

## **Problemas fundamentales del delito de violación sexual en el derecho penal peruano**

**Hesbert Benavente Chorres**

Abogado

Estudiante de la maestría en derecho penal  
de la Universidad Nacional Mayor  
de San Marcos (Lima – Perú)

### **I. INTRODUCCIÓN**

El delito de violación sexual siempre ha estado previsto en los Códigos Penales del Perú en su vida republicana. Así, en el Código Penal de 1863 este ilícito estaba previsto en el artículo 269; asimismo, en el Código Penal de 1924, lo encontramos en el artículo 196.<sup>1</sup> En el Código de 1924, el delito de violación sexual se encontraba ubicado en la Sección III “Delitos contra la buena costumbres”, del Título I, llamado “Delitos contra la libertad y el honor sexual”.<sup>2</sup> La ubicación y descripción típica de este delito en el texto de 1924, originó una línea jurisprudencial<sup>3</sup> que ligaba esta figura delictiva con la honestidad, decencia y pudor, lo que conllevó a serias discriminaciones en sede de la determinación del sujeto activo y pasivo, así como, la concurrencia de los elementos del delito de violación. Así tenemos las siguientes jurisprudencias: Lima, SCS de 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". 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". Chiclayo, S del 9º JP de 13 de julio de 1994, exp. 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, exp. 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".

Decisiones jurisprudenciales de esta naturaleza no son obra del azar, sino reflejo de un problema cultural: la discriminación de género.<sup>4</sup>

---

1 Cfr. LAMAS PUCCIO, Luís. "CÓDIGO PENAL. CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL. CÓDIGO PROCESAL PENAL: SUMILLADO, ANOTADO, ANTECEDENTES, CONCORDADO, JURIPRUDENCIA", Editorial Les, Lima – Perú, 1999, Pág. 115.

2 Cfr. BRAMONT ARIAS, Luís. "TEMAS DE DERECHO PENAL", Tomo III, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1990, Págs. 9-12. De ahí que se afirmara que en los delitos contra la libertad y el honor sexual lo que se protegía es el interés del Estado en el aseguramiento del bien jurídico *buenas costumbres*, en cuanto se atiende a la inviolabilidad sexual de los individuos contra la manifestación ilícita de prácticas viciosas. Por tanto, dos bienes jurídicos tutelaban la reserva sexual de los individuos: la libertad sexual y el honor sexual; al respeto, ya hemos asentado nuestra posición en el anterior capítulo.

3 Sobre las citas jurisprudenciales tomadas, véase: CARO CORIA, Dino Carlos. "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES: ASPECTOS PENALES Y PROCESALES", Editorial Grijley, Lima - Perú, 2000, Págs. 26 y sgts.

4 Cfr. 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*", Defensoría del Pueblo, Lima – Perú, 1997, Págs. 213 y sgts.

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» (art. 201), o la imposibilidad de considerar como sujeto pasivo de violación al hombre o a la mujer casada (art. 196), constituían claras manifestaciones de una criminalización moralista y discriminatoria, convalidada doctrinalmente 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 Código Penal 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 de los delitos sexuales del Código de 1924. Por su parte, los proyectos de julio de 1990 y enero de 1991 (art. 140) se limitaron a plantear la modificación parcial de algunos tipos penales a fin 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 Código Penal de 1991 que, por primera vez, incardinó los ilícitos sexuales dentro de los «Delitos contra la libertad» (Tít. 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. Originalmente el texto de 1991 sancionaba los siguientes delitos: violación mediante violencia o amenaza (art. 170), violación con prevalimiento (art. 171), violación de persona en incapacidad de resistir (art. 172), violación de menor (art. 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174), seducción (art. 175), actos contra el pudor (art. 176), violación seguida de muerte o lesión grave (art. 177). Finalmente, el art. 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 (art. 170) y con prevalimiento (art. 171), se pasó a considerar como sujeto pasivo a cualquier persona, hombre o mujer y al margen del estado civil. El tipo del art. 170 incorporó como circunstancia agravante el concurso de personas y el uso de armas, en el delito de seducción (art. 175) se suprimió la expresión mujer de «conducta irreprochable», mientras que el tipo de actos contrarios al pudor (art. 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, modalidades que recientemente han merecido un mayor desarrollo en el Derecho Penal español, mediante la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril. Sin embargo, esto es uno de tantos problemas que sólo el delito de violación sexual en el Derecho penal peruano presenta; no obstante, en este artículo sólo analizaremos los problemas que esta figura presenta tanto en la determinación del bien jurídico protegido y del sujeto activo y pasivo en este ilícito penal (sin dejar de mencionar los otros problemas que presenta el objeto material, los medios típicos, el aspecto subjetivo, tentativa y consumación, autoría y participación, cuestiones procesales, entre otros puntos, los cuales, ameritan trabajos por separados).

## II. Bien jurídico de la categoría y objeto de tutela de los delitos contra la libertad sexual.

Una de las cuestiones que por comunes a todos los tipos delictivos que hemos de tratar merecen una especial consideración, es la referente al bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual. En efecto, la incriminación de las relaciones sexuales irregulares, bien por la forma en que se logran o bien por la naturaleza de las mismas, ha sido una constante en la historia del Derecho penal.

En efecto, ya en el Derecho romano<sup>5</sup> y en materia de delitos de índole sexual, se diferencian en tres grandes grupos de delitos. De un lado aquellos que atentaban contra la libertad sexual, como la violación, castigada por la *Lex Iulia de Vi Publica* como una de las *iniuriae atroces*; de otro, aquellos que infringen la moralidad sexual o concepto de la sociedad sobre los límites de las relaciones sexuales entre seres humanos, siendo considerado como tipo básico, dentro de ese segundo grupo, el estupro o fornicación, constituido por el acceso carnal con mujer que no es la propia ni tiene por profesión el ejercicio de relaciones sexuales, castigando la *Lex Iulia de adulteris* el estupro de mujer virgen o viuda honesta, figura recogida por las Partidas y que en los Fueros Extensos castellanos se refiere a la persecución de la fornicación del moro o judío con cristiana. Al lado del estupro y dentro de los delitos que vulneran la moral sexual, se incriminan conductas como el bestialismo y la sodomía o *pecado nefando*, que comprende el de la homosexualidad o relaciones sexuales entre hombres (*masculorum stuprum* en el derecho visigótico). Una última categoría de delitos de naturaleza sexual aparece integrada por aquellos que atentaban contra la ordenación familiar, dentro de los que pueden ser destacados la bigamia y el adulterio.

La breve alusión histórica realizada nos sitúa ante la necesidad de abordar una de las más debatidas que aquí nos ocupan, cuestión que no es sino la atinente al bien jurídico protegido. Si efectuáramos un rápido repaso por las distintas legislaciones penales, pareciera que las categorías legales en materia de delitos sexuales han fijado su atención tradicionalmente en el ataque a la libertad o autodeterminación sexual, o, a las buenas costumbres y la familia, como bien preponderante.

