

# Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales\*

**Dino Carlos Caro Coria**

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

Profesor de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

## 1 Generalidades.

Lima, SCS<sup>(1)</sup> del 30 de marzo de 1937: en los delitos contra las “buenas costumbres” que violan la “libertad y el honor sexuales”, “La ley no protege el hecho de la virginidad en sí mismo, sino la honestidad. Mujer honesta es la que no ha tenido acceso carnal con un hombre, voluntariamente, en época anterior a la del nuevo delito<sup>(2)</sup>”.

Lima, SCS de 2 de enero de 1972: “Si la agraviada tiene experiencia sexual, como lo revela el resultado del reconocimiento médico legal (...), no se tipifican los delitos contra la libertad y el honor sexual<sup>(3)</sup>”.

Chiclayo, S del 9 JP de 13 de julio de 1994, expediente 201-94: existe seducción porque la víctima ha tenido “una conducta honesta que no permite dudar

de su reputación moral, sumado a ello su escaso nivel cultural que permitió el engaño de una persona como es el caso del acusado que triplicaba en edad a la menor”.

Lima, SCS de 16 de diciembre de 1997, expediente 812-97, se declara no haber nulidad en la absolución por delito de violación de menor porque el imputado no pudo ejercer violencia debido a que tenía “saturado el dedo meñique de la mano izquierda<sup>(4)</sup>”.

Decisiones jurisprudenciales de esta naturaleza no son obra del azar, sino reflejo de un problema cultural: la discriminación de género<sup>(5)</sup>. La Carta constitucional de 1993 establece la igualdad entre la mujer y el varón, y prohíbe toda forma de discriminación por motivo de sexo (artículo 2.2), declaración acorde con los múltiples instrumentos internacionales ratificados por

(\*) Esta contribución corresponde esencialmente a la ponencia presentada el 18 de agosto de 1999 en el Seminario Internacional “Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales”, organizado en Lima por la Defensoría del Pueblo.

(1) Abreviaturas: ADP (Anuario de Derecho Penal, Lima). AJ (Anales Judiciales). CP (código penal). CPC (Cuadernos de Política Criminal). CS (Corte Suprema). DJ (Diálogo con la Jurisprudencia). DP (Derecho penal). DoP (Doctrina Penal). Exp (expediente). JP (Juzgado especializado en lo Penal). JurP (Jurisprudencia Penal). L-h (Libro Homenaje). PE (parte especial). NDP (Nueva Doctrina Penal). NFP (Nuevo Foro Penal). PG (parte general). RDPC (Revista de Derecho Penal y Criminología). REDC (Revista Española de Derecho Constitucional). RJCLM (Revista Jurídica de Castilla-La Mancha). RPCP (Revista Peruana de Ciencias Penales). RT (Revista de los Tribunales). S (sentencia). SCS (Sentencia de la Corte Suprema). SCSL (Sentencia de la Corte Superior de Lima). SJ (Serie de Jurisprudencia). SSP (Sala Superior Penal).

(2) RT. 1937. p.138.

(3) AJ. 1973. p.170.

(4) JurP. Tomo I. Lima, 1999. p.374.

(5) VILLANUEVA FLORES. *La “discriminación inversa” como forma de avanzar en la igualdad*. En: *Los Derechos Humanos en el umbral del tercer milenio: Retos y proyecciones*. Lima, 1997 pp.213 y ss.; VILLANUEVA FLORES. *Análisis del Derecho y perspectiva de género*. En: *Sobre género, Derecho y discriminación*. Lima, 1999. pp.11 y ss.; RUÍZ BRAVO LÓPEZ. *Una aproximación al concepto de género*. En: *Ibid.*; pp.131 y ss.; LARRAURI. *Control informal: las penas de las mujeres (...)*. En: AA.VV. *Mujeres, DP y criminología*. Madrid, 1994. pp.12-13.

el Perú que desarrollan ampliamente tales preceptos<sup>(6)</sup>, entre los que cabe citar la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”<sup>(7)</sup> y la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” o “Convención de Belem do Pará”<sup>(8)</sup>. Pero pese al carácter vinculante de este marco normativo, en el terreno legislativo y en la práctica de los operadores del Derecho, se aprecian por el contrario diversas manifestaciones de discriminación “jurídica”<sup>(9)</sup>, de la que no puede excluirse al DP<sup>(10)</sup>.

Un DP discriminatorio, protector de la moral o que no otorga una adecuada protección a la víctima, se enfrenta al riesgo de convertirse en simple medio de realización de funciones simbólicas, que trasladan a un segundo plano la misión de prevención y tutela de bienes jurídicos<sup>(11)</sup>. Uno de los sectores más propensos a esta desviación de objetivos es el DP sexual. Las investigaciones empíricas realizadas en nuestro país durante los últimos años, han aportado importantes datos criminológicos que permiten poner en tela de juicio la neutralidad y eficacia del ordenamiento penal en los delitos sexuales, especialmente en los procesos de criminalización primaria y secundaria<sup>(12)</sup>. Esta realidad será valorada desde la perspectiva de la jurisprudencia penal, confrontándola con los límites

al *ius puniendi* que se erigen desde el programa penal de la Constitución.

## 2 Estado de la legislación penal sexual.

El eticismo del Código Maúrtua de 1924 era tangible desde la rúbrica utilizada, pues reguló los llamados “Delitos contra la Libertad y el Honor Sexuales” (Título I), dentro de la Sección Tercera del Libro Segundo que sancionaba los “Delitos contra las Buenas Costumbres”. La consideración de elementos empírico-culturales en el tipo, como mujer de “conducta irreprochable” (artículo 201), o la imposibilidad de considerar como sujeto pasivo de violación al hombre o a la mujer casada (artículo 196), constituían claras manifestaciones de una criminalización moralista y discriminatoria, convalidada doctrinalmente<sup>(13)</sup> y que dio lugar a una extensa jurisprudencia pre-constitucional que merece una valoración similar y cuyas principales tendencias se aprecian hasta la actualidad.

El conservadurismo prelegislativo se aprecia en los proyectos de CP de septiembre de 1984, octubre-noviembre de 1984, agosto de 1985 y marzo-abril de 1986, textos que prácticamente reprodujeron la ubicación sistemática, rúbricas y características típicas

- (6) CAJ/MANUELA RAMOS. *Instrumentos internacionales de protección de los derechos de la mujer*. Lima, 1997; ZAMORA. *La protección de los derechos humanos de la mujer*. En: *Foro internacional: La Defensoría del Pueblo*. Lima, 1996 pp.151 y ss.; BERMÚDEZ VALDIVIA. *Protección internacional de los Derechos de las mujeres*. En: *Sobre género...* Op.cit.; pp.71 y ss.; TAMAYO LEÓN. *Discriminación contra la mujer y estándares internacionales de Derechos Humanos*. En: *Ibid.*; pp.99 y ss.
- (7) Adoptada mediante la Resolución de la Asamblea General de la ONU No.34/180 de 18-12-79, en vigor desde el 3-9-81 y ratificada por Perú mediante la Resolución Legislativa No.23432 de 20-8-82.
- (8) Aprobada mediante la Resolución de la OEA de 9-6-94 y ratificada por Perú mediante la Resolución Legislativa No.26583 de 7-3-96. MANTILLA FALCÓN. *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos: la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujer (Convención de Belem do Pará)*. En: *Sobre género...* Op.cit.; pp.81 y ss.
- (9) VILLANUEVA FLORES. *Análisis del Derecho...* Op.cit.; pp.19 y ss.
- (10) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana: las voces de las víctimas*. En: *Transparencia, responsabilidad y buen gobierno*. Lima, 1999. pp.530-536, también pp.157-160, 722; ZAFFARONI. *La mujer y el poder punitivo*. En: VÁSQUEZ (editor). *Vigiladas y Castigadas*. Lima, 1993. pp.19-25.
- (11) HASSEMER. *DP simbólico y protección de bienes jurídicos*. En: *NFP*. No.51, 1991. pp.17 y ss.; BARATTA. *Funciones instrumentales y simbólicas del DP*. En: *RPCP*. No.1, 1993. pp.59 y ss.; MOCCIA. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*. En: AA.VV. *Política criminal y nuevo DP*. Barcelona, 1997. pp.113 y ss.
- (12) VÁSQUEZ SOTELO y TAMAYO VARGAS. *Violencia y Legalidad*. Lima, 1989. pp.33 y ss., 109 y ss. VÁSQUEZ (editor). *Vigiladas...* Op.cit.; pp.17 y ss., 129 y ss.; SILES VALLEJOS. *Con el sólo dicho de la agraviada. ¿Es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres?* Lima, 1995. pp.67 y ss. SILES VALLEJOS. *Indicadores de la criminalidad sexual: lo que se puede saber*. Lima, 1995. pp.7 y ss.; ROSAS BALLINAS. *Violencia sexual: Un crimen silenciado*. Lima, 1990. pp.5 y ss.; ROSAS BALLINAS. *Aborto por violación*. Lima, 1997. pp.62-90.; MONTROYA VIVANCO. *Normas penales discriminatorias y aplicación discriminatoria del DP desde la perspectiva de género: Delitos de violación de la libertad sexual e infracciones penales contra la integridad corporal*. Lima, 1999, inédito, *passim*.
- (13) BENITES SÁNCHEZ. *DP peruano*. Lima, 1952. pp.193-196; ROY FREYRE. *DP peruano*. Tomo II. PE. Lima, 1975. pp.21-22, 42-43. BRAMONT ARIAS. *Temas de DP*. No.3. Lima, 1990. pp.9-12; Críticamente, PEÑA CABRERA. *Tratado de DP*. Vol.II. PE. 5a.ed. Lima, 1986 pp.305-311.

de los delitos sexuales del código de 1924. Por su parte, los proyectos de julio de 1990 y enero de 1991 se limitaron a plantear la modificación parcial de algunos tipos penales a fin de superar las principales críticas doctrinales y hacerlos acordes con el principio constitucional de igualdad, pero mantuvieron la consideración del “honor sexual” y las “buenas costumbres” como intereses penalmente protegibles.

A tales intereses renunció el CP de 1991<sup>(14)</sup> que, por primera vez, incardinó los ilícitos sexuales dentro de los “Delitos contra la Libertad” (Título IV del Libro II), en el Capítulo IX denominado “Delitos de Violación de la Libertad Sexual”, rúbrica incompleta si se tiene en cuenta que incorpora delitos que atentan contra la “indemnidad” o “intangibilidad sexual” de menores de edad<sup>(15)</sup>. Originalmente el texto de 1991 sancionaba los siguientes delitos: violación mediante violencia o amenaza (artículo 170), violación con prevalimiento (artículo 171), violación de persona en incapacidad de resistir (artículo 172), violación de menor (artículo 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174), seducción (artículo 175), actos contra el pudor (artículo 176), violación seguida de muerte o lesión grave (artículo 177). Finalmente, el artículo 178 estableció la obligación accesoria del condenado de mantener a la prole, el ejercicio privado de la acción penal y la cancelación de la pena por matrimonio con la ofendida.

