificatorias: número 27016 (del 19 de diciembre de 1998), 27306 (del

14 de julio de 2000), 27982 (del 28 de mayo de 2003) y 28236 (del 29 mayo de 2004).

§ 18. La Ley no solo define, con toda precisión, lo que debe entenderse por «violencia familiar», según ya se ha expuesto: identifica los sujetos activos y pasivos y define la conducta material, a la vez que su artículo 4º atribuye a la PNP el conocimiento de las denuncias y la realización de las investigaciones preliminares respectivas, bajo la conducción del Ministerio Público. La legitimación para denunciar no solo se limita al afectado sino a cualquier persona, vía acción popular. Ello sin perjuicio de la investigación de oficio que esta pueda iniciar.

Lo trascendental de esta disposición es que la investigación preliminar policial, bajo la conducción del Ministerio Público, no solo tiene una dimensión penal, sino que el Informe Policial servirá como elemento de convicción tanto en sede penal como en sede civil, en este último caso para la incoación del proceso sobre violencia familiar, así como para los procesos matrimoniales, de separación de bienes, etcétera, que pueda intentar la víctima, quien está facultada para pedir copia del Informe Policial para ejercer sus derechos en sede jurisdiccional.

§ 19. Tutela Jurisdiccional Civil. La Ley instituye un Fiscal de Familia y un Juez Especializado de Familia, como órganos del MP y del PJ, respectivamente, con competencia para conocer de los asuntos de violencia familiar, a la par que le atribuye ámbitos concretos de conocimiento material y le reconoce potestades, en el primer caso, para iniciar investigaciones, dictar medidas de protección inmediatas, solicitar medidas cautelares e interponer las demandas ante el Juez de Familia; en el segundo caso, le entrega el conocimiento de pretensiones sobre violencia familiar —tanto resarcitorias como tuitivas, de protección y asistenciales—, identifica el tipo de procedimiento a seguir, establece la tutela que puede otorgar y le entrega poderes cautelares —de protección provisional— y de protección civil.

¿Cuál es la tutela de condena que busca obtenerse en este peculiar proceso sobre violencia familiar, con fuertes componentes sociales? Son cinco:

1. Dictar medidas de protección a favor de la víctima, tales como: a) suspensión temporal de la cohabitación; b) salida temporal del agresor

del domicilio; c) prohibición temporal de visitas; d) impedimento de toda clase de formas de acoso a la víctima ¿reintegro del hogar de quien injustificadamente haya sido obligado a ausentarse?; y, d) otras medidas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de las víctimas (medida de seguridad).

2. Imponer tratamiento especializado a las víctimas, familia y agresor (medida de seguridad).
3. Reparación del daño (medidas de orden civil: honorarios médicos, psicólogos, psiquiatras, reparación de inmuebles y muebles, desplazamiento y alojamiento de las víctimas).
4. Imposición de pensión de alimentos a favor de la víctima cuando resulte necesario para su subsistencia (medidas de orden civil).
5. Incluir mandatos que aseguren la eficacia de las pretensiones exigidas y los derechos esenciales de la víctima: en casos graves, protección especial de la víctima por parte de la policía, tanto en su domicilio como en su centro laboral; decomiso de armas, etcétera.

A los efectos de garantizar una conducta procesal de respeto a la actividad judicial, se reconoce expresamente al Juez facultades coercitivas tanto de imposición de una multa compulsiva y progresiva, cuanto la detención hasta de 24 horas a quien se resiste a su mandato sin justificación, como el allanamiento domiciliario.

Pero no solo eso: las medidas arbitradas, integrantes de la pretensión principal, también pueden imponer como medidas cautelares anticipadas sobre el fondo. Rige, por tanto, el artículo 618 de Código Procesal Civil. Ello será posible si están en condiciones de evitar un perjuicio irreparable o que puedan asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

§ 20. Rol del Fiscal de Familia. La Ley otorga al Fiscal un papel muy activo en los procesos civiles por violencia familiar. Él recibe las peticiones sobre la materia o puede actuar de oficio, incoando las investigaciones respectivas, que incluirán por cierto el requerimiento a que la Policía, bajo su conducción, realice las averiguaciones pertinentes. El Fiscal está obligado a dictar las medidas de protección inmediatas, antes indicadas; y, si la

seguridad de la víctima o de su familia requiriera una decisión jurisdiccional la solicitará al Juez de Familia, que se tramitará como medidas anticipadas fuera de proceso —sin el requisito de la contracautela—, siendo el caso más emblemático la asignación anticipada de alimentos.