Así vemos que, El Salvador los llama “Delitos contra el pudor y la libertad sexual”; Perú los llama “Violación de la libertad sexual”; Ecuador: “De los delitos sexuales contra el pudor”; Paraguay: “Hechos punibles contra la autonomía sexual”; Venezuela: “Delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias”; Brasil: “Dos crimes contra os costumes”; Uruguay: “De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de las

familias”; Chile: “Crímenes y simples delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública”.<sup>6</sup>

Esta variedad de denominaciones nos obliga a precisar el objeto de protección legal – penal, ya que no se pueden analizar los distintos tipos de un microsistema punitivo que la ley implementa en una determinada materia, sino a partir del bien jurídicamente preponderante que la ley ha escogido para su protección. Son estos valores individuales y sociales los que, aún más allá de la voluntad del legislador, rigen toda cuestión de interpretación y aplicación de la ley de fondo. De lo contrario, vaciamos de contenido la ley penal y la convertimos en un mero sistema represivo, carente de bases racionales y científicas. Peligrosamente cerca de sistemas autoritarios.

---

5 Cfr. BEGUÉ LEZAÚN, J. “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL”, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2000, Págs. 11-12.

6 Cfr. VILLADA, Jorge Luís. “DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL: ANÁLISIS DOGMÁTICO, VICTIMOLÓGICO Y CRIMINOLÓGICO. SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO VIGENTE”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pág. 09.

A continuación, señalaremos las distintas opiniones que tratan de precisar el bien jurídico protegido en el delito de violación:

- ?? Durante el Siglo XIX, la doctrina dominante, así como, en las legislaciones, se consideraba a la honestidad como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales; esta consideración afectó la calificación típica de violación sexual, la cual, no ocurría si la víctima es socialmente deshonesto, o sobre persona de la cual el calificativo de honesta resultara impropio.
- ?? Carrara, afirmó que la violencia carnal ofende a la persona; siendo el caso que, el bien jurídico protegido es la pudicia individual.<sup>7</sup>
- ?? Fontán Balestra considera que el bien jurídico lesionado por la violación es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual, y tal como lo afirma exactamente Salvagno Campos, prescindir de ella, si así le place.<sup>8</sup>
- ?? Queralt, opina que los delitos sexuales afectan una parcela de la libertad individual: la de la autonomía sexual; es decir, el que el sujeto, hombre o mujer, puede establecer sin trabas en sus relaciones con otros sujetos mayores de edad

las líneas de sus actuaciones en el terreno de la sexualidad y de la efectividad. Ello comporta que entre adultos, rija el principio de las prácticas sexuales, sean éstas las que fueren, sin imposiciones que coarten el designio de los partícipes. Por ello, la ley sigue pensando que, fuera de los supuestos de teórica madurez de la personalidad – y por tanto de la sexualidad-, es decir, en el campo de las relaciones interpersonales en las que pueden encontrarse menores o incapaces, esta libertad de intercambio ha de ser, cuando menos, aún sin mediar injerencias violentas ni intimidatorias, sometido a control.<sup>9</sup>

?? Un sector de la doctrina, considera que es la libertad sexual, entendida como la facultad que tiene la persona en establecer el sí, con quién y cómo, en el ámbito de las relaciones sexuales, el bien jurídico común a todos los delitos sexuales. (Diez Ripolles,<sup>10</sup> Morales Prats,<sup>11</sup> Cancio Meliá<sup>12</sup>, Díaz - Moroto<sup>13</sup>).

---

7 Cfr. FONTÁN BALESTRA, Guillermo. “DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL”, 15ava. Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 206.

8 Cfr. FONTÁN BALESTRA, Guillermo. Ob. Cit., Pág. 206.

9 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. “DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE ESPECIAL: DELITOS CONTRA LOS INTERESES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS”, 3ra. Edición, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1996, Pág. 125.

10 Cfr. DIEZ RIPOLLES, José Luís. “EL DERECHO PENAL ANTE EL SEXO”, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1981, Págs. 04 y sgts. “LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: INSUFICIENCIAS ACTUALES Y PROPUESTA DE REFORMA”; Editorial Bosch, Barcelona – España, 1985, Págs. 03 y sgts.

11 Cfr. MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón. “COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL”, Editorial Aranzadi, Pamplona – España, 1996, Págs. 873 y sgts.

12 Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. “COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL”, (Dirigido por Rodríguez Mourullo), Editorial Civitas, Madrid – España, 1997, Págs. 514 y sgts.

13 Cfr. DIAZ – MOROTO Y VILLAREJO, Julio. “COMPENDIO DE DERECHO PENAL”; (Dirigido por Bajo Fernández), Tomo II, Editorial Ceura, Madrid – España, 1998, Pág. 101.

?? Otro sector de la doctrina, considera que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en los delitos sexuales; compartiendo importancia con la indemnidad sexual. Así, la libertad sexual es el bien jurídico protegido en las agresiones sexuales, así como, en ciertos supuestos de abusos sexuales; entendiéndose esta libertad en su doble vertiente: a) positivo – dinámico, la cual consiste en la capacidad por parte del sujeto de disponer libremente de su propio

cuerpo a efectos sexuales; b) negativo – pasiva, consiste en la capacidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por parte de otro de actos de naturaleza sexual que no desea soportar, oponiéndose, pues, al constreñimiento de que es objeto, ejercido por el agente. Asimismo, cuando la violación se realiza a menores de doce años (catorce años para la legislación peruana) o a trastornados mentales, el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, puesto que, su proceso normal de formación sexual resulta perjudicado en la comisión de determinadas infracciones, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual. (Carmona,<sup>14</sup> Calderón,<sup>15</sup> Rodríguez Ramos<sup>16</sup>).