De esta forma, la regulación de 1991 prácticamente mantuvo el núcleo de comportamientos típicos del Código Maúrtua, pero con algunas importantes diferencias. En los tipos de violación simple (artículo 170) y con prevalimiento (artículo 171), se pasó a considerar como sujeto pasivo a cualquier persona, hombre o mujer y al margen del estado civil. El tipo del artículo 170 incorporó como circunstancia agravante el concurso de personas y el uso de armas, en el delito de seducción (artículo 175) se suprimió la expresión mujer de “conducta irreprochable”, mientras que el tipo de actos contrarios al pudor (artículo 176)

especificó que el sujeto activo no debe tener el propósito de practicar el acto sexual. Sin embargo, la reforma de 1991 no criminalizó otras formas de atentado sexual relevantes en el Derecho comparado, como la introducción de objetos o el acoso sexual<sup>(16)</sup>, modalidades que recientemente han merecido un mayor desarrollo en el DP español, mediante la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril.

La Ley No.26293 de 14 de febrero de 1994, básicamente incrementó las penas de los artículos 170 a 174 y 176 y 177<sup>(17)</sup>, e incorporó los artículos 173-A, 176-A y 178-A. Mediante el artículo 173-A se previó como agravante del tipo de violación de menores, la creación de un resultado de muerte o lesión grave. A su vez, el artículo 176-A pasó regular el delito de atentado contra el pudor de menor de 14 años, mientras que el artículo 176 sancionaba el mismo comportamiento realizado contra una persona de 14 años o más, pero con una pena inferior a la del artículo 176-A. El artículo 178-A prescribe como consecuencia jurídica del delito la posibilidad de someter al condenado, previo examen médico o psicológico, a un tratamiento terapéutico, el cual podrá considerarse como regla de conducta en los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio. Esta norma también estableció que los beneficios penitenciarios y el derecho de gracia, sólo pueden concederse previo informe médico y psicológico sobre la evolución del tratamiento terapéutico.

Mediante la Ley No.26357 de 28 de septiembre de 1994 se agravó el máximo de la pena privativa de libertad, de dos a tres años, en el delito de seducción (artículo 175). Posteriormente, la Ley No.26770 de 15 de abril de 1997 modificó el artículo 178, restringiendo la exigencia de ejercicio privado de la acción a los delitos de los artículos 170 pf. 1, 171, 174 y 175. Asimismo, limitó la cancelación de la pena por matrimonio a los casos de seducción (artículo 175).

El Decreto Legislativo No.896 de 24 de mayo de 1998 de “delitos agravados”, afianzó esta tendencia

(14) Sin embargo, como precisa NOGUERA RAMOS. *La violación de la libertad sexual en el nuevo CP*. Lima, 1992. pp.17-18, aún se mantiene una referencia residual a las “buenas costumbres” en la regulación de las faltas tipificadas en los artículos 449 y 450 del CP.

(15) En España, la Ley Orgánica No.11/1999 de 30 de abril, sustituyó la denominación “Delitos contra la libertad sexual” del Título VIII del Libro II del CP de 1995, por la expresión “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

(16) GONZÁLES. *Acoso sexual*. Buenos Aires, 1996. pp.185 y ss.

(17) Críticamente, GARCÍA CANTIZANO. *Violación y Muerte*. En: *DJ*. No.2, 1995. pp.107-108.

sobrecriminalizadora. Tal dispositivo fue aprobado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una difusa facultad legislativa delegada por el Congreso, pues la Ley No.26950 de 19 de mayo de 1998 autorizó legislar en materia de “Seguridad Nacional”, rótulo en el que, contrariamente a toda definición gramatical y jurídica, se incardinó el problema de la criminalidad organizada<sup>(18)</sup>. En ese sentido, el citado Decreto incrementó las sanciones de los delitos de violación de menor (artículos 173 y 173-A), permitiendo la imposición de penas privativas de libertad de 25 años, 30 años y hasta cadena perpetua, decisión que no sólo se opone a los principios de reserva de ley y proporcionalidad, sino que denota una clara utilización simbólica de la ley penal<sup>(19)</sup>. De otra parte, el Decreto Legislativo No.897 de 26 de mayo de 1998, “Ley de procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados que tipifica el Decreto Legislativo No.896”, violando las garantías previstas principalmente en el artículo 139 de la Constitución, relajó notablemente las reglas del Derecho procesal penal común y de ejecución penitenciaria, al impedir por ejemplo la concesión de la libertad provisional, privilegiar la imposición de la medida cautelar de detención, restringir los plazos de la investigación y juzgamiento, o excluir los beneficios penitenciarios excepto la redención de la pena por el trabajo y la educación<sup>(20)</sup>. Finalmente, la Ley No.27115 de 17 de mayo de 1999 modificó el artículo 178, suprimiendo totalmente la exención de pena por matrimonio y el ejercicio privado de la acción penal.

Como puede observarse, desde la entrada en vigor del CP de 1991, todas las normas del citado Capítulo IX de “Delitos de violación de la libertad sexual” han sido objeto de permanente reforma, en orden a exasperar la intervención penal mediante la agravación

de las sanciones y la reducción o exclusión, según el caso, de las garantías de carácter penal, procesal y penitenciario, propias del modelo de Estado social y Democrático de Derecho adoptado por nuestra Carta constitucional. Sin embargo, esta sobrecriminalización o “terror de Estado”, sólo en apariencia podría dispensar de una mayor protección a las víctimas, pues no parece haber contribuido a una mayor eficacia preventivo general o a la mayor tutela de los bienes jurídicos del DP sexual<sup>(21)</sup>. Por el contrario, esta regulación simbólica serviría más como tapadera de la inacción del Estado frente a una demanda social.

### 3 Fundamentos constitucionales de la interpretación penal.

Entendía Montesquieu que “Los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor<sup>(22)</sup>”. Esta concepción del Juez como mero aplicador de la ley, obedeció al entendimiento de que sólo una posición neutral, no valorativa frente a la norma, garantizaría la realización de la igualdad y la justicia. De allí por ejemplo que, luego de la promulgación del CP de Baviera de 1813, se llegara a prohibir expresamente el comentario de sus disposiciones<sup>(23)</sup>.

En la dinámica del Estado contemporáneo, esta perspectiva se ha flexibilizado sustancialmente. Como indica Hurtado Pozo, ello obedece a una renovación del pensamiento que se refleja en la técnica legislativa: las penas tasadas se han abandonado y la descripción de las conductas delictivas se realiza de modo general<sup>(24)</sup>. En efecto, si el Juez debe individualizar la pena del violador, dentro de los límites legales de 4 a 8 años de privación de libertad (artículo 170), o si debe

(18) CARO CORIA. *Seguridad ciudadana y “decretos de emergencia”*. En: *Boletín B,M&U*, No.41, 1998. p.1.

(19) UGAZ SÁNCHEZ-MORENO. *Grandes urbes e inseguridad ciudadana*. En: *Seguridad ciudadana y Derechos Humanos*. Lima, 1999. pp.333-335; BERNAL CAVERO. *Los delitos de hurto y robo en el CP*. 2a.ed. Lima, 1998. pp.137 y ss.

(20) Críticamente, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Análisis de los Decretos Legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley No.26950*. En: *Transparencia...* Op.cit.; pp.462-466, también pp.571-572, pp.718-719. COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre legislación de “seguridad nacional”*. Lima, 1998

(21) SILES. *Indicadores de la criminalidad...* Op.cit.; p.7 y ss.; ROSAS BALLINAS. *Aborto por violación...* Op.cit.; pp.78-90.

(22) MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Tomo I. París, 1939. p.109.

(23) RECASENS SICHES. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México, 1956. pp.181-182; FROSINI. *Teoría de la interpretación jurídica*. Bogotá, 1991. p.1.

(24) HURTADO POZO. *Manual de DP. PE*. Lima, 1987. pp.172-173.

determinar el concepto de “acto análogo” a fin de saber si la práctica buco-genital realiza el tipo de violación, entonces, pese a la vigencia del principio de certeza o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, la interpretación de la norma es necesaria e inevitable.

En ese contexto ideológico, la pregunta que surge inmediatamente es si el Juez, al momento de interpretar, ¿emprende sólo un proceso de conocimiento, en orden a descifrar la “voluntad del legislador”, la *ratio legis* de la norma o su “verdadero sentido” en el ordenamiento jurídico?. El proceso de determinación del Derecho aplicable tiene una faceta lógica, pero contiene asimismo un importante elemento de poder<sup>(25)</sup>, de modo que entran en juego tanto los conocimientos del operador jurídico, como sus condicionamientos culturales y axiológicos<sup>(26)</sup>. En ese sentido, en la interpretación de la ley penal se aprecia indudablemente una dimensión cognitiva y otra valorativa.

Como precisa Wróblewski, la justificación de una decisión judicial no se agota en la fundamentación de un silogismo que explique la consecuencia jurídica como producto de la subsunción de un hecho (premisa menor) en un enunciado normativo, general y abstracto (premisa mayor)<sup>(27)</sup>. La denominada justificación interna, mediante el silogismo judicial, sólo permite apreciar la corrección lógica del razonamiento, pero la decisión obedece también a una valoración sobre el sentido material del enunciado normativo y sobre los hechos. De allí la necesidad de una justificación interna y una

justificación externa en el proceso de argumentación jurídica<sup>(28)</sup>. En esta última rige la interpretación, no más como un proceso técnico y neutral sino como un acto altamente valorativo<sup>(29)</sup>. Conforme advierte Aarnio, la dificultad que divide a los interpretes, está vinculada a la manera como se eligen los valores básicos para la argumentación, de modo que el problema del discurso jurídico se concreta pues en la justificación externa<sup>(30)</sup>.

La importancia de identificar un marco valorativo común para la aplicación del Derecho, se sustenta en la seguridad jurídica, garantía fundamental del Estado de Derecho que en sectores como el DP, en el que rige el principio de taxatividad o certeza, debe salvaguardarse con mayor intensidad<sup>(31)</sup>. La evitación del acaso o la arbitrariedad, junto con la pretensión de controlar *ex-ante* la racionalidad de las decisiones jurisdiccionales, ha motivado el recurso a baremos como el “sentido de la justicia”, los “principios generales del Derecho”, o estándares jurídicos como el “juez justo” que, en rigor, son sensibles a un uso privado o discrecional, por la generalidad o indefinición de tales conceptos valorativos. Frente a ello, en los últimos años viene adquiriendo mayor fuerza la necesidad de vincular la interpretación a un marco valorativo consensual y normativo, el impuesto por la Constitución y los Derechos Humanos<sup>(32)</sup>.

En tal sentido, la actual fundamentación del DP deriva de su sujeción a los Derechos Humanos y la Constitución<sup>(33)</sup>. Como precisan Berdugo y otros, existe amplio consenso en estimar que un poder del Estado

(25) HURTADO POZO. *A propósito de la interpretación de la ley penal*. En: *Derecho*. No.46, 1992. p.92.

(26) RADBRUCH. *Filosofía del Derecho*. Madrid, 1959. pp.148-149; FROSINI. *Teoría...* Op.cit.: p.10 y ss.; WRÓBLEWSKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid 1988. pp.62-63; DIEZ-PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3a.ed. Madrid, 1993. pp.251 y ss.; AARNIO. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid 1991. pp.263-271; DE ASIG ROIG. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid, 1995. p.182.; MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ. *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Madrid 1995. pp.280-281, 287.

(27) WRÓBLEWSKI. Op.cit.: pp.57 y ss.

(28) Ibid.; ALEXY. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt an Main, 1978. pp.272 y ss.; ATIENZA. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid, 1997. pp.45-46; AARNIO. Op.cit.: pp.165-168. VILLANUEVA. *Análisis del Derecho...* Op.cit.: pp.28 y ss.