El reglamento de la Ley —artículo 11— estipula que las medidas de protección correspondientes —que son las de: a) suspensión temporal de la cohabitación; b) salida temporal del agresor del domicilio; c) prohibición temporal de visitas; d) impedimento de toda clase de formas de acoso a la víctima; y, d) otras medidas que garanticen la integridad física, psíquica y moral de las víctimas— si bien pueden dictarse por el Fiscal, que también tiene poder coercitivo de conducción compulsiva, requieren la resolución confirmatoria del Juez de Familia, lo que se explica porque se trata de restricción de derechos del demandado o requerido y, de conformidad con el principio de proporcionalidad, necesitan de una resolución motivada del juez competente. Esto último también explica que la imposición de las medidas está sujeta a la existencia de peligro por la demora y a la indispensabilidad de la medida para evitar mayor perjuicio a la víctima o para garantizar su integridad.

Culminadas las investigaciones, el Fiscal deberá interponer la demanda respectiva introduciendo las pretensiones correspondientes, y se conducirá como parte (legitimación activa extraordinaria impuesta por la ley).

§ 21. *Tutela Jurisdiccional Penal.* Cuando los hechos de violencia familiar constituyan delito o falta, los jueces penales están autorizados a dictar de oficio, cuando expidan el auto de apertura de instrucción, las medidas cautelares que señala la Ley. De igual manera, en función a la gravedad de los hechos, o a su reiteración, pueden disponer la detención del imputado. También se autoriza al Juez Penal a proferir las medidas de protección, las cuales incluso pueden dictarse tanto como medidas provisionales, incluidas como restricciones en la comparecencia restrictiva, cuanto como medidas ejecutivas, que por su contenido importan modalidades de inhabilitación, en la sentencia.

Una aclaración puntual está referida a la incorporación del denominado «tercer peligro», que es el de reiteración delictiva: *periculum in damnum*, como justificativo de una medida provisional de detención o prisión preventiva; 'peligro' no reconocido para el resto de los delitos y procesos

penales, que solo alcanzan a los peligros de fuga y de obstaculización de la actividad probatoria.

Es importante precisar, conforme a la doctrina más acabada y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (verbigracia: Asuntos Guzzardi, del 6 de noviembre de 1980; Clooth, del 12 de noviembre de 1991; y, Asunto Toth, del 12 diciembre de 1991, entre otros), que el denominado «peligro de reiteración delictiva» está destinada a evitar una infracción concreta y determinada, y esta será otro acto de violencia familiar de relevancia penal, de similar contenido al hecho que determinó la incoación del proceso pena —naturaleza común entre el hechos presuntamente cometido y el que se pretende evitar, y que ambos sean graves.

Dos son los criterios que han de tomarse en cuenta; uno, relativo al delito cometido y a las circunstancias de su comisión; y, dos, referido al hecho esperado y que se pretende evitar. El primero ha de atender a la gravedad del delito, a su naturaleza a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del imputado —Gimeno Sendra, precisa que el imputado debe tener el suficiente grado de experiencia y capacidad para facilitar la repetición de los actos delictivos y a su personalidad, verbigracia: Asunto W vs. Suiza, STEDH, del 26 de enero de 1993—; el segundo ha de medir la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.

Otra precisión conceptual es que las restricciones del mandato de comparecencia incluyen las medidas de protección del artículo 10, las que a su vez se impondrán como reglas de conducta en los supuestos, según entiendo, de condena condicional y suspensión del fallo condenatorio. Aunque también es posible instituir las como inhabilitaciones —restricciones de conducta al dictar sentencia—, no incluirlas expresamente en el CP limita muchísimo su imposición como inhabilitación accesoria.