- ?? Muñoz Conde considera tanto la libertad como la indemnidad sexuales como bienes jurídicos autónomos en los delitos sexuales, pero para su exacta delimitación deben situarse en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otras personas. A ese contexto valorativo, el jurista lo llama *moral sexual*, entendiéndola como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas; sin embargo, remarca que la *moral sexual* no es el bien jurídico protegido en esta materia.<sup>17</sup>
- ?? Orts Berenguer, luego de haber analizado los distintos delitos sexuales en la legislación español, concluye que la libertad sexual no es el único bien jurídico protegido en estos ilícitos, sino que, junto a este valor se cobijan otros, tales como: la intimidad (con el contenido que se le ha asignado), la dignidad y hasta la honestidad; sin olvidar la libertad de desplazamiento específica (en el delito de rapto).<sup>18</sup>

Como se advierte, son distintas las apreciaciones que se han formulado sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. La referida discusión también se puede encontrar en la doctrina nacional. A continuación, señalaremos las opiniones de los penalistas peruanos:

- ?? Bramont - Arias Torres, precisa que, siguiendo a la doctrina mayoritaria, la libertad sexual es el bien jurídico protegido en el Capítulo IX, Título IV, Libro II del Código Penal; el jurista define a la libertad sexual como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir, a la capacidad de actuación sexual; pero, tal bien jurídico no sería el protegido en los delitos sexuales cometidos contra una persona privada

de razón o de sentido, falta, temporal o permanente, la capacidad cognoscitiva de comprender las diversas posibilidades y elegir entre ellas, así como, en las violaciones contra los menores de catorce años; en todos estos casos lo que se protege es la intangibilidad o indemnidad sexual.<sup>19</sup>

14 Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción. "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES". En: *Curso de Derecho Penal Especial*, Tomo I, Editorial Pons, Madrid – España, 1996, Pág. 300.

15 Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel. "DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL", Tomo II, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001, Pág. 106.

16 Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luís / COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel. "DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL",

Universidad Complutense, Tomo I, Madrid – España, 1998, Pág. 158.

17 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. "DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL", 12ava. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1999, Pág. 200.

18 Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique. "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1995, Pág. 57.

?? Caro Coria, indica que la libertad sexual (uniéndose a la doctrina dominante que la entiende tanto en su faz positivo – dinámico, así como, negativo – pasivo, a lo que también los doctrinarios nacionales se afilian cuando emplean el término: libertad sexual) se protege mediante los delitos de agresión sexual bajo violencia o amenaza (art. 170 C.P.), violación con alevosía (art. 171 C.P.), violación de persona en incapacidad de resistir (art. 172 C.P.), violación con abuso de la relación de dependencia (art. 174 C.P.), seducción (art. 175 C.P.), y actos contra el pudor de persona de catorce o más años (art. 176 C.P.). En cambio, la indemnidad sexual es el bien jurídico protegido en los delitos cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental (art. 172 C.P.), o por su minoría (arts. 173, 173-A y 176-A C.P.).<sup>20</sup>

?? Chocano Rodríguez afirma que bajo el epígrafe *violación de la libertad sexual*, se agrupan las diversas modalidades típicas de la violación sexual; no siendo extraño pensar que el bien jurídico protegido en cada uno de estos delitos sea la libertad sexual, pero ello sería caer en desaciertos; frente a ello, se debe realizar un estudio de los delitos sexuales; concluye el jurista que la libertad sexual es el bien jurídico en la violación sexual, salvo la de menor (art. 173 C.P.) y actos contra el

pudor de menor (art. 176 -A C.P.), en donde el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual (entendiéndola como el libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque sexual).<sup>21</sup>

?? Salinas Siccha considera que el bien jurídico protegido en el sistema peruano es el denominado *libre autodeterminación sexual*; esto es, la libertad de conducirse con autonomía, sin coacciones ni fraudes en las satisfacciones de las apetencias sexuales; por otro lado, en los delitos de violación de persona incapaz de resistir (art. 172 C.P.), violación de menor de catorce años (art. 173 C.P.) y actos contra el pudor de menor (art. 176-A C.P.), el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual.<sup>22</sup>

?? Villa Stein, luego de afirmar que, acudir a la tesis de la libertad sexual como objeto de tutela implicaría reducir la sexualidad humana a su dimensión instrumental o genital, o, enfatizar la libertad decisional en desmedro del atributo psico fisiológico de la personalidad, concluye en precisar que en los delitos sexuales se tutela el bien jurídico: sexualidad humana, la cual, es un hecho de la naturaleza humana que requiere de un adecuado cause en la vida de relación, de modo que cada humano la desarrolle libremente, sin imponerla a otro. Asimismo, el catálogo peruano de tipos penales que describen el ataque a la sexualidad humana, tutelaría la libertad e indemnidad sexual.<sup>23</sup>

---

19 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL", 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima - Perú, 1998, Pág. 233

20 Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos / SAN MARTÍN CASTRO, César. "DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES: ASPECTOS PENALES Y PROCESALES", Editorial Grijley, Lima - Perú, 2000, Págs. 68-69.

21 Cfr. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. "LA VIOLACIÓN SEXUAL Y LOS ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENORES". En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*, No. 04, Lima - Perú, 1994, Págs. 760-764.

22 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. "EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO". En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales No. 03*, Lima - Perú, 1994, Págs. 180-182. "CURSO DE DERECHO PENAL PERUANO. PARTE ESPECIAL II", Editorial Palestra, Lima - Perú, 2000, Págs. 325-330.

?? Un sector de la doctrina nacional sólo considera a la libertad sexual como el bien

jurídico común en los tipos penales sexuales. (Peña Cabrera,<sup>24</sup> Ángeles González,<sup>25</sup> Bramont Arias,<sup>26</sup> Roy Freyre<sup>27</sup>).

Antes de tomar postura ante las distintas posiciones dogmáticas, se debe señalar que, en el anterior Código Penal (el de 1924), recogía los así llamados *Delitos contra la libertad y el honor sexuales*, dentro de la rúbrica genérica de los delitos contra las buenas costumbres, los cuales, se ubicaban a su vez en el Título I de la Sección III, del Libro II, de dicho cuerpo normativo. Por lo tanto, la doctrina de ese entonces consideraba a la honestidad como el bien jurídico protegido en estos delitos. Sin embargo, la honestidad como interés jurídico – penalmente protegido debe ser rechazado.<sup>28</sup>

En efecto, la honestidad forma parte de la personalidad del individuo y – como virtud moral- solo se destruye por los propios actos y no por las eventuales agresiones que su poseedor pueda sufrir por parte de terceros. Asimismo, la elevación de un valor moral al estatus de bien jurídico terminaría infringiendo el principio de igualdad y el necesario pluralismo que debe existir en una sociedad democrática, dado que no se podría proteger jurídico – penalmente a las personas deshonestas o que tienen una moral sexual relajada o una vida licenciosa como es el caso de las prostitutas, o incluso, en el extremo más radical a las madres solteras.

Por otro lado, es necesario como requisito lógico que la honestidad al constituir una idea moral sea captada por el sujeto o por el individuo concreto; de tal manera que éste llegue a experimentar en su real dimensión dicha virtud, hecho que llevaría a negar a la honestidad la condición de bien jurídico, sobre todo, en los casos de abuso sexual de menores de corta edad o de personas, con una grave incapacidad psíquica.