(29) VILLANUEVA FLÓRES. *Notas sobre interpretación jurídica (a propósito de la Ley 26260 y la violencia familiar)*. En: AA.VV. *Violencia contra la mujer: Reflexiones desde el Derecho*. Lima 1996, pp.102-108.

(30) AARNIO. Op.cit.: p.168.

(31) GÓMEZ BENITEZ. *Seguridad jurídica y legalidad penal*. En: *Vinculación del Juez a la ley*. Madrid, 1995. pp.157 y ss.

(32) OLLERO TASSARA. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid, 1989. pp.149 y ss., 213 y ss. WRÓBLEWSKI. Op.cit.: pp.93 y ss.

(33) FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid 1995, passim; FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, 1999. pp.15 y ss. WOLTER. *Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del DP*. En: AA.VV. *Fundamentos de un sistema europeo del DP*. Barcelona, 1995. pp.37 y ss.; WOLTER. *Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de DP*. En: AA.VV. *Política criminal...* Op.cit.: pp.101 y ss.; NINO. *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos*. En: *DoP*, 1989. pp.29 y ss.; HURTADO POZO. *Derechos humanos, bien jurídico y Constitución*. En: *ADP*, 1995. pp.77-80.

como el punitivo tiene que tener definido sus fines y, por tanto, los postulados o principios de su sistema de argumentación y de aplicación, tanto en fase legislativa como judicial, a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado realiza la Constitución<sup>(34)</sup>. La Constitución adopta pues un Programa Penal, es decir un conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar<sup>(35)</sup>.

El Juez penal se encuentra vinculado al marco valorativo previsto en la Constitución, el cual va más allá del contenido de normas propiamente penales, como las que reconocen el principio de legalidad (artículo 2.24.d), o el principio de *non bis in idem* (artículo 139.3). Antes bien, el carácter personalista<sup>(36)</sup> (artículo 1) y el modelo de Estado social y democrático de Derecho<sup>(37)</sup> (artículos 38, 43 y 44), que adopta nuestra Constitución, conduce a una concepción del DP como un instrumento de control al servicio de la persona humana, de forma que derechos constitucionales, especialmente relevantes en el DP sexual, como la igualdad (artículo 2.2) o la libertad de conciencia (artículo 2.3), al igual que principios democráticos como el pluralismo y la tolerancia, deben encontrar su realización a través del *ius puniendi*.

#### 4 Relevancia penal de la "perspectiva de género".

Desde una línea fundamentalmente socio-jurídica,

múltiples investigaciones han estudiado si el control penal opera o no con neutralidad de género, es decir si la respuesta penal, desde el punto de vista del sexo de quien comete el delito, lo padece o lo juzga, opera indistintamente<sup>(38)</sup>. En tal sentido, corroborando las conclusiones con la metodología de las ciencias sociales, se han constatado graves manifestaciones de discriminación contra la mujer, que se exhiben en el plano ideológico, ya desde la propia conceptualización de las categorías penales, en el terreno del lenguaje<sup>(39)</sup> y, como efecto final, en los procesos de criminalización primaria, secundaria y de ejecución penitenciaria<sup>(40)</sup>. En suma, la cultura de la discriminación contra la mujer se manifiesta plenamente en el ejercicio del *ius puniendi*<sup>(41)</sup>.

Frente a ello, cabe plantear cual es el grado de relevancia de estas conclusiones para el DP, tanto con el fin de observarse una adecuada protección de los derechos de la víctima mujer, como para satisfacer sus garantías frente al poder penal cuando se le imputa un hecho punible<sup>(42)</sup>. Una sobrevaloración de los aportes de género para reforzar, por ejemplo, la tutela de la víctima, podría convalidar la gravedad que las penas de los delitos sexuales han alcanzado en el Perú, es decir, la infracción de principios constitucionales como los de necesidad y proporcionalidad, y la indefensión de la agraviada ante el uso simbólico de la ley penal. Por ello, debe tenerse claro que la remoción de los factores determinantes de la criminalización discriminatoria no es tarea que compete al DP, a quien más bien corresponde la misión de proteger, como *ultima ratio*, bienes jurídicos trascendentales como la

(34) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros. *Lecciones de DP*. PG. Barcelona 1996, p.33.

(35) *Ibid.*; p.34; ARROYO ZAPATERO. *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*. En: *RJCLM*. No.1, 1987, pp.97 y ss.; GARCÍA RIVAS. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca, 1996, pp.43 y ss. TIEDEMANN. *Constitución y DP*. En: *REDC*. No.33, 1991, pp.145 y ss.; TIEDEMANN. *La constitucionalización de la materia penal en Alemania*. En: *ADP*. 1994, pp.59 y ss.

(36) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Derechos Humanos y DP*. En: *Temas de DP*. Lima, 1993, pp.86-87.

(37) MIR PUIG. *El DP en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1994, pp.29 y ss.; MIR PUIG. *El sistema del DP en la Europa actual*. En: AA.VV. *Fundamentos de un sistema europeo...* Op.cit.; p.27; MIR PUIG. *DP*. PG. 5a.ed. Barcelona, 1999, pp.74 y ss.; CARBONELL MATEU. *DP: concepto y principios constitucionales*. 2a.ed. Valencia, 1996, pp.79 y ss.

(38) *Vid. supra* §1/3, n. 12.

(39) ADAMS y WARE. *Sexismo y lenguaje: la implicaciones lingüísticas de ser mujer*. En: AA.VV. *Mujeres, DP...* Op.cit.; pp.43 y ss.

(40) FACIO y CAMACHO. *En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología*. En: VASQUEZ (editor). *Vigiladas...* Op.cit.; pp.27 y ss. FACIO. *Maltrato hacia la mujer en la pareja*. En: AA.VV. *Violencia contra la mujer...* Op.cit.; pp.13-20.

(41) ZAFFARONI. *La mujer y el poder punitivo...* Op.cit.; pp.17 y ss.; LARRAURI. *Control formal: (...) y el DP de las mujeres*. En: AA.VV. *Mujeres, DP...* Op.cit.; p.93.

(42) Perspectiva apuntada por LARRAURI. *Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho*. En: *RPCP*. No.6, pp.618-619.

libertad e indemnidad sexuales. La persecución de metas pedagógicas para prevenir la discriminación de la mujer, corresponde pues a otros medios de control social, de lo contrario, sectores como el DP sexual o, si cabe el término, del “maltrato familiar”, pueden reducirse a meras instituciones simbólicas.

En cuanto a los delitos que aquí nos ocupan, la perspectiva de género ha venido contribuyendo progresivamente al afianzamiento de categorías penales como la concreción del bien jurídico “libertad sexual” sin referencia a conceptos indeterminados o moralistas como “honor sexual” o “buenas costumbres”, a la exclusión de elementos empírico-culturales como “mujer de conducta irreprochable” en el tipo de seducción (artículo 175), la delimitación del acuerdo excluyente de tipicidad en el tipo de violación de mujer mayor de edad (artículo 170), la derogación del “matrimonio con la ofendida” como motivo de cancelación de la pena o la instauración de la acción penal pública en todos los delitos sexuales, entre otros.

La perspectiva de género, en tanto persigue la materialización de la igualdad, puede contribuir significativamente al desarrollo de un DP sexual orientado a sus consecuencias político criminales. Sus aportes deben valorarse sistemáticamente, desde una perspectiva victimológica, de modo que pueda administrarse adecuadamente la tensión natural entre las garantías que asisten al autor del delito y los derechos de la víctima. En ese sentido, la influencia victimológica de la perspectiva de género en el DP, puede concretarse a nivel dogmático y procesal<sup>(43)</sup>.

Dentro del DP material, la victimodogmática

permite destacar si el comportamiento de la víctima, anterior, simultáneo o posterior al hecho punible, en virtud del principio de “autorresponsabilidad”, puede influir en el injusto, en la culpabilidad o en la individualización judicial de la pena<sup>(44)</sup>. De esta forma, pueden excluirse interpretaciones discriminatorias como la del consentimiento presunto de la violada mayor de edad que exime o atenúa la pena, o la consideración de la resistencia permanente de la víctima como condición de la violencia típica. De otra parte, puede establecerse el pago de la reparación civil como condición previa para la concesión de cualquier medida alternativa a la pena privativa de libertad o, en casos de menor gravedad, considerar la aplicación de sanciones jurídico-civiles como “tercera vía” del DP, es decir como instrumento que evita la imposición de la pena<sup>(45)</sup>.

La injerencia en el Derecho procesal penal persigue consolidar la posición de la víctima en el proceso de aplicación normativa, evitándose pues una “segunda victimización”<sup>(46)</sup>. Al interior del proceso penal, la perspectiva de género puede ampliar la fundamentación, por ejemplo, de la necesidad de otorgar al testimonio de la víctima, bajo determinadas condiciones de verosimilitud, el carácter de prueba suficiente de la violación, así como la realización de peritajes o interrogatorios que salvaguarden la intimidad o el establecimiento de programas de asistencia social a la víctima. Finalmente, para los delitos de menor gravedad puede corroborar en la evaluación de la conveniencia de establecer medios de conciliación o mediación, que permitan, sin

(43) BUSTOS y LARRAURI. *Victimología: presente y futuro*. 2a.ed. Bogotá, 1993. pp.9-40, 65-78; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Criminología*. 3a.ed. Valencia, 1996. pp.44-66.

(44) SILVA SÁNCHEZ. *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática*. En: *L-h al Prof. Antonio Beristain*. San Sebastián, 1989. pp.634-635. SILVA SÁNCHEZ. *La victimología desde la política criminal y el DP*. Introducción a la “victimodogmática”. EN: *RPCP*. No.4, 1994. pp.595 y ss; BUSTOS y LARRAURI. *Op.cit.*; pp.13-29; RUSCONI. *¿Víctima imprudente como elemento negativo del tipo? Un nuevo giro en la teoría de la imputación objetiva*. En: *NDP*. 1997/B. pp.767-772; CANCIO MELIÁ. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. En: *RDPC*. No.2, 1998. pp.77 y ss.

(45) RODRÍGUEZ DELGADO. *La reparación como sanción jurídico-penal*. Lima, 1999. pp.127 y ss.; QUERALT. *Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación*. En: AA.VV. *Política criminal...* Op.cit.; pp.145 y ss.; DE VICENTE REMESAL. *La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el DP español: posibilidades actuales y perspectiva de futuro*. En: AA.VV. *Política criminal...* Op.cit.; pp.173 y ss.; HIRSCH. *La reparación del daño en el marco del DP material*. En: AA.VV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: 1992, pp.55-90.; ROXIN. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En: AA.VV. *De los delitos...* Op.cit.; pp.131-156.

(46) BUSTOS y LARRAURI. *Op.cit.*; pp.29-30; HIRSCH. *Acerca de la posición de la víctima en el DP y en el Derecho procesal penal*. En: AA.VV. *De los delitos...* Op.cit.; pp.93-128; MAIER. *La víctima y el proceso penal*. En: AA.VV. *De los delitos...* Op.cit.; pp.185-249; ESER. *Temas de DP y procesal penal*. Lima, 1998. pp.43 y ss., 277 y ss; BERTOLINO y otros. *La víctima en el proceso penal*. Buenos Aires, 1997, passim.

sujetarse a una decisión judicial, la autocomposición del conflicto entre autor y víctima<sup>(47)</sup>.