Las órdenes de prohibición —de residir o alejamiento del domicilio, de aproximarse o comunicarse con la víctima, de acudir a los mismos sitios, entre otras posibles (el artículo 10 del TUO es amplio al respecto)— apuntan a proteger a la víctima de futuras y probables agresiones, cumpliendo de este modo funciones de aseguramiento y prevención (Moreno Catena). También garantizan indirectamente el derecho a la libertad del imputado,

por cuando si cumple con estas prestaciones y no pone en peligro los bienes de la víctima no se justifica su ingreso en prisión preventiva, cumpliéndose, de este modo, el principio de la «alternativa menos gravosa» para el derecho a la libertad (Gimeno Sendra). El presupuesto de estas medidas es la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito asociado a la violencia familiar, y deben ser concebidas, tanto en su adopción como en su mantenimiento ulterior, como medidas de aplicación excepcional, provisional y proporcionadas a la consecución de los fines de protección mencionados; no solo se atenderá los intereses tutelados, sino también la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, su situación familiar y actividad laboral, atendiendo a la posible continuidad de esta última durante la vigencia de la medida y tras su finalización.

Las medidas de protección. La Ley no detalla en qué consisten (Por ejemplo, según la Ley Española 27/2003, del 31 de julio, en lo penal prevé: desde la detención hasta las restricciones ya reconocidas en la ley; en lo civil: vivienda familiar, régimen de custodia, de alimentos; en lo asistencial, dirigida a la Administración: medidas de seguridad o de asistencia social en general, como albergues, apoyo económico, jurídico, sanitario, psicológico o de otra índole). Tienen un carácter integral y son más amplias que las medidas limitativas de derechos. Por encima de cualquier otra consideración, pretenden dispensar a la víctima una protección completa en el proceso penal, evitándole el peregrinar a la jurisdicción civil y activando los mecanismos asistenciales administrativos. Se ha de tomar en cuenta el *fumus delicti* (apreciación judicial de la existencia del hecho y de la responsabilidad del imputado), no tanto el *periculum in mora* (peligro para la ordenada marcha del proceso por la tardanza) y, relevantemente, el *periculum in damnum* (sobre la base de la situación objetiva de riesgo para la víctima).

§ 22. *Algunas aclaraciones finales.* La Ley, indistintamente a las medidas glosadas, las denomina medidas de protección y medidas cautelares. Si bien ambas requieren un mandato judicial fundado o motivado y pueden dictarse antes de la incoación del proceso o durante su desarrollo, presentan una naturaleza jurídica diferente.

Las medidas de protección, o medidas de seguridad, en estricto derecho procesal, más allá que sean inmediatas o no, no importan limitación de

derechos individuales al imputado. Constituyen, más bien, prestaciones que el Estado realiza a sujetos vulnerables en sede procesal, en función al peligro que se cierne contra su integridad. Su objeto es evitar atentados en su contra, y garantizarles seguridad y tranquilidad, a fin de que puedan cumplir con sus deberes procesales o con los compromisos a los que voluntariamente se sometió. También están orientadas a evitar el desamparo de las víctimas y dar respuesta a su situación de especial vulnerabilidad, sin necesidad de esperar la formalización del proceso jurisdiccional correspondiente —el propio de violencia familiar o, en su caso, el matrimonial—. En esta perspectiva, lo que se denomina «medidas de protección» en el artículo 10 son medidas provisionales personales con finalidad tuitiva coercitiva, en tanto, de un lado, están orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos; y, de otro lado, afectan los derechos del imputado. No buscan asegurar la presencia física del encausado en el proceso ni garantizar la ejecución de la sentencia (finalidad cautelar), tampoco asegurar la prueba (finalidad protectora de la actividad probatoria).

Llama la atención, desde luego, la ausencia de una imprescindible habilitación normativa para limitar o privar al imputado de derechos fundamentales como consecuencia o con motivo de la sustanciación de un proceso jurisdiccional por violencia familiar, civil o penal. Es cierto que nada hay que objetar a lo que hace a la conveniencia y necesidad de establecer medidas de esa naturaleza, en razón de las circunstancias que rodean la comisión de actos de violencia familiar. Sin embargo, la parquedad de la norma y la absoluta falta de regulación de esas medidas pone en riesgo cierto la virtualidad de las mismas, porque la Ley no contiene prácticamente parámetro normativo alguno que habilite al juzgador para adoptarlas y no ha previsto los presupuestos y requisitos para acordarlas. Pese a ello, el juez deberá atenerse a los principios de necesidad —de protección integral e inmediata de la víctima— y proporcionalidad y respeto a los principios de contradicción, audiencia y defensa, sin perjuicio de cubrir el resto de requisitos: intensidad y modalidad concreta de la medida, duración, etcétera, de acuerdo con lo que en cada momento considere oportuno y pertinente.