Con la actual regulación, se aprecia que la incorporación de los delitos contra la libertad sexual en el ámbito de los delitos contra la libertad y, por tanto, dentro de los bienes jurídicos de naturaleza individual confirma una perspectiva personalista que es abonada por la misma **Constitución** y que se opone de manera frontal a la anacrónica calificación autoritaria y sublimación colectiva de los delitos sexuales como infracciones subsumibles de los delitos contra las buenas costumbres.<sup>29</sup> Sin embargo, rechazamos cualquier posición que considera la presencia de un bien jurídico en los delitos sexuales, porque de la interpretación teleológica – racional de los tipos penales se desprende la presencia de varios intereses jurídicos que el Derecho penal debe proteger. Frente a ello, y siendo consecuentes con nuestra visión sobre el Derecho penal descansado sobre la Carta Magna, así como, con la interpretación que se debe realizar a cada tipo penal comprendidos en el Capítulo IX, Título IV, Libro II, del Código Penal, se tiene que, en el

referido Capítulo, se protege los siguientes bienes jurídicos: **libertad sexual e indemnidad sexual** (según sea el tipo penal en que estemos), sin descartar la afectación a otros bienes jurídicos (como la vida humana independiente o la salud de la persona, en lo que respecta al tipo penal previsto en los arts. 173-A, 176-A último párrafo y 177 C.P.). Y siendo aún más específico, en lo que respecta al delito de violación sexual, previsto en el art. 170 C.P. (el cual es el ilícito que se desarrollará el siguiente capítulo y el que gira la presente investigación) el bien jurídico penalmente protegido es la libertad sexual (entendida tanto en su fase positivo – dinámico, así como, negativo – pasivo)

---

23 Cfr. VILLA STEIN, Javier. “DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL: I-B”, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1998, Pág. 177.

24 Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. “TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL”, Tomo I, 2da. Edición, Lima – Perú, 1994, Págs. 687-689.

25 Cfr. ÁNGELES GONZÁLES / FRISANCHO APARICIO. “CÓDIGO PENAL”, Tomo II, Ediciones Jurídica, Lima – Perú, 1996, Pág. 990.

26 Cfr. BRAMONT ARIAS, Luís. “TEMAS DE DERECHO PENAL”, Tomo III, Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1990, Pág. 12.

27 Cfr. ROY FREYRE, Luís. “DERECHO PENAL PERUANO. PARTE ESPECIAL”, Tomo II, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima – Perú, 1975, Pág. 40.

28 Bajo la vigencia del C.P. de 1924, la Corte Suprema del país estableció una dura línea de moralización del Derecho penal sexual, como se aprecia en la sentencia del 30-03-1934, según la cual 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.

En principio, la asunción de la libertad sexual como bien jurídico protegido supone, por un lado, una toma de posición acerca de la dimensión y rol que le corresponde desempeñar a la sexualidad en la vida humana; y por otro lado, se enlaza con la misión del Derecho penal – como ordenamiento de la libertad – que le corresponde desarrollar en este campo.<sup>30</sup>

En el primer aspecto, se parte de una estimación claramente positiva de la libertad sexual – tanto en su vertiente activa y pasiva- dado que ella integra uno de los contenidos más importantes de la dignidad de la persona humana, del libre desarrollo de la personalidad y de la autorrealización personal, sin la que sería imposible organizar una vida social y personal justa y pacífica. En el segundo sentido, la misión del Derecho penal en la tutela

de la libertad sexual debe estar presidida por el principio de intervención mínima en su vertiente de fragmentariedad, la cual, ha sido indicada en el anterior punto. La libertad sexual es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales.<sup>31</sup> La especificidad y relativa autonomía de los delitos contra la libertad sexual respecto a los demás delitos contra la libertad personal encuentran su razón de ser en un peculiar enfoque valorativo y los condicionamientos culturales existentes en la sociedad actual que hacen ver que la privación del libre ejercicio de su sexualidad o el obligar a la víctima a disponer de una de las dimensiones más importantes de su personalidad reviste - por lo general - desde el punto de vista normativo - social una mayor gravedad que cualquier simple atentado contra la libertad personal.<sup>32</sup> En efecto, existe un peculiar disvalor social y jurídico de la violencia sexual respecto a otro tipo de violencia física o moral. La libertad sexual no sólo pretende garantizar a toda persona que posea la capacidad de autodeterminación su real y concreto ejercicio, sino que busca asegurar que los comportamientos sexuales que se realizan en una sociedad democrática, pluralista y abierta ocurran siempre en condiciones de libertad individual de los partícipes. La libertad sexual es el poder de autodeterminación en función de la libertad de hacer en el campo de la sexualidad. La doctrina remarca la naturaleza profundamente individual y no colectiva del bien jurídico. No debe confundirse el hecho de que un bien jurídico individual o personal tenga repercusiones sociales con que de dichas consecuencias deba colegirse la naturaleza supraindividual o colectiva del objeto de protección.

---

29 Cfr. CASTILLO ALVA, José Luís. "TRATADO DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2002, Págs. 20-21. MANTOVANI, Ferrando. "DIRITTO PENALE. PARTE ESPECIAL: DELITTI CONTRA LA LIBERTÀ E L'INTANGIBILITÀ SESSUALE", Editorial Cedam, Pádova - Italia, 1998, Pág. 02.

30 Cfr. DIEZ RIPOLLES, José Luís. "EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL". En: *Rev. De Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, No. 06, Madrid - España, 2000, Pág. 70.

31 Cfr. CASTILLO ALVA, José Luís. Ob. Cit., Pág. 21. DIEZ RIPOLLES, José Luís. "EL OBJETO DE PROTECCIÓN...", Ob. Cit., Pág. 70. ORTOS BERENQUER, Enrique / SUAREZ - MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. "LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES",

Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 2001, Pág. 16. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., Pág. 195. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. Ob. Cit., Pág. 761.

32 Cfr. BOIX REIG, Javier. “EL DELITO DE ESTUPRO FRAUDULENTO”, Madrid – España, 1979, Pág. 87. SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos. “EL DELITO DE AGRESIONES SEXUALES ASOCIADAS A LA VIOLACIÓN”, Editorial Aranzadi, Pamplona – España, 1995, Pág. 51.