## 5 La jurisprudencia peruana sobre delitos sexuales.

El análisis de la jurisprudencia es una tarea difícil en nuestro medio, dada la ausencia de recopilaciones sistemáticas y actualizadas que permitan conocer las principales líneas de decisión en las diversas instancias del Poder Judicial. Este vacío dificulta un ejercicio permanente del derecho de análisis y crítica de las resoluciones y sentencias judiciales, previsto en el artículo 139.20 de la Constitución. Sin embargo, la relevancia estadística de los delitos sexuales determina que las escasas recopilaciones exhiban sentencias sobre atentados contra la libertad e indemnidad sexuales, las que han sido analizadas especialmente en los estudios de género. En otros casos, como en la investigación de la Defensoría del Pueblo, realizada por Montoya<sup>(48)</sup>, se observa una previa labor de selección o muestreo *in situ* de las fuentes jurisprudenciales.

Teniendo en cuenta básicamente la jurisprudencia publicada, ahora interesa evaluar el grado de vinculación de las decisiones judiciales, en materia de DP sexual, a los postulados esenciales del programa penal de la Constitución. Para ello se analizarán tres aspectos: la delimitación judicial del bien jurídico protegido en los delitos sexuales; la satisfacción del principio de legalidad y su consecuencia inmediata para la tipicidad; y, finalmente, el principio de fundamentación de las resoluciones judiciales que debe

reflejarse en la individualización judicial de la pena. Como podrá apreciarse, los citados principios se quebrantan con frecuencia en las decisiones a comentar.

## 6 ¿Protección de la libertad e indemnidad sexuales o de una "moral sexual judicial"?

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, previsto en el artículo IV del CP y ampliamente reconocido en la doctrina<sup>(49)</sup> y en la jurisprudencia<sup>(50)</sup> peruana, tiene un fundamento netamente constitucional. Se trata de una premisa propia del modelo de Estado social<sup>(51)</sup> que adopta el artículo 43 de nuestra Carta Magna, pues garantiza que la imposición de una sanción tan grave como la pena, sólo opere por razones de utilidad social, es decir como respuesta a la lesión o puesta en riesgo de un interés social que permite la realización del individuo<sup>(52)</sup>. Acorde con ello, el principio de lesividad puede deducirse del contenido esencial del artículo 44 de la Constitución<sup>(53)</sup>, dado que al establecer como deberes primordiales del Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" y "proteger a la población de las amenazas contra su seguridad", otorga al DP una función protectora de intereses objetivos que, conforme al estado de la política criminal, deben determinarse según los principios de merecimiento y necesidad de pena<sup>(54)</sup>. Desde tal concepción, es posible evitar el uso demagógico del DP, como instrumento al servicio de los grupos dominantes<sup>(55)</sup>, medio de control

(47) BUSTOS y LARRAURI. Op.cit.; pp.35-40, 78-84.

(48) MONTOYA VIVANCO. Op.cit.;

(49) HURTADO POZO. *PG...* Op.cit.; pp.37 y ss.; BRAMONT ARIAS. *Los principios rectores del nuevo CP*. En: *Derecho*. No.46, 1992. pp.21-22; BRAMONT-ARIAS TORRES. *Lecciones de la PG y el CP*. Lima, 1997. p.51; PEÑA CABRERA. *Tratado de D.P. Estudio programático de la PG*. 3a.ed. Lima, 1999. pp.48-70; PRADO SALDARRIAGA. *Todo sobre el CP*. Tomo I. Lima, 1996. pp.30-33; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *CP*. 2a.ed. Lima, 1997. pp.35-38; URQUIZO OLAECHEA, José. *El bien jurídico*. En: *RPCP*, No. 6, 1998. pp.805 y ss.; VILLA STEIN. *DP. PG*. Lima, 1998. pp.103-105; ANGELES GONZÁLES y FRISANCHO APARICIO. *CP I*. Lima, 1996. pp.57-76; CARO CORIA. *Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs*. En: *Thémis. Revista de Derecho*. No.35, 1997. pp.137-168.

(50) SCS de 5-12-94, expediente 3374-93-B. Resolución de la CS de 28-12-94, expediente 2900-94.

(51) MIR. *PG...* Op.cit.; p.91.

(52) CARO. *Sobre la moderna teoría...* Op.cit.; pp.137 y ss.

(53) PRADO. *Todo sobre el...* Op.cit.; Tomo I. pp.30-31.

(54) SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al DP contemporáneo*. Barcelona: 1992. pp.288-291. CARO. *Sobre la moderna teoría...* Op.cit.; pp.163-168. URQUIZO. Op.cit.; pp.828-834.

(55) DE LA CUESTA AGUADO. *Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto*. En: *RDPC*. No.6, 1996. pp.173-175.



de la perturbación de sentimientos morales<sup>(56)</sup>, religiosos o éticos<sup>(57)</sup>, o la alteración de meros programas políticos o unidades funcionales de valor<sup>(58)</sup>.

Acorde con esta orientación, doctrinalmente reina acuerdo en que lo protegido por el DP sexual no es la “moral sexual social”, la “honestidad”, las “buenas costumbres” o el “honor sexual”<sup>(59)</sup> (60). Desde la perspectiva de mínima intervención penal, como lo proclama la SCSL de 11-8-98, expediente 3105-98, relativa a un caso de violación<sup>(61)</sup>, se ha venido considerando que el bien jurídico tutelado en los atentados sexuales contra personas con capacidad de consentir jurídicamente, es la libertad sexual, entendida tanto en sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo<sup>(62)</sup>. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir<sup>(63)</sup>. En nuestro CP dicha libertad se protege mediante los delitos de violación propia bajo violencia o amenaza (artículo 170),

violación con prevalimiento (artículo 171), violación de persona en “incapacidad de resistir” (artículo 172), violación con abuso de la relación de dependencia (artículo 174), seducción (artículo 175) y actos contra el pudor de persona mayor de 14 años (artículo 176)<sup>(64)</sup>.

Ahora bien, en los atentados contra personas que no puede consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque “sufre de anomalía síquica, grave alteración de la conciencia” o “retardo mental” (artículo 172), o por su minoría de edad (artículos 173, 173-A y 176-A), lo protegido no una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad” sexual<sup>(65)</sup>. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y síquicas para el ejercicio sexual en “libertad”<sup>(66)</sup>, las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca adquirirse. En estricto, si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan

(56) LÓPEZ CALERA. *Democratización moral y DP*. En: *Vinculación del Juez a la ley*. Op.cit.; pp.122 y ss.

(57) HORMAZÁBAL MALARÉE. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1991. pp.139 y ss.

(58) HASSEMER. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. En: *DoP*. 1989. pp.279-282.

(59) BOIX REIG. *De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual*. En: *Mujer y DP*. Valencia, 1995. pp.11-16.

(60) En la doctrina peruana, NOGUERA. *La violación de la libertad sexual*. Op.cit.; pp.21-22, considera que mediante la protección de la “libertad sexual” prevista en el CP, se tutela además el “honor sexual”.

(61) *JurP*. Tomo III. Lima, 1999. p.248.

(62) DIEZ RIPOLLÉS. *El DP ante el sexo*. Barcelona, 1981. pp.214 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS. *La protección de la libertad sexual*. Barcelona, 1985. p.23; ORTS BERENGUER. Valencia, 1981. pp.19-28; ORTS BERENGUER. *Delitos contra la libertad sexual*. En: *Comentarios al CP de 1995*. Vol.I. Valencia, 1996. pp.905-906; CARMONA SALGADO. *Los delitos de abusos deshonestos*. Barcelona 1981, pp.32-34; CARMONA SALGADO. *Delitos contra la libertad sexual*. En: *Curso de DP español*. PE I. Madrid, 1996. pp.302-303; MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO. *Delitos contra la libertad sexual*. En: *Comentarios a la PE del DP*. Pamplona, 1996. pp.228-230; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN. *El CP de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996. p.107; MUÑOZ CONDE. *DP. PE*. 11a.ed. Valencia, 1996. p.176; DEL ROSAL BLASCO. *Los delitos contra la libertad sexual*. En: *Estudios sobre el nuevo CP de 1995*. Valencia, 1997. pp.160-162; CANCIO MELIÁ. *Delitos contra la libertad sexual*. En: *Comentarios al CP*. Madrid, 1997. pp.515-516. CANCIO MELIÁ. *Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo CP español*. En: *RPCP*. No.7/8, 1999. pp.646-647; MORAS MOM. *Los delitos de violación y corrupción*. Buenos Aires, 1971. pp.10-15; SPROVIERO. *Delito de violación*. Buenos Aires, 1996. pp.1-3; CANCINO. *Delitos contra el pudor sexual*. Bogotá, 1983. pp.105 y ss. En la doctrina nacional, PEÑA CABRERA. *Tratado de DP*. PE I. 2a.ed. Lima, 1994. pp.687-689; BRAMONT-ARIAS TÓRRES y GARCÍA CANTIZANO. *Manual de DP*. PE. 4a.ed. Lima, 1998. pp.232-233; ANGELES GONZALES y FRISANCHO APARICIO. *CP II*. Lima, 1996. p.990; CHOCANO RODRÍGUEZ. *La violación sexual y los actos contra el pudor de menores*. En: *RPCP*. No.4, 1994. pp.756-757; SALINAS SICCHA. *El delito de violación sexual en el CP peruano*. En: *RPCP*. No.3, 1994. pp.180-181; ROSAS. *Aborto por violación...* Op.cit.; p.70.

(63) CARMONA. *Delitos contra...* Op.cit.; pp.302-303.

(64) PEÑA. *PE I...* Op.cit.; pp.690, 720; BRAMONT-ARIAS y GARCÍA. *PE*. pp.234, 241, 244, 251, 254 y 256; CHOCANO. Op.cit.; pp.756-757, 760-762, sin considerar que el artículo 172 también protege la libertad sexual. ANGELES y FRISANCHO. *CP II*. Op.cit.: 1004, 1008, pero recurre también a la etérea noción de “pudor sexual”, p.991.

(65) BRAMONT-ARIAS y GARCÍA. Op.cit.; pp.243, 247 y 260. BRAMONT-ARIAS TORRES. *El error de tipo en el delito de violación de persona menor de edad*. En: *DJ*. No.4, 1997. p.197; CHOCANO. Op.cit.; pp.757, 762-764, 771-772.

(66) DIEZ. *La protección de la libertad sexual...* Op.cit.; p.29; MORALES y GARCÍA. *Delitos contra la libertad sexual...* Op.cit.; pp.228 y 248; y DEL ROSAL. *Los delitos contra la libertad sexual...* Op.cit.; pp.161 y 171, sostienen por ello que, aun en estos casos, lo tutelado por el DP es la potencial libertad sexual, pero ello conduciría a entender que se protege un bien jurídico inexistente.

consentir jurídicamente, no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual<sup>(67)</sup>. Nuestra legislación, pese a agrupar todos los ilícitos bajo la rúbrica “violación de la libertad sexual”, regula diferenciadamente los comportamientos que atacan la indemnidad sexual, estableciendo una protección más intensa debido a la mayor afectación individual en relación a los atentados contra la libertad sexual, premisa que no justifica sin embargo la previsión de sanciones lesivas del principio de proporcionalidad<sup>(68)</sup>.