Es de aclarar, empero, que el tratamiento integral es esencial. Las medidas de protección precisan de medios materiales y personales

especializados de no poca envergadura al efecto de garantizar el efectivo control y vigilancia de su cumplimiento que, de otro modo, defraudarían las expectativas depositadas en la aplicación del derecho como instrumento de garantía de la paz y convivencia social. Aquí el rol de los municipios y gobiernos regionales es central para su eficacia, así como de las ONG.

Bibliografía básica

BEGUÉ LEZAÚN, J.J.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Barcelona: Editorial Bosch, 1999.

BERTOLINO, Marta: «Libertad sexual y blue jeans: comentario a una sentencia de la Corte de Casación Italiana». En: *Derecho Penal y Discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999–2000*.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Lima: Editorial San Marcos, 1997.

CARMONA SALGADO, Concepción y otros: *Derecho Penal Español – Parte Especial*, Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl: «La mujer como sujeto activo en el delito de violación». En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, número 3, 2002.

CANCIO MELÍA, Manuel; HÖRNLE, Tatjana; REYNA ALFARO, Luis y otros: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima: Jurista Editores, 2005.

CARO CORIA, Dino Carlos: «Acerca de la «discriminación de género» en el Código Penal peruano de 1991». En: *Derecho Penal y Discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999 – 2000*.

CASTILLO ALVA, José Luis: *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002.

CLIMENT DURAN: *La prueba penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2005.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: «Los delitos de la libertad sexual desde la perspectiva de género». En: *Derecho Penal y Discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999 – 2000*.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La protección de la libertad sexual*, Barcelona: Editorial Bosch, 1985.

FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1980.

FUENTES SORIANO, Olga: «La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales». En: *Derecho Penal y Discriminación de la mujer. Anuario de Derecho Penal 1999 – 2000*.

GIMENO SENDRA, Gimeno: *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial Colex, 2004.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal*, Lima: Editorial Grijley, 2005.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago / ORTOLÁ BOTELLA, María Ester: *Criminología – Parte Especial*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

MORALES PRATS, Fermín; GARCÍA ALBERÓ, Ramón y otros: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra: Editorial Aranzadi, 1996.

MORENO CATENA, Víctor y otros: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal – Parte Especial*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2001.

ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal». En: *La Ley*, año XXV, número 6049, Madrid, 2004.

ORTIZ-TALLO, Margarita; Sánchez Rodríguez, Luis M.; Cardenal, Violeta: «Perfil psicológico de delinquentes sexuales, un estudio clínico con el MCMI-II». En: *Revista Psiquiatría* Facultad de Medicina Barna, 2002; 29(3).

ORTS BERENGUER, Enrique y otros: *Derecho Penal – Parte Especial*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

ORTS BERENGUER, Enrique; Roig Torres, Margarita: «Consideraciones sobre la reforma de los delitos sexuales». En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, número 15, julio 2004.

PAZ RUBIO, José María y otros: *La prueba en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Coordinador): *Código Penal – Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid: Editorial La Ley, 2007.

ROY FREIRE, Luis: *Derecho Penal Peruano – Parte Especial*, T. I, Lima, 1989.

ROXÍN, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2000.

SALINAS SICCHA, Ramiro: *Derecho Penal – Parte Especial*, Lima: Editorial Grijley, 2007.

SAN MARTÍN CASTRO, César: *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante*, Lima: Editorial Palestra, 2006.

SAN MARTÍN CASTRO, César; Caro Coria, Carlos: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima: Editorial Grijley, 2000.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; Serrano Gómez Maillo, Alfonso: *Derecho Penal – Parte Especial*, Madrid: Editorial Dykinson, 2005.

TENCA, Adrián Marcelo: *Delitos sexuales*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal – Parte Especial*, T. I–B. Lima: Editorial San Marcos, 1998.

VILLADA, Jorge Luis: *Delitos sexuales*, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006.