Por otro lado, la doctrina penal reconoce que la libertad sexual posee un sentido **dinámico – positivo** por el cual se puede disponer de su sexualidad sin mayor limitación que la libertad ajena. Implica la elección del destinatario y el tipo de relación sexual que se quiere tener sin más restricciones que el respeto a la libertad del otro.<sup>33</sup> Permite la autodeterminación y la conducción de la persona conforme a sus motivaciones y decisiones, ya sea como expresión de poder optar por determinada forma de vida o por elegir en una concreta situación lo que le parezca más conveniente, sin que existan interferencias e intromisiones perturbadoras en el proceso de formación de voluntad por parte de terceros. Esta disposición de la sexualidad no puede entenderse en sentido absoluto, pues, por un lado, debe contarse con la existencia de condicionamientos y limitaciones naturales –provenientes muchas veces del propio sujeto- y, por el otro, existen las barreras y limitaciones que el propio ordenamiento jurídico impone o que tiene su origen en las costumbres y prácticas sociales.<sup>34</sup>

Asimismo, la doctrina reconoce a la libertad sexual un sentido **estático – pasivo** por el cual se pueden rechazar proposiciones no deseadas que se efectúan por un extraño o la propia pareja respecto a la realización de ciertos actos de naturaleza sexual o la asunción de una clase de relación sexual. La libertad sexual en sentido negativo se vincula con la facultad de rechazar toda agresión o comportamiento objetivo de contenido sexual que pretende involucrar sin su consentimiento, o con el consentimiento inválido o viciado, a otro en un contexto sexual determinado que no se desea.<sup>35</sup>

De esta forma, la libertad sexual supone decidir no sólo el sí, el cuándo o el con quién, sino también **el cómo**, puesto que, la forma como se va a practicar el acto sexual también es de relevancia tanto para la persona como para el Derecho penal; y así lo ha entendido la legislación española cuando ha equiparado valorativamente como violación la introducción de objetos en la cavidad vaginal o anal (art. 179 C.P. español de 1995); sin embargo, la doctrina nacional,<sup>36</sup> así es constitutiva de violación sino de actos contra el pudor; y esto se debe a la consideración de la libertad sexual como genitalidad, olvidándose la sentencia de Hurtado Pozo: *La sexualidad no es el sexo*.<sup>38</sup> Frente a ello, si nuestros doctrinarios, así como Magistrados son renuentes a considerar como violación la

introducción de objetos en la cavidad vaginal o anal (la cual, también afecta la libertad sexual de la persona al sentirse afectada – por la violencia o amenaza-, en el sentido de decidir sobre el cómo de la práctica sexual), debido a una limitación o déficit de nuestra legislación (y ello se entendería por las consecuencias de un vigente principio de legalidad), entonces, debe de **modificarse el artículo 170 de nuestro Código Penal** a fin que se tipifique como violación sexual los casos de **introducción de objetos ya sea en la cavidad vaginal o anal**, dado su especial e innegable gravedad que es **equivalente y de igual entidad que la práctica del acto sexual u otro análogo, y sobretodo porque el bien jurídico libertad sexual también se ve afectado**. Y como indica Castillo Alva,<sup>39</sup> no se comprende cómo dichas hipótesis todavía se conservan dentro del delito de los actos contra el **¿pudor?** que, por regla general, recogen comportamientos de menor gravedad.

---

33 Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique. Ob. Cit., Pág. 24. CARMONA SALGADO, Concepción. Ob. Cit., Pág. 178. CALDERÓN CEREZO, Ángel, Ob. Cit., Pág. 106. CASTILLO ALVA, José Luís. Ob. Cit., Pág. 25. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. Ob. Cit., Pág. 761.

34 Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción. “LOS DELITOS DE ABUSOS DESHONESTOS”, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1981, Pág. 31. BOIX REIG, Javier. Ob. Cit., Pág. 86. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Pág. 26.

35 Cfr. CASTILLO ALVA, José Luís. Ob. Cit., Pág. 26. CARMONA SALGADO, Concepción. “CURSO..”, Ob. Cit., Pág. 303. DIAZ – MOROTO Y VILLAREJO, Julio. Ob. Cit., Pág. 102. DIEZ RIPOLES, José. “LA PROTECCIÓN DE LA...”, Ob. Cit., Pág. 23. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. Ob. Cit., Pág. 761.

36 Cfr. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 200. Bramont – ARIAS TORRES, Luís A. / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob. Cit., Pág. 257. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. Ob. Cit., Pág. 765. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “LA MUJER COMO SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN: UN PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA. EN: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 03, Lima – Perú, 2002, Pág. 186.

como, los Magistrados,<sup>37</sup> consideran que la introducción de objetos en tales cavidades no

Sin embargo, estas acotaciones no son admisibles en tipos penales, como por ejemplo, la violación de menor de catorce años; por lo que, es necesario, dotar de un mayor contenido material al bien jurídico: libertad sexual y así entender, por un lado, el por qué del legislador de establecer un tipo penal autónomo de violación de menor de

catorce años. Y, por el otro lado, argumentar nuestra posición sobre la presencia de otro bien jurídico como es la indemnidad sexual.

Al respecto, debe señalarse que, lo que se tutela es **la libertad sexual de las personas que gozan de un mínimo de discernimiento o han desarrollado una mínima conciencia del contenido y ejercicio de su sexualidad, y que el legislador actual ha puesto como línea demarcatoria los catorce años de edad o aquellos que se han visto mermado tal discernimiento.**

Nuestra legislación en cuanto a la importancia y trascendencia de la edad cronológica ha tomado como punto de referencia tres grandes hitos. El primero de ellos – que va desde el nacimiento hasta los catorce años – se caracteriza por la prohibición y castigo de todo comportamiento que instrumentalice y abuse de la edad del menor provocando su involucramiento en un determinado contexto sexual. El segundo de ellos – que va desde los catorce años a los dieciocho – tiene como particularidad el castigar el acto sexual u otro análogo que se logra mediante el despliegue de un comportamiento fraudulento como es el engaño (sin descartar el ejercicio de violencia o amenaza en contra de personas que tienen tales edades, configurándose el delito previsto en el art. 170 C.P). El tercero de ellos – que va desde los dieciocho años hasta la muerte de la persona – destaca por centrar la prohibición penal en una sola modalidad de conducta: el empleo de la violencia o la grave amenaza.

De esta forma, la libertad sexual es el bien jurídico protegido en los tipos penales siguientes:

---

37 Sobre la línea jurisprudencia nacional, consúltese a: CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. Cit., Págs. 27 y 71.

38 Cfr. HURTADO POZO, José. “MORAL, SEXUALIDAD Y DERECHO PENAL”. En: *Derecho Penal y Discriminación de la Mujer. Anuario de Derecho Penal (1999-2000)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 2001, Pág. 33.