### La proclamación normativa de la igualdad de sexo y la no discriminación por motivo de género, adolece de un importante “déficit de ejecución” que se manifiesta en el DP sexual

Si se tiene en cuenta la función interpretativa de los tipos penales que debe satisfacer el bien jurídico<sup>(69)</sup>, expresada en el artículo IV del CP que condiciona la imposición de la pena a su lesión o puesta en peligro, entonces resulta fundamental que las decisiones judiciales determinen la tipicidad según el grado de afectación de la libertad o indemnidad sexual. En ese sentido, el injusto penal no depende por ejemplo del “pasado” o la preferencia sexual de la víctima, de la existencia de una relación previa de carácter sentimental, sexual o de confianza entre sujeto activo y pasivo, entre otros aspectos que se aprecian en la jurisprudencia penal sexual como condiciones positivas o negativas de la tipicidad. Esta generalizada tendencia puede explicarse como rezago del moralismo social que inspiró al Código de 1924, pero en otros

casos refleja la cultura de discriminación de género<sup>(70)</sup>.

En la jurisprudencia se observa pues un importante déficit de vinculación al principio constitucional de lesividad. Es infrecuente que se identifique el bien jurídico protegido, pero las sentencias que abordan este fundamento no renuncian a la injerencia de moralismos.

Según la SCSL de 11-8-98, expediente 3105-98, “el pudor público, es protegido como un bien social que consiste en el concepto medio de decencia y buenas costumbres, en cuanto se refiere a cuestiones sexuales y debe ser analizado de acuerdo a los hábitos sociales, que varían según la sociedad, y aún de pueblo en pueblo, dentro de una misma sociedad<sup>(71)</sup>”.

Para la SCSL de 5-6-98, expediente 586-98, “obsceno alude a actos lúbricos o actos con contenido e intenciones sexuales, siendo el bien jurídico protegido el derecho a la intimidad en materia sexual (moral sexual social)<sup>(72)</sup>”.

En otros casos, sin renunciarse al moralismo, se desconoce la noción de indemnidad sexual, considerándose que los menores de edad gozan de libertad sexual.

La SCSL de 17-3-98, expediente 7512-97, considera que “la Ley tutela la libertad sexual de los menores protegiendo el pudor de los niños<sup>(73)</sup>”.

Para la S del 9 JP de Chiclayo de 13-7-94, expediente 201-94, se tutela “no sólo la libertad y el honor sexual sino principalmente la inocencia de una menor cuyo desarrollo psico emocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado”.

De modo similar, la S de la Sala Penal de la Corte Superior del Cono Norte de 27-10-97, expediente 2042-97, señala que el delito de violación de menor protege no sólo la libertad sexual “a que tiene derecho toda persona, sino principalmente la inocencia de una

(67) COBO DEL ROSAL. *El delito de rapto*. En: *Comentarios a la legislación penal*. Tomo II. Madrid, 1983. p.402; GONZÁLES RUS. *La violación en el CP español*. Granada, 1982. pp.281-285; CARMONA. *Los delitos de abusos...* Op.cit.; pp.40-41. CARMONA. *Delitos contra...* Op.cit.; pp.300, 303; MUÑOZ. *DP. PE*. Op.cit.; pp.177-179. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Anotaciones a la reforma del CP de 1989. Enfermedad mental y libertad sexual*. En: *Temas de DP...* Op.cit.; p.330; BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de DP. PE*. 2a.ed. Barcelona, 1991. pp.113-114; CANCIO. *Delitos contra la libertad sexual...* Op.cit.; p.531.

(68) Vid. supra 2/10-11.

(69) POLAINO NAVARRETE. *El bien jurídico en DP*. Sevilla, 1974. pp.294 y ss.; POLAINO NAVARRETE. *DP. PG*. Tomo I. 3a.ed. Barcelona, 1996. pp.281-282.

(70) SILES. *Con el sólo dicho de la...* Op.cit.; pp.49 y ss.

(71) *JurP*. Tomo III. Lima, 1999. p.248.

(72) *Ibid.*; p.250.

(73) *Ibid.*; p.242.

menor de edad, cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado en ciertos comportamientos delictivos que relajan las costumbres de la familia y la sociedad y es por ello que la perversión temprana de los sentimientos éticos de una menor, repudia a la conciencia colectiva<sup>(74)</sup>”.

Entiende la S del JP de Sihuas de 17-12-96, expediente 07-96, que “en los delitos de violación de la libertad sexual el bien jurídico tutelado es la libertad de acceder a contacto sexual, así como también se protege la inmadurez biológica de la menor<sup>(75)</sup>”.

Según la SCSL, 2 Sala Penal, de 22-12-97, expediente 559-97, “el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, es decir, el derecho que toda persona tiene a elegir el objeto de sus relaciones sexuales, habiendo quedado establecido que la menor y el acusado eran enamorados<sup>(76)</sup>”.

Se aprecia también lo contrario, en determinadas sentencias por seducción se considera que el menor de 14 a 18 años de edad no goza en estricto de libertad sexual, sino de un interés que se asemeja a la definición de indemnidad sexual.

La SCSL de 14-7-98, expediente 1534-98, señala que en la seducción el bien jurídico protegido “es el libre desarrollo sexual del adolescente comprendido entre los catorce a dieciocho años de edad<sup>(77)</sup>”.

Excepcionalmente se observa una identificación formal del bien jurídico, pero sin utilizarse como criterio material de interpretación para fundamentar la tipicidad en la sentencia.

Estima la SCSL de 21-9-98, expediente 4953-97, que “el bien jurídico protegido en estos delitos es la Libertad Sexual, la que resulta imposible restituir o reparar por lo que se deberá considerar únicamente la indemnización de daños y perjuicios irrogados a la

víctima<sup>(78)</sup>”.

A su vez, la SCSL de 18-5-98, expediente 8145-97, entiende que en el delito de atentados contra el pudor “el bien jurídico protegido es la libertad sexual, ya sea de una hombre o de una mujer<sup>(79)</sup>”.

## **7 Nullum crimen, nulla poena sine lege e infracciones al principio de tipicidad.**

El principio de legalidad es la principal manifestación penal del modelo de Estado de Derecho<sup>(80)</sup>, adoptado en el artículo 38 de la Constitución y que conlleva al expreso reconocimiento del principio en el artículo 2.24.d de la misma norma y en el artículo II del CP. Tales previsiones fortalecen, como garantías frente al ejercicio del *ius puniendi*, las exigencias de una ley penal previa, cierta, escrita y estricta<sup>(81)</sup>. A esta última está ligado el “mandato de determinación” que, más allá de proscribir la analogía *in malam parte*, exige del Juez la aplicación estricta de la ley penal<sup>(82)</sup>, que se materializa en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena como limitación del arbitrio judicial<sup>(83)</sup>.

El Estado de Derecho no se agota en las garantías a las que legítimamente se atiene un autor potencial<sup>(84)</sup>, por ello la exigencia de tipicidad del hecho debe observarse también como garantía de la víctima. Las llamadas “norma secundarias” o “normas de sanción” ordenan a los jueces la imposición de sanciones penales frente a la realización del delito<sup>(85)</sup>. La vinculación estricta del Juez a la ley impide pues la condena por un comportamiento atípico, pero también lo obliga a imponer la pena frente a la realización de un hecho típico<sup>(86)</sup>, siempre que se observen, desde luego, las

(74) GÓMEZ MENDOZA. En: *JurP*. Tomo IV. Lima, 1999. p.426.

(75) *SJ*. No.1. Lima, 1999. p.524.

(76) GÓMEZ MENDOZA. *Op.cit.*; p.384.

(77) *JurP*. Tomo III. Lima, 1999. p.240.

(78) *Ibid.*; p.231.

(79) *Ibid.*; T III, cit., p.241.

(80) MIR. *PG*. *Op.cit.*; p.74.

(81) ROXIN. *DP*. *PG*. Tomo I. 2a.ed. Madrid, 1997. 511/7-11.

(82) BERDUGO y otros. *PG*. *Op.cit.*; p.41.

(83) MIR. *PG*. *Op.cit.*; p.78.

(84) JAKOBS. *DP*. *PG*. 2a.ed. Madrid, 1997. ap.41A/8.

(85) SILVA. *DP contemporáneo*. *Op.cit.*; pp.311-313, 360-362.

(86) BERDUGO y otros. *PG*. *Op.cit.*; p.42.

demás condiciones para la sancionabilidad. Sólo en esa medida cobran sentido las funciones de prevención y protección de la persona humana y de la sociedad, que el artículo I del TP del CP consagra como misión del ordenamiento penal<sup>(87)</sup>.

Ahora bien, la realización del principio de tipicidad no aparece debidamente satisfecha en la jurisprudencia penal sexual. Se aprecian múltiples problemas de subsunción del comportamiento imputado en los tipos del CP, los que se expresan por ejemplo en la validación de interpretaciones restringidas de los elementos típicos sin observarse una fundamentación legal estricta, la reconducción de la tipicidad por negarse alguna condición objetiva del tipo original o la exigencia de circunstancias materiales ajenas al tipo. Ello conduce, como regla general en los delitos contra la libertad sexual, a la absolución, a la aplicación de tipos con sanciones menos graves o a la imposición de una pena atenuada, regla que, sin perjuicio de sus excepciones, corrobora la tesis de la instrumentación discriminatoria de la ley penal por razones de género<sup>(88)</sup>.

En la aplicación del tipo de violación simple (artículo 170) se aprecian básicamente dos problemas de interpretación: la entidad de la violencia o amenaza excluyente de consentimiento y, en segundo término, la delimitación de este delito frente al de seducción (artículo 175). En cuanto a lo primero, pareciera exigirse que la agraviada haya sufrido lesiones que demuestren la ausencia de consentimiento.

La S del Primer JP Capturador de Chiclayo de 4-2-97, expediente 154-91, descartó el consentimiento de la agraviada porque el imputado no explicó como se produjeron las lesiones que presenta la víctima.

Esta práctica es ilegal porque para la tipicidad del artículo 170 es suficiente una amenaza o *vis compulsiva* que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia. Asimismo, el tipo no requiere que la violencia produzca lesiones en el sujeto pasivo<sup>(89)</sup>, tal circunstancia agrava más bien la pena si se trata de lesiones graves producidas

negligentemente por el autor (artículo 177 CP). En los demás casos, cuando las lesiones son dolosas o culposas leves, se aplicarán, según el caso, las reglas del concurso ideal (artículo 48) o real (artículo 50), a fin de aplicarse la pena del delito más grave.

En relación al segundo problema apuntado, cuando la víctima tiene de 14 a 18 años y aunque alegue reiteradamente que fue violada por la fuerza o bajo amenaza, es visible una injustificada resistencia jurisprudencial a calificar el hecho, ya desde el auto de apertura de instrucción, como violación simple (artículo 170), asumiéndose más bien la tipicidad de la seducción (artículo 175) que exige la utilización del engaño como medio comisivo y establece una pena bastante menor.

La S del 4 JP de Chiclayo de 31-7-97, expediente 158-96, aprecia seducción por el hecho de que la agraviada aceptó pernoctar, junto con otras amigas, en la misma casa que el imputado, descartando la existencia de violencia que permitiría calificar el hecho más bien como violación (artículo 170), debido a que no existen lesiones comprobadas y porque la agraviada consintió pernoctar en el mismo lugar y acepta ser enamorada del acusado.

La S del 2 JP del Cusco de 17-5-96, expediente 306-95, absolvió del delito de seducción al acusado que ha practicado varias veces el acto sexual, mediante fuerza según la menor agraviada, ello por la intención matrimonial del imputado, el que fueran enamorados y por un supuesto consentimiento tácito, pues de lo contrario la víctima “no hubiera permitido mantener relaciones íntimas en tantas oportunidades”.

La S de la 1 SSP de Cusco de 19-12-96, confirmó la condena por seducción del acusado que, aprovechando la ausencia de su conviviente, propuso a la doméstica menor de edad dormir en otra cama, junto a otro menor, y luego la forzó a realizar el acto sexual.

En la seducción, la “voluntad” de la víctima de practicar el acto sexual es objetivamente imputable al

(87) VILLAVICENCIO. Op.cit.; pp.27-29. PEÑA. PG. Op.cit.; pp.15-26.

(88) Vid. supra 4/19.

(89) PEÑA. PE I. Op.cit.; p.693. Esta desvinculación entre violencia y lesiones se observa claramente fuera del DP sexual, donde la jurisprudencia califica como violencia incluso el mero contacto físico que origina un movimiento reflejo por parte de la víctima. En tal sentido, la SCS de 24-11-98, R.No 4131-98, consideró como violencia típica de robo un golpe leve que dio el autor en la mano de la víctima, determinando que ella soltara al piso S/ 30 que empuñaba, hecho por el que se impuso 6 años de pena privativa de libertad.

engaño, de modo que la violencia y la amenaza constituyen condiciones negativas de la tipicidad de seducción. En los casos antes citados se aprecia pues un grave error de subsunción, no concurre el engaño requerido para la seducción. Aunque pueda existir engaño inicial o abuso de confianza, lo determinante es que la víctima no autoriza el acto sexual, por el contrario expresa una clara oposición frente a la violencia del autor, situación incompatible con el engaño típico. Sólo en algunos casos, la jurisprudencia ha calificado hechos similares como violación simple.

Según la SCSL de 15-6-1998, expediente 1117-98, el imputado condujo a la menor de 14 años a su domicilio para supuestamente hablar con su hermana, pero en tal lugar no había nadie, por lo que la forzó a practicar el acto sexual y la dejó salir recién al día siguiente. Para la Sala, el medio del delito de seducción es “la utilización del engaño, entendido como toda actividad destinada a presentar como verdadero algo falso, capaz de inducir a error respecto de la trascendencia o significación del consentimiento que pudiera brindar<sup>(90)</sup>” la víctima. Por ello la Sala entendió que en este caso el engaño no fue el medio para obtener un consentimiento que en la realidad no existió, de modo que no apreció el delito de seducción, sino los de violación simple (artículo 170) y secuestro (artículo 152).

En cuanto a la aplicación judicial del tipo de seducción, se observan dos problemas adicionales. De una parte, aunque el artículo 175 del CP de 1991 eliminó la referencia a la víctima mujer de “conducta irreprochable” que preveía el artículo 201 del CP de 1924, esta exigencia moral, incompatible con la concepción igualitaria del bien jurídico libertad sexual, aún subsiste en la jurisprudencia.

La citada S del 9 JP de Chiclayo de 13-7-94, expediente 201-94, califica el hecho como seducción, entre otros considerandos, porque la víctima ha tenido “una conducta honesta que no permite dudar de su reputación moral, sumado a ello su escaso nivel cultural

que permitió el engaño de una persona como es el caso del acusado que triplicaba en edad a la menor”

De otro lado, contraviniendo el principio de tipicidad, la jurisprudencia continúa limitando el engaño típico de la seducción a la llamada “promesa de matrimonio”<sup>(91)</sup>. Tal condición es ajena al tipo objetivo del artículo 175, tampoco se encontraba en el CP derogado<sup>(92)</sup>, de modo que su supervivencia obedece únicamente a un extremado conservadurismo judicial.

En ese sentido, para la SCSL de 23-6-98, expediente 1411-98, no existe seducción porque no se advierte “que el procesado le hubiese hecho promesas de amor o matrimonio, que permitan suponer la existencia del engaño, para doblegar su voluntad, más aún si la agraviada era su vecina y sabía que el procesado estaba casado y acudía al domicilio del mismo para tener relaciones sexuales, cuando no se encontraba su esposa<sup>(93)</sup>”.

Según la SCSL de 13-5-98, expediente 80-98, no hay seducción contra la menor de 16 pues ambos sostienen que fue de mutuo acuerdo y aunque el consentimiento de la menor “carece de relevancia legal”, no se ha acreditado que el imputado “haya engañado a la agraviada a fin de mantener relaciones sexuales (...) en ningún momento el inculpado le ofreció matrimonio o le realizó alguna otra promesa que no haya cumplido, además se descarta todo tipo de aprovechamiento de parte de éste, cuando la misma agrentada señala que ambos se encuentran realizando vida convivencial desde (...) un mes después” de que los hechos fueran conocidos por la Delegación Policial de Lince, en virtud de la denuncia de la madre de la menor<sup>(94)</sup>.

Señala la SCSL de 14-7-98, expediente 1534-98, que el autor es casado pero ofrece matrimonio a la menor colegiala con la promesa de divorciarse de su esposa, razón por la que es condenado a un año de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente<sup>(95)</sup>.

(90) *JurP.* Tomo III. Lima, 1999. p.233, en igual sentido la SCSL de 13-5-98, expediente 80-98, en: *JurP.* Tomo III. p.237.

(91) BRAMONT-ARIAS y GARCÍA. *PE.* Op.cit.; p.255.

(92) La promesa matrimonial como medio comisivo del “estupro”, sólo se previó en el artículo 368 del Anteproyecto de CP de 1877 y en el artículo 180 del Proyecto de CP de 1916, pero no fue contemplada en la redacción definitiva del artículo 201 del CP de 1924.

(93) *JurP.* Tomo III. Lima, 1999. p.235.

(94) *Ibid.*; p.237.

(95) *Ibid.*; p.240.

La S del JP de Sihuas de 17-12-96, expediente 07-96, condenó al profesor que practicó el acto sexual con su alumna bajo promesa de matrimonio, de dejar a su esposa y no avisar a sus padres<sup>(96)</sup>.



En la interpretación judicial del tipo de violación con prevalimiento que tipifica el artículo 171, se evalúa exigentemente el grado de indefensión de la víctima, es decir su estado de inconciencia o imposibilidad de resistir, lo que es pertinente según el principio de tipicidad. No obstante, se observa lo contrario cuando se pretende establecer determinados comportamientos precedentes de la víctima como fundamento de atenuación de la pena del autor, sin recurrirse a una argumentación dogmática expresa y acorde con el ordenamiento penal. Esta praxis *contra legem* se presenta, por ejemplo, cuando pese a negarse el consentimiento excluyente de tipicidad, la ebriedad de la víctima es tomada en cuenta para atenuar la pena del autor.

La SCSL de 21-9-98, expediente 4953-97, indica que la agraviada “ingirió en primer lugar algunos

coktailes con motivo de la despedida de soltera de su hermana y cuando ya habían transcurrido varias horas de la reunión continuó bebiendo en esta ocasión cerveza en compañía del encausado, quien inclusive se encargó de proporcionarla consiguiendo que la denunciante al momento de retirarse con él alrededor de las seis de la mañana se encontrara en evidente estado de embriaguez, lo que consecuentemente no le permitía tener aptitud para percibir lo que acontecía ni para poder prestar un consentimiento válido de una posible relación sexual”. Sin embargo, pese a la planificación del autor, la Sala entendió que su ebriedad constituye motivo de atenuación hasta por debajo del mínimo legal, en virtud del artículo 21 del CP<sup>(97)</sup>.

Cuando el hecho lesiona la indemnidad sexual, especialmente en los casos de violación de persona incapaz (artículo 172) o menor de edad (artículo 173), se verifica generalmente un amparo judicial “máximo” en las decisiones de la Corte Suprema. Éste se manifiesta en la adecuada aplicación de conceptos penales, como los de tentativa y consumación, a fin de evitar la apreciación de atenuantes, así como en la imposición casi automática de sanciones muy graves, permitidas por el ordenamiento pero frente a las cuales no se salvaguarda judicialmente el principio constitucional de proporcionalidad. Esta práctica no se percibe en el juzgamiento de delitos contra la libertad sexual, cuyas sanciones son más acordes con la necesidad de la intervención penal, pero cuya estricta aplicación, según lo antes citado, implica superar múltiples problemas de interpretación.

Para la SCS de 10-8-94, expediente 3029-93-B, en el caso de “cópula interrumpida” que no causó desfloración por tratarse de himen complaciente, existe “principio de ejecución material de éste ilícito y su parcial consumación”, de modo que no existe tentativa sino consumación del delito de violación de la menor de catorce que sufre retardo mental moderado<sup>(98)</sup>.

La SCS de 20-10-97, expediente 4737-97, señala que “para efectos de consumación es irrelevante que la penetración contra natura haya sido parcial<sup>(99)</sup>”.

(96) SJ. No.1. Lima, 1999. p.524.

(97) JurP. Tomo III. Lima, 1999. p.230.

(98) ROJASI PELLA. *Ejecutorias supremas penales (1993-1996)*. Lima, 1997. pp.176-177.

(99) JurP. Tomo I. . Lima, 1999. p.366.

A su vez, la SCS de 21-8-97, expediente 3529-97, establece que si el acusado trató de “poseer sexualmente” a la agraviada menor de 8 años e incluso eyaculó entre las piernas de ésta, quien comenzó a gritar motivando su desistimiento, entonces el hecho debe calificarse no como acto contrario al pudor sino como tentativa de violación de menor<sup>(100)</sup>.

Según la SCS de 23-10-95, expediente 3555-95, constituye circunstancia agravante la violación contra natura de la menor hija de cuatro años, por lo que se le impuso 25 años de pena privativa de libertad al autor<sup>(101)</sup>.

Excepcionalmente la Corte Suprema decide la absolución en casos de violación de menores, por lo general ante la ausencia de pruebas que, en ocasiones, pudieron ser satisfechas mediante un nuevo juicio.

La citada SCS de 16-12-97, expediente 812-97 declaró no haber nulidad en la absolución por delito de violación de menor porque entendía que el imputado no pudo ejercer violencia debido a que tenía “saturado el dedo meñique de la mano izquierda<sup>(102)</sup>”.

De otro lado, la SCS de 9-1-98, expediente 1535-97, absolvió al acusado del delito de violación de menor, porque sería incapaz de practicar el acto sexual debido a su avanzada edad<sup>(103)</sup>.

Problema particular en los delitos sexuales consiste en determinar la extensión del concepto de “acto análogo”.

La S del 6 JP de Chiclayo de 19-4-96, expediente 239-95, aprecia la comisión de acto contrario al pudor contra una menor de 7 años, consistente en la práctica bucogenital a cambio de un nuevo sol, pero aplica el tipo del artículo 176, no el del 176-A, e impone 4 años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente.

En este caso se consideró que el acto bucogenital no se subsume en la expresión “acto análogo” del tipo

de violación de menor (artículo 173), de modo que se juzgó como delito contrario al pudor sin aplicarse el artículo 176-A. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la doctrina nacional aún no está zanjado si el denominado *fellatio in ore* o acto bucogenital debe considerarse como “acto análogo”<sup>(104)</sup>. Durante la vigencia del CP derogado, en virtud del D. Ley No.20583 de 9 de abril de 1974, la pena de muerte era la sanción por la violación de menores (artículo 199), de forma que, para evitar la generalización de esta grave consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia se aferraron a una interpretación restrictiva de la expresión “acto análogo”, limitándola únicamente al acto contra natura<sup>(105)</sup>. Como esta motivación político criminal desapareció con la entrada en vigor de la Constitución de 1979, la que mantuvo la pena de muerte sólo para el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior (artículo 235), un sector de la doctrina propuso extender el concepto de acto análogo a la penetración entre las piernas y la bucogenital<sup>(106)</sup>. De esta manera, no debe perderse de vista que el enunciado “acto análogo”, presente en todos los tipos de violación del vigente CP, constituye una cláusula general que permite la interpretación analógica<sup>(107)</sup>, de modo que análogo al “acto sexual” puede considerarse tanto la práctica contra natura como la bucogenital.