39 Cfr. CASTILLO ALVA, José Luís. Ob. Cit., Pág. 49.

?? Violación sexual (art. 170 C..P.)- Aquí no se protege los contactos físicos con los órganos genitales, sino la posibilidad que se le reconoce al individuo (hombre, mujer, homosexual, entre los casados, entre los que ejercen la prostitución; en suma, a cualquier persona humana mayor de catorce años, sin ningún tipo de discriminación) de elegir la persona con la que quiere involucrarse afectiva, erótica o sexualmente y de poder

rechazar a cualquiera que le proponga relacionarse o que no considere conveniente, o simplemente no quiera o no le guste, sino que comprende también el poder elegir el tiempo, las condiciones o la clase de comportamiento sexual que quiera tener o realizar; descartando como un atentado a este bien jurídico las cuestiones de comodidad, incomodidad o de posiciones.<sup>40</sup>

- ?? Violación de persona puesta en imposibilidad de resistir (art. 171 C.P.).- En este supuesto típico, la víctima ve mellada su libertad sexual debido que, el agente, empleó medios insidiosos que colocan a la víctima en una situación de indefensión y le facilita la ejecución de sus propósitos criminales.
- ?? Violación de persona bajo situación de dependencia, autoridad y vigilancia (art. 174 C.P.).- Aquí la libertad sexual se ve afectada, no por la fuerza física o grave amenaza o por la incapacidad de comprender, sino por el influjo psíquico o el temor reverencial que despierta el abuso de una posición de superioridad, vigilancia o autoridad (en un determinado espacio físico y contexto).
- ?? Seducción (art. 175 C.P.).- En esta situación, la capacidad de relacionarse sexualmente del sujeto pasivo (cuya edad debe ser mayor de 14 años y menor de 18) ha sido envuelta en una situación de error o de conocimiento equivocado, siendo el engaño u otra maniobra fraudulenta lo que condujo a consentir el acto sexual u otro análogo. La protección especial a estos menores radica en que sus bases psíquicas e intelectuales no se encuentran del todo acabadas de formar, situación que los hace vulnerables o sujetos a cualquier manipulación derivada, por ejemplo, de una maniobra fraudulenta.<sup>41</sup> En suma, aquí la libertad sexual no se ve destruida o aniquilada por completo (como ocurre cuando media violencia o amenaza grave) sino que se ve disminuida o alterada a consecuencia de un engaño.

Actos contra el pudor de persona mayor de catorce años (art. 176 C.P.).- En este delito, el pudor no es el interés jurídicamente protegido por el Derecho penal, debido a su mutabilidad, variación, vaguedad e imprecisión,<sup>42</sup> caso contrario, se estaría afectando el principio de

determinación de la ley penal; por tanto, la libertad sexual es el bien jurídico protegido, puesto que, se ve comprometida y en peligro de ser resquebrajada cuando se emplea violencia o grave amenaza con el fin de lograr cualquier tipo de contacto sexual distinto a la realización del acceso carnal u otro análogo, o se busque realizar otros supuestos típicos de índole sexual. Sin embargo, esta apreciación no se puede trasladar al acto contra el pudor de menor de catorce años, puesto que, el legislador ha creído conveniente proteger a estos menores de todo ataque (aún si ha mediado consentimiento de éstos) al no poder comprender la naturaleza, significado y repercusiones de la conducta sexual (debido a su desarrollo biológico o psíquico).

---

40 No se atenta contra la libertad sexual si a la persona que consiente el acto sexual o un contacto corporal con significado sexual se le obliga a practicarlo en un lugar determinado que no es de su agrado o en una posición que es incómoda para el sujeto pasivo. En todo caso, si el autor apela a un leve empleo de la fuerza o alguna actitud intimidante, dicho empleo de la violencia no cumplirá con la superación del riesgo permitido, ni el comportamiento será de aquellos que la norma penal busca prohibir. En contra: VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. "EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL". En: *Rev. Normas Legales*, Tomo 292, Lima – Perú, 2000, Pág. B-21. Sobre tal situación, consúltese a: CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Pág. 63.

41 El engaño para que sea penalmente relevante, no basta que se realice sino que es necesario, además, que ataque otro interés que puede ser patrimonial, sexual o de otra índole como la libertad misma. Cfr. MARTÍNEZ ZÚÑIGA, Lisandro. "DERECHO PENAL SEXUAL", 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1977, Pág. 199.

42 Según se comprende el concepto de pudor surge en la humanidad como consecuencia de una evolución biológico – cultural y debe entenderse como un sentimiento defensivo que se desdobra en dos aspectos: defensa del objeto sexual ante el sujeto que intenta gozar de él contra su voluntad y defensa de la pareja contra

Por otro lado, un sector cada vez más creciente y mayoritario de la doctrina comparada<sup>43</sup> y nacional,<sup>44</sup> aunque con importantes discrepancias,<sup>45</sup> viene destacando de manera reiterada la insuficiencia de la libertad sexual para explicar y fundamentar el castigo de ciertas figuras delictivas del Derecho penal sexual en las que es visible la falta de las condiciones y requisitos mínimos para explicar y fundamentar el castigo de ciertas figuras delictivas del Derecho penal sexual en las que es visible la falta de las condiciones y requisitos mínimos para el ejercicio de dicha libertad como es el caso de la ausencia de

ciertos elementos físicos o psíquicos, o en general de facultades cognitivas, ya sea permanentes o temporales. En estos casos no es posible hablar de libertad sexual en la medida en que el sujeto carece de la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual. Sería romper con la naturaleza de las cosas establecer como bien jurídico protegido a la libertad sexual cuando las condiciones ontológicas y valorativas se echan de menos en el caso concreto. Así, por ejemplo, si un sujeto no comprende la naturaleza ni el sentido de su acto, mal se haría en considerar que ha obrado en dicha situación en el marco del ejercicio de su libertad. De esta forma, se debe considerar la presencia de otro tipo de bien jurídico: **La Indemnidad o Intangibilidad Sexual, entendida con la protección a aquellos que no tienen un desarrollo biológico o psicológico que le permita comprender las relaciones de carácter sexual.**

Por tanto, la indemnidad sexual es el bien jurídico protegido en los tipos penales siguientes:

?? Violación de persona incapaz de resistir (art. 172 C.P.).- Como los incapaces carecen de libertad sexual en forma definitiva, esto es, no pueden determinar su comportamiento en el ámbito sexual, el Derecho penal debe proteger su intangibilidad o indemnidad sexual; es decir, que el incapaz o deficiente mental no sea utilizado como un objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.<sup>46</sup> La indemnidad en estos supuestos se expresaría en la necesidad de preservar y neutralizar las repercusiones negativas a las que se puede llegar si se toleran de manera indiscriminada los actos o comportamientos sexuales con los incapaces psíquicos, quienes pueden ver alterado su normal proceso de socialización, en virtud a su limitado control y desarrollo de los frenos inhibitorios para dominar sus instintos y apetencias vinculadas al desarrollo del instinto sexual a la vez que son fácilmente instrumentalizados por terceros en el ejercicio de su sexualidad.

<sup>47</sup>

---

el rival. Por tanto, el pudor no sólo varía de un ser humano a otro, ya que previamente implica el tomar partido consciente o inconscientemente por una determinada opción cultural, religiosa o ideológica, la cual moldea al pudor en este u otro sentido, sino que es irrepetible, propio o genuino de una sociedad, clase o grupo humano respecto a otro.