Los delitos de atentados contra el pudor de los artículos 176 y 176-A del CP, no suelen denunciarse tratándose de víctimas mayores de 18 años. Estos delitos son de carácter doloso, no exigen la presencia de un elemento de tendencia interna intensificada, como el *animus lubricus*, condición que no aparece en la descripción típica pero que la jurisprudencia penal sexual parece requerir sin justificación legal.

En esa perspectiva, la SCSL de 18-5-98, expediente 8145-97, señala que el delito contra el pudor se entiende como “todo tocamiento lúbrico somático que realiza el

(100) Ibid.; p.384.

(101) ROJJASI. Op.cit.; p.179.

(102) *JurP.* Tomo I. Lima, 1999. p.374.

(103) Ibid.; p.375.

(104) A favor SALINAS. Op.cit.; p.183. En contra PEÑA. *PE I.* Op.cit.; p.693. CHOCANO. Op.cit.; p.765. ANGELES y FRISANCHO. *CP II.* Op.cit.; p.993. NOGUERA. *La violación de la libertad sexual.* Op.cit.; p.33. Sin tomar postura, BRAMONT-ARIAS y GARCÍA. *PE.* Op.cit.; pp.235-236; BRAMONT-ARIAS. *El error de tipo en el delito de violación.* Op.cit.; p.97, No. 3.

(105) ROY. Op.cit.; *PE.* pp.82-83.

(106) PEÑA. Op.cit.; *PE.* p.337. Contrario a esta extensión, BRAMONT. *Temas de DP..* Op.cit.; p.25.

(107) VILLAVICENCIO TERREROS. *Lecciones de DP. PG.* Lima, 1990. p.63.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *DP. PG.* 3a.ed. Bogotá, 1997. p.290.

sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del primero<sup>(108)</sup>". En este caso, pese a tratarse de una víctima menor de edad, se aplicó el tipo del artículo 176 y no el del 176-A vigente desde 1994, lo que permitió la imposición de una pena simbólica de dos años de privación de libertad suspendida condicionalmente.

Por su parte, la SCSL de 17-3-98, expediente 7512-97, precisa que este delito "requiere la realización de tocamientos o contacto físico sexual en la persona de la menor". En ese sentido, como el encausado sólo le dio un beso en la mejilla, la Sala apreció la inexistencia de "propósito libidinoso<sup>(109)</sup>".

Finalmente, pese a la clara diferencia legal entre el acto doloso contrario al pudor, realizado sin propósito de practicar el acto sexual, y la tentativa de violación en la que dicho propósito debe evidenciarse, se observa aún problemas de delimitación típica.

Según la SCSL de 24-4-98, expediente 6815-98, el autor efectuó tocamientos contra la menor, quien gritó y lo "botó" de su casa, "por lo que no fue posible consumir la violación". No obstante, la Sala condenó al autor por acto contra el pudor de menores (artículo 176-A) y no por tentativa de violación de menor (artículo 173)<sup>(110)</sup>.

## **8 "Individualización judicial de la pena" e inobservancia del deber de fundamentación de las resoluciones judiciales.**

El deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, previsto en el artículo 139.5 de la Ley Fundamental y en el artículo 12 de la Ley Orgánica de

Poder Judicial, constituye una garantía institucional del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>(111)</sup> que con carácter general establece el artículo 139.3 de la Constitución, de forma que su vulneración se considera causal de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico<sup>(112)</sup>. Acorde con ello, la fundamentación de una decisión condenatoria no se agota en la atribución del injusto culpable al autor, es necesaria además la argumentación relativa a la individualización judicial de la pena<sup>(113)</sup>, a fin de evitar que la fijación de los límites de la condena se convierta en una "zona de riesgo" para los derechos fundamentales<sup>(114)</sup>.

Como precisa Jescheck, en la individualización judicial de la pena el Juez debería liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración<sup>(115)</sup>. Pero estos parámetros no dejarán de concurrir por el simple hecho de ser jurídicamente indeseables, sobre todo en sectores como la protección de los derechos de la mujer, donde las creencias e ideología de los jueces juegan un papel importante en la resolución de los conflictos<sup>(116)</sup>. La toma de decisión no obedece únicamente a razones de justificación jurídica ("contexto de justificación"), sino también a las llamadas razones explicativas vinculadas a las ideas, creencias y valores culturales de quien decide ("contexto de descubrimiento")<sup>(117)</sup>. Si bien es posible que, de hecho, el Juez decida, al menos en parte, mediante un proceso mental inverso en el que plantea primero la conclusión y luego las premisas e incluso que su decisión sea, sobre todo, producto de prejuicios, ello no anula la necesidad de justificarla, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible<sup>(118)</sup>. De allí que la teoría de la argumentación jurídica no puede tener

(108) *JurP*. Tomo III. Lima, 1999. p.241.

(109) *Ibid.*; p.242.

(110) *Ibid.*; p.243.

(111) En el mismo sentido, la S del Tribunal Constitucional español de 8-10-1986.

(112) SCS de 25-5-1994, expediente 167-93-B, en: ROJIASI. *Op.cit.*; pp.380-381. SAN MARTÍN CASTRO. *Derecho procesal penal*. Vol I. Lima 1999. p.65, también 533-534. MAIER. *Derecho procesal penal*. T I. 2ª ed. Buenos Aires 1996, pp.481ss, 871ss.

(113) BERDUGO y otros. *PG*. *Op.cit.*; pp.328-329; PÉREZ DEL VALLE. *La individualización de la pena y su revisión*. En: *Estudios sobre el nuevo CP de 1995*. *Op.cit.*; pp.42-43; PEÑA. *PG*. *Op.cit.*; p.628.

(114) ZIFFER. *El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena*. En: *RPCP*. No.6. p.867.

(115) JESCHECK. *Tratado de DP*. *PG*. 4a.ed. Granada, 1993. p.787.

(116) VILLANUEVA. *Análisis del Derecho*. *Op.cit.*; pp.30-31.

(117) ATIENZA. *Las razones del Derecho*. *Op.cit.*; pp.23-25. Precisa VILLANUEVA, *Ibid.*; p.31, que en el contexto de descubrimiento se ubican los roles socialmente asignados a los hombres y mujeres, que pueden manifestarse en la interpretación de las normas jurídicas o en la valoración de las pruebas. Vid. además pp.36-37.

(118) ATIENZA. *Ibid.*; p.26.



un carácter puramente prescriptivo, sino también descriptivo, dando cuenta de los argumentos que tienen lugar de facto en la vida jurídica<sup>(119)</sup>. En esa dirección se incardina la dogmática de la individualización judicial de la pena, vinculada a un deber de mayor fundamentación jurídica<sup>(120)</sup>.

La determinación de las consecuencias jurídicas del delito, como la imposición de una pena o una medida alternativa, el tipo de pena o la intensidad de ésta, aún se percibe en la jurisprudencia penal peruana como un espacio de arbitrio judicial que permite alcanzar una justicia individualizada<sup>(121)</sup>. Pero el desarrollo de la dogmática penal no se agota en la teoría del delito, su influencia en el momento de la “individualización judicial de la pena”, reduce significativamente esta discrecionalidad, pues concuerda la decisión sancionadora con el principio de culpabilidad y los fines de prevención general y especial<sup>(122)</sup>.

Debe diferenciarse el ámbito de la “determinación legal de la pena” (*Strafbemessung*) del relativo a la “individualización judicial de la pena” (*Strafzumessung*)<sup>(123)</sup>. En la determinación legal de la pena se observa una dimensión legislativa y otra judicial, primero opera la “fijación legal de la pena” (*gesetzliche Strafbestimmung*), mediante la cual el legislador establece en abstracto las sanciones correspondientes a los delitos, señalando la pena máxima y mínima en cada delito según su gravedad, de modo tal que se ofrece al Juez un espacio de juego (*Spielraum*) o marco penal (*Strafrahmen*). Luego, en el momento de la “determinación judicial de la pena” (*richterliche Strafbemessung*), el Juez fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad (“marco penal abstracto”), y se decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse a un hecho (“marco penal concreto”), según el grado de ejecución del delito, el

título en virtud del cual interviene el sujeto y las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. Ambos aspectos, la “fijación legal de la pena” y la “determinación judicial de la pena”, configuran la “determinación legal de la pena”<sup>(124)</sup>. Por ejemplo, en un delito de violación consumado por un sujeto que sufre una anomalía síquica que no le impide totalmente comprender el carácter delictuoso de su comportamiento, el legislador fija legalmente la sanción en el artículo 170 del CP, previendo la posibilidad de imponer pena privativa de libertad de cuatro a ocho años. Tras identificar este marco legal, el Juez determina judicialmente la pena, de modo que la mencionada anomalía, comprobada durante el proceso, puede conducirle a aplicar la eximente incompleta del artículo 21 del CP en concordancia con el artículo 20.1, por lo que podrá imponerse una pena por debajo del mínimo legal. Por consiguiente, como producto de la determinación legal de la pena se tiene que el autor puede ser sancionado con pena privativa de libertad de 2 días (artículo 29) a ocho años (artículo 170). La fijación de la sanción específica, dentro de este rango legalmente determinado, no puede vincularse sólo a la discrecionalidad judicial, sino también a un conjunto de criterios normativos que satisfagan la misión preventiva del DP, orientación que sólo ofrece la dogmática de la individualización judicial de la pena.

En sentido estricto, la individualización judicial de la pena es la decisión sobre la clase y cantidad de pena que corresponde imponer al autor de un hecho delictivo frente a la transgresión culpable de un precepto penal, mientras que en sentido amplio incorpora la decisión en torno a la aplicación de sustitutivos penales o medidas alternativas a la privación de libertad<sup>(125)</sup>. En la individualización judicial de la pena la discrecionalidad no es libre, se observa en definitiva una “discrecionalidad jurídicamente vinculada”, tanto

(119) *Ibid.*; p.239.

(120) ZIFFER. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires, 1996. p.28.

(121) VILLAVICENCIO. *CP Op.cit.*; p.200. S. No. 499-98 de 7-12-98, de la Sala Penal de Camaná, en: ARMAZA GALDOS y ZAVALA TOYA. *La decisión judicial*. Lima 1999, p.235.

(122) BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de DP*. Vol.I. Madrid, 1997. pp.165, 194 y ss.

(123) JESCHECK. *Op.cit.*; pp.785-788.

(124) DEMETRIO CRESPO. *Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena*. NDP (1998/A) pp.19-39, n. 6.

(125) MIR. *PG*. *Op.cit.*; p.744. MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3a.ed. Madrid, 1996. p.189.

a determinados principios expresamente recogidos en la ley<sup>(126)</sup>, como a los fines de prevención general, prevención especial y el principio de culpabilidad<sup>(127)</sup>. De esa manera, dentro del marco de pena legalmente determinado y teniendo en cuenta, entre otros, los criterios previstos en los artículos 45 y 46 del CP, se trata de definir una pena acorde con la culpabilidad por el hecho que satisfaga simultáneamente las metas prevención general y especial en el caso concreto<sup>(128)</sup>.