43 Cfr. CALDERÓN CERREZO, Ángel. Ob. Cit., Págs. 106 y sgts. MANTOVANI, Ferrando. Ob. Cit., Págs. 05 y sgts. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., Pág. 196. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit., Pág. 113. CARMONA SALGADO, Concepción. "CURSO...", Ob. Cit., Pág. 178; "LOS DELITOS DE...", Ob. Cit., Pág. 37; ORTOS BERENGUER, Enrique. Ob. Cit., Pág. 57. RODRÍGUEZ RAMOS, Luís / COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel. Ob. Cit., Págs. 158 y sgts.

44 Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís / GARCÍA CANTÍZANO. Ob. Cit., Pág. 243 y 247. CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. Ob. Cit., Págs. 756, 758, 760 y 762. CARO CORIA, Dino. Ob. Cit., Pág. 69. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Págs. 50 y sgts. SALINAS Siccha, Ramiro. Ob. Cit., Pág. 329. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 177.

45 Cfr. DIEZ RIPOLLES, José. "EL OBJETO DE PROTECCIÓN...", Ob. Cit., Pág. 82.

?? Violación sexual de menor de catorce años (art. 173 C.P.).- La indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el abuso sexual de menores de catorce años se caracteriza por considerar que el objeto de protección radica en la necesidad de cautelar su libertad futura. El ejercicio de la sexualidad se prohíbe con ellos en la medida en que puede afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro.<sup>48</sup>

Aquí se tiene el problema del **consentimiento** el cual, por regla general excluye la responsabilidad penal; sin embargo, esta figura no expulsa sus efectos en el delito de violación de menor de catorce años, porque estos menores carecen de la capacidad para comprender el significado de su acto y de determinarse conforme a dicha comprensión (incluyendo el ejercicio de su libertad sexual). La misma situación ocurre en el caso de violación de persona incapaz de resistir (art. 172 C.P.).

?? Actos contra el pudor de menor de catorce años (art. 176-A C.P.).- De igual forma, aquí se protege la indemnidad sexual, referida especialmente al libre desarrollo sexual del menor, puesto que, el legislador ha establecido que hasta los catorce años, el menor no se encuentra en condiciones somáticas y psíquicas para valorar y hacerse responsable de los posibles contactos sexuales que quiera desarrollar o se le proponga asumir. Cabe resaltar que el contenido de la indemnidad sexual no solo se refiere a la intangibilidad o la prohibición de lograr contactos sexuales con

menores de edad, sino que abarca también a los contactos sexuales de distinta naturaleza que puedan practicarse sobre personas afectadas de alguna forma de anomalía psíquica, alteración de la conciencia o retardo mental; esto es, si se ha practicado un acto contra el pudor en contra de un mayor de catorce años que sufre, por ejemplo, anomalía psíquica, el bien jurídico afectado no es la libertad personal sino la indemnidad sexual, pese que, el tipo penal configurado es el previsto en el art. 176 C.P.

En suma, partiendo de la dignidad humana, libertad y la no discriminación (los cuales, están consagrados en la Constitución), así como, por la interpretación teleológica-racional de los tipos penales, hemos podido concluir la presencia de más de un bien jurídico protegido en el ámbito de los delitos sexuales. Y esta determinación, no sólo permite colegir que, lo que se está protegiendo son bienes jurídicos individuales con raigambre constitucional, sino también, permitirá configurar, por un lado a los sujetos intervinientes (tanto en la función activa como pasiva), y por el otro lado, la conducta típica; puesto que, si partimos de principios político – criminales, la Constitución y una determinada forma de interpretar los tipos, los cuales, excluyen, *per se*, toda forma de discriminación de género, así como, de resultados insatisfactorios en sede de la dogmática, también se tendrá la seguridad de que cuando empecemos a analizar el delito de violación sexual (previsto en el art. 170 C.P.), trataremos de evitar todo argumento sesgado con relación a la naturaleza jurídica de este ilícito penal.

---

46 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., Pág. 196.

47 Cfr. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Pág. 53.

48 Cfr. MANTOVANI, Ferrando. Ob. Cit., Pág. 05. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit. Pág. 51. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., Pág. 197.

### **III. Problemas fundamentales con relación a los sujetos del delito de violación sexual**

El artículo 196 del Código Penal de 1924 acotaba que: “Será reprimido con penitenciaria o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una **mujer** a sufrir el acto sexual **fuera de matrimonio**”. Asimismo, el artículo 197 del citado Código precisaba: “Será reprimido con penitenciaria o prisión no menor de tres años, el que **fuera de matrimonio** hubiere hecho sufrir el acto sexual a una **mujer**, después de haberla puesto con este objeto en estado de inconsciencia o en la

*imposibilidad de resistir*". Y el artículo 198 postulaba: "Será reprimido con penitenciaria o prisión no mayor de diez años, el que, conociendo el estado de su víctima, hubiera cometido el acto sexual **fuera del matrimonio** con una **mujer** idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia".

Esta normatividad conllevaba las siguientes consecuencias dogmáticas, sólo con relación a los sujetos intervinientes en los delitos sexuales:

- ?? Sólo la mujer puede ser víctima o sujeto pasivo de los delitos sexuales.
- ?? Entre los casados no puede configurarse ningún tipo de delito sexual. Esto se debió a la referencia de: **fuera del matrimonio**.
- ?? Por la ubicación sistemática de los delitos sexuales en el Código Penal de 1924, "Buenas costumbres", es que sólo la mujer honesta y sin experiencia sexual (salvo el que lo obtuvo en el contexto del matrimonio, aunque se vuelve a señalar que entre los cónyuges no puede darse ningún tipo delictuoso sexual) puede ser la concreta víctima de un delito sexual y, por ende, la que merece protección por parte del Derecho penal.

Recién a partir de las reformas en materia de delitos sexuales ocurridos en 1969 y 1971, es donde aparece la posibilidad de que persona de cualquier sexo pueda ser víctima del delito de violación, tanto por acto sexual como contranatura. Hasta que, el actual Código Penal no hace mención alguna a cuestiones de sexo para determinar el sujeto activo y pasivo del delito de violación. Aunque, *prima facie*, parece solucionado el problema con relación a una supuesta discriminación de género en los delitos sexuales, esta apreciación puede cambiarse si se indica que en varias legislaciones (incluso de países "desarrollados") aún se mantiene las matizaciones del sujeto activo y pasivo de los delitos sexuales. Así tenemos:

- ?? Alemania.- En el artículo 177 del Código Penal se hace mención que la víctima debe ser **mujer**, quien debe ser víctima de un coito **extramarital**. Aunque, debe señalarse que en los artículos 178 y 184 del citado Código se amplía el ámbito de sujetos activos y pasivos en los delitos sexuales.
- ?? Brasil.- El artículo 213 del texto punitivo brasileño tipifica como violación al acceso carnal violento o con grave amenaza, que se realiza en contra de una **mujer**.
- ?? Chile.- En los artículos 361 y 362 del Código Penal chileno se han tipificado tipos penales sexuales que tienen como víctima a una **mujer**, ya

sea cuando se usa fuerza o intimidación; o cuando la **mujer** esté privado de razón o de sentido; o cuando sea menor de doce años de edad.