Pues bien, en la jurisprudencia peruana y específicamente en la relativa a delitos sexuales, no suele apreciarse la argumentación de la individualización de la pena y no pocas veces las decisiones dejan de lado los elementos fácticos previstos en el artículo 46 del CP, en orden a graduar el injusto y la culpabilidad<sup>(129)</sup>. En cuanto a la valoración de las circunstancias relativas al injusto<sup>(130)</sup> (artículo 46 incs. 1-5, 6 en cuanto a los fines y 7)<sup>(131)</sup>, en algunos casos la jurisprudencia niega el consentimiento de la víctima y afirma la violencia ejercida por el autor, de modo que el injusto se entiende realizado. Pero al momento de individualizar la pena, contradictoriamente se alega la presencia de un consentimiento relativo que jurídicamente es irrelevante, pues en los delitos sexuales el acuerdo entre autor y víctima excluye la tipicidad, no existiendo la categoría de “acuerdo relativo” con efectos atenuantes. Con ello se infringe además la prohibición de doble valoración (artículo 46 pf. 1 del CP), pues si la

resistencia de la víctima se ha tomado en cuenta al definir la tipicidad, no puede ser considerada por segunda vez a fin de individualizar la pena.

La S del 2 JP de Coronel Portillo de 25-3-98, expediente 267-97, señala que existe violación pero “debe tenerse en cuenta para aplicar la pena que ha existido cierta voluntad de aceptación de la agraviada, puesto que si ésta hubiera puesto en juego toda su voluntad de defensa existía la posibilidad de evitar los hechos”.

En otro casos, las graves consecuencias psicológicas sufridas por la víctima de la violación, no se toman en cuenta para sancionar más intensamente el hecho dentro de los límites legales por razones de prevención general, como permite el artículo 46.4 del CP, sino sólo para fijar la reparación civil.

La SCSL de 21-9-98, expediente 4953-97, considera que la pericia psicológica que diagnóstica en la agraviada una “reacción ansiosa depresiva situacional” que requirió tratamiento especializado, acredita una circunstancia grave del hecho que amerita incrementar el monto de la reparación civil<sup>(132)</sup>.

Con adecuado criterio, la jurisprudencia ha considerado la importancia de los deberes infringidos (artículo 46.3 CP) para imponer la inhabilitación como pena accesoria en los delitos contra la indemnidad sexual.

Para la SCS de 22-1-93, expediente 1928-92-A, procede la inhabilitación como pena accesoria, según

(126) La reducción del proceso de individualización judicial de la pena a la aplicación de los criterios previstos en los artículos 45 y 46 del CP, es el lugar común de la jurisprudencia. (Vid. SCS en: *JurP*. Tomo I. Lima, 1999. pp.201-237) y parte de la doctrina peruana. PEÑA. *PG*. Op.cit.; pp.625-630.

(127) MIR. *PG*. Op.cit.; pp.753-754. GRACIA MARTÍN y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo CP español*. Valencia, 1996 p.180; ROXIN. *Culpabilidad y prevención en DP*. Madrid, 1981. pp.115 y ss.; SCHÜNEMANN. *La función del principio de culpabilidad en el DP preventivo*. En: *El sistema moderno del DP: cuestiones fundamentales*. Madrid, 1991. pp.172-178; JESCHECK. Op.cit.; p.788-789; ZIPF. *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. CPC 17. 1982. p.353. MAURACH y ZIPF y GÖSSEL. *DP*. *PG*. Tomo 2. Buenos Aires, 1995. pp.694-695; VILLA STEIN. *PG*. Op.cit.; pp.467-468. ANGELES y FRISANCHO. *CP I*. Op.cit.; pp.300-303. VILLAVICENCIO. *CP*. Op.cit.; p.200.

(128) La articulación de estos criterios, especialmente problemática cuando los fines de la pena conducen a soluciones contrarias -antinomias de los fines de la pena-, no es pacífica y ha dado lugar a un conjunto de posturas, entre la que cabe destacar la teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafe*), la teoría del espacio de juego o del margen de libertad (*Spielraumtheorie*) y la teoría del valor posicional o del valor de empleo (*Stellungswerttheorie*), DEMETRIO. *Individualización judicial de la pena*. Op.cit.; pp.19ss. ZIFFER. *Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena*. En: *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires, 1993. pp.91-96.

(129) La jurisprudencia de la Sala Penal de Camaná pone de relieve el cumplimiento del deber de motivación en el ámbito de la individualización judicial de la pena, Vid. las S No. 404-98 de 2-10-98, 494-98 de 30-11-98, 497-98 de 3-12-98 y 528-98 de 22-12-98, en ARMAZA/ZAVALA. *La decisión judicial*. Op.cit.; pp.152, 207, 216 y 256-257.

(130) JESCHECK. Op.cit.; p.801, precisa que la magnitud del daño, el modo de ejecutar el hecho y la perturbación de la paz jurídica contribuyen a configurar el grado del injusto a fin de fijar la entidad de la pena.

(131) VILLAVICENCIO. *CP*. Op.cit.; p.199.

(132) *JurP*. Tomo III. Lima, 1999. p.231.

los artículos 36.5 y 39 del CP, cuando el delito se ha cometido violando los deberes inherentes a la patria potestad, como en el caso de violación de menores por parte del padre<sup>(133)</sup>. En el mismo sentido se pronuncia la SCS de 1-9-93, expediente 1757-93<sup>(134)</sup>.

Ahora bien, al igual que el injusto, también la culpabilidad es graduable<sup>(135)</sup>, razón por la que el artículo 46 reconoce la consideración de los móviles del agente (inc. 6) como criterio de individualización judicial de la pena<sup>(136)</sup>. Sin embargo, en la jurisprudencia penal sexual se observa la tendencia a atenuar la pena del autor, aún por debajo del mínimo legal, en los casos de imputabilidad restringida debido a la edad. No obstante, el artículo 22 del CP no permite expresamente tal grado de atenuación, problema que, según lo antes explicado, corresponde en estricto a la “determinación judicial de la pena”<sup>(137)</sup>. A su vez, la minoría parece dejarse de lado en otros casos a fin de “compensar” un flagrante error de tipificación que conduce a una menor sanción.

La S del 4 JP de Chiclayo de 31-7-97, expediente 158-96, califica un verdadero hecho de violación (artículo 170) como delito seducción (artículo 175). Luego señala que el acusado tiene 19 años y es de escasa cultura, pero le impone la máxima sanción prevista en el artículo 175, es decir 3 años de pena privativa de libertad.

Por otra parte, sin una adecuada fundamentación probatoria, condiciones de la culpabilidad del autor que merecen considerarse en la individualización de la pena según los criterios del artículo 46, se convierten en circunstancias modificativas de la responsabilidad. En ese sentido se aplican, por ejemplo, los artículos 20.1 y 21 del CP a fin de atenuar la pena bajo el argumento de la imputabilidad disminuida.

Según la SCSL de 21-9-98, expediente 4953-97, “el procesado al igual que la agraviada había ingerido durante toda la noche bebidas alcohólicas,

encontrándose igualmente en estado etílico, tal como lo han referido los testigos que han declarado en el proceso, por lo que su responsabilidad penal resulta atenuada, conforme a lo previsto en el inciso primero del artículo veinte del CP<sup>(138)</sup>”. En este caso, la ebriedad del autor no estaba acreditada con alguna prueba técnica, pero se invocó la atenuante para fijar la pena por debajo del mínimo legal previsto en el artículo 171 del CP. Consecuentemente, aunque debió observarse la finalidad preventivo general de la pena, se sancionó la violación con 4 años de privación de libertad suspendida condicionalmente.

El criterio de la co-culpabilidad social<sup>(139)</sup>, previsto en el artículo 45 del CP, también ha sido invocado en las decisiones judiciales, pero sin tenerse en cuenta que no autoriza una disminución por debajo del mínimo legal.

La S de la SSP de Loreto de 18-03-97, expediente 0601-96, entre los argumentos relativos a la individualización judicial de la pena del autor de violación de menor, señala que “se tiene en cuenta su escasa cultura, carencias sociales y estado de promiscuidad social que es uno de los factores determinantes para este tipo de delitos, por lo que merece aplicarle una pena por debajo de la mínima<sup>(140)</sup>”.

Finalmente, por razones de prevención especial la reparación voluntaria del daño puede operar como circunstancia atenuante en la individualización judicial de la pena<sup>(141)</sup>. Así lo reconoce el artículo 46.9 del CP, pero este criterio ha sido inadecuadamente utilizado en la jurisprudencia penal sexual a fin de atenuar, aún por debajo del mínimo legal, la pena de quien sólo se ha comprometido mediante una transacción a reparar el daño, solución que incluso ha convalidado la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad.

La SCS de 20-12-94, expediente 832-94-B, señala que para la graduación de la pena debe tenerse en

(133) ROJASI. Op.cit.; pp.174-175.

(134) Ibid.; p. 181.

(135) JESCHECK. Op.cit.; p. 801.

(136) VILLAVICENCIO. CP. Op.cit.; p.200.

(137) Vid. supra 54.

(138) *JurP.* Tomo III. Lima, 1999, pp.230-231.

(139) VILLAVICENCIO. CP. Op.cit.; p.193.

(140) GÓMEZ MENDOZA. Op.cit.; p.414.

(141) ZIFFER. *Lineamientos...* Op.cit.; pp.166-170.

cuenta que el imputado, mediante transacción, se comprometió a asumir los gastos del embarazo, reconocer a la prole y fijarle una pensión alimenticia según sus posibilidades, de modo que sancionó el delito de violación de menor con 3 años de privación de libertad suspendida condicionalmente<sup>(142)</sup>.

## 9 Conclusiones.

La proclamación normativa de la igualdad de sexo y la no discriminación por motivo de género, adolece de un importante “déficit de ejecución” que se manifiesta en el DP sexual. La remoción de las condiciones culturales que explican esta desigualdad, es una tarea a desarrollarse mediante el concurso de los medios de control no punitivos. De lo contrario, el DP puede perder de vista la misión protectora de bienes jurídicos, a cambio de la satisfacción de funciones simbólicas que encubren ese déficit de ejecución.

Esta premisa es compatible con la exigencia de realización de las metas asignadas al DP sexual. El Programa Penal de la Constitución, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, vincula la aplicación judicial de los tipos que protegen la libertad e indemnidad sexuales, con los principios de lesividad, tipicidad e individualización judicial de la pena, constantemente infringidos en la jurisprudencia.

Pero la estricta vinculación del Juez a la Constitución no implica convertirlo en simple “boca de la ley”, si bien su ideología, creencias y valores personales o culturales, concurren en la aplicación del DP, ello no implica aceptarlos si la decisión judicial se contraponen a los principios que deben imperar en el orden social. Un DP, por más mínimo que sea, no puede permanecer ajeno a la meta de la igualdad, de allí que el DP sexual no deba concebirse únicamente como “Carta Magna del delincuente”<sup>(143)</sup>, sino también como “la ley del más débil”<sup>(144)</sup>. *AE*

(142) ROJASI. Op.cit.; pp.172-173.

(143) Parafraseando a von LISZT. *Über dem Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriff des Strafrechts*. En: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Tomo II. Berlin, 1970 (reimp. 1905). p.80.

(144) Parafraseando a FERRAJOLI. *Derechos y garantías...* Op.cit.; pp.15 y ss.