?? El Salvador.- El artículo 192 del texto punitivo de aquel país, llama violación propia al acceso carnal con una **mujer** mediante violencia física o moral. Aunque, como ocurre en Alemania, el artículo 194 del acotado Código, amplía el abanico de sujetos pasivos en el ámbito de los delitos sexuales.

Se aprecia, por tanto, que en materia de legislación comparada no hay unanimidad en considerar quienes pueden ser sujetos, activo y pasivo, en los delitos sexuales; por lo que, será el análisis dogmático, matizado por las interpretaciones teleológicas – racional y apreciaciones criminológicas, lo que permitirá resolver la **problemática con relación a los sujetos del delito de violación sexual**.

#### **A. El varón y la mujer como sujetos activos**

La configuración típica ofrecida en el artículo 170 no restringe de manera explícita el círculo de los sujetos activo y pasivo. Ambos papeles pueden ser desempeñados, en principio, por cualquiera; el sujeto activo se describe con: “*El que...*”. Queda claro, pues, que los sujetos son indiferenciados. Sin embargo, se ha cuestionado que la mujer sea sujeto activo tanto por la expresión empleada por el legislador (*el que*), cuanto por la naturaleza de la conducta típica que solamente admite ser realizada por alguien perteneciente al sexo masculino.<sup>49</sup> Si volvemos a examinar el artículo 170, con todo detenimiento, vemos que en él no se adjetivan los sujetos, ni se menciona en forma alguna que el sujeto activo acometa a un hombre o a una mujer. Sin embargo, por qué la negación de la mujer como sujeto activo del delito de violación sexual o al varón como sujeto pasivo del mismo ilícito; porque la exclusión de los casados, las prostitutas o de cualquier otra persona; en suma: **¿Por qué el sesgo jurídico en materia de sujetos – activo y pasivo – del delito de violación sexual?** A continuación analizaremos estos supuestos problemáticos

##### **1. ¿La mujer no puede ser sujeto activo del delito de violación sexual?**

Un sector de la doctrina considera que la mujer no tiene cabida como sujeto activo en el delito de violación sexual.<sup>99</sup> Presumiblemente, cuando se niega que la mujer tenga cabida como sujeto activo se tiene en mente una idea, podríamos llamarla tradicional, vinculada a una concepción de las relaciones sexuales en la que el personaje

emprededor es el hombre: él posee, él cubre a la mujer, él la penetra, la goza, quedando ésta relegada a una intervención pasiva, casi de mero receptor. Y así, no sorprende que, desde el Siglo XVI, el verbo violar ofrezca entre sus significados el de tener acceso carnal con la mujer por fuerza. Por otro lado, la experiencia enseña cuán infrecuentes son los ataques sexuales protagonizados por mujeres; lo normal es que sean varones quienes lo ejecutan.

---

49 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., Págs. 202-203. ORTS BERENGUER, Enrique. “EL DELITO...”, Ob. Cit., Pág. 62.

50 Cfr. BRAMONT ARIAS, Luís. Ob. Cit., Págs. 13 y sgts. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “MANUAL...”, Ob. Cit., Págs. 200 y sgts. RODRIGUEZ RAMOS. Ob. Cit., Pág. 204. SOLER, Sebastián. “DERECHO PENAL ARGENTINO”, Tomo III, 3ra. Edición, Editorial Tea, Buenos Aires – Argentina, 1963, Págs. 285 y sgts. NÚÑEZ, Ricardo. “DERECHO PENAL ARGENTINO”, Tomo IV, Editorial Omeba, Buenos Aires – Argentina, 1959, Págs. 253 y sgts.

Sin embargo, un sector cada vez más creciente de la doctrina considera que no debe excluirse la posibilidad de que la mujer sea autor de la violación sexual sobre la base de que ésta no puede penetrar, ya que ella puede obligar a otro a que la penetre o puede practicar un acto sexual análogo distinto a la penetración (Ej.: *felatio in ore* y *cunilinguis*).<sup>51</sup> Al respecto, ni dogmática, ni criminológicamente, pueden elaborarse argumento alguno que excluya a la mujer como sujeto activo del delito de violación sexual; estando en el Siglo XXI, debemos romper con estereotipos mal encaminados. Modernamente, se trata de equiparar tanto al varón como a la mujer en derechos y obligaciones; excepto que por su propia naturaleza fisiológica no se les puede igualar.

**?? Dogmáticamente la mujer si puede ser sujeto activo del delito de violación sexual**

En principio, no debemos de privilegiar la interpretación gramatical o formalista en los procesos hermenéuticos que giren entorno a legislaciones como la chilena<sup>52</sup> o la salvadoreña, limitando el criterio de mayor relevancia: el teleológico.<sup>53</sup> Desde ya hago saber mi posesión, y es la de considerar que nuestra legislación hace posible que la mujer puede ser estimada sujeto activo del delito de violación. Para llegar a esta conclusión, debemos recurrir a una **interpretación teleológica** de la ley penal, en la que debe tomarse en cuenta determinados principios políticos – criminales que inspiran al Derecho penal, entre ellos **el de protección de bienes jurídicos**, el cual, ha sido analizado en el

capítulo anterior; esto es, si tomamos en consideración el bien jurídico tutelado por esta figura y orientamos nuestro proceso exegético a precisar cuál es el objeto concreto que se pretende tutelar, será posible individualizar aquellos comportamientos cuya realización se prohíbe, por estimarse lesivos o peligrosos.<sup>54</sup>

En el anterior capítulo, hemos indicado que el bien jurídico protegido en el delito de violación sexual es la libertad sexual de las personas que gozan de un mínimo de discernimiento o han desarrollado una mínima conciencia del contenido y ejercicio de su sexualidad.

---

51 Cfr. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit. Pág. 69. RUIZ ANTÓN, Luís. "CÓDIGO PENAL COMENTADO", Editorial Akal, Madrid – España, 1990, Págs. 296 y sgts. CARMONA SALGADO, Concepción "CURSO...", Pág. 303. ORTS BERENGUER, Enrique. "EL DELITO...", Ob. Cit. Págs. 63-64. MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit., Pág. 203.

52 Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO. "LOS DELITOS SEXUALES", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile – Chile, 2000, Pág. 143. Así el citado autor indica que: "*esta interpretación, como es obvio, implica conferir primacía al tenor literal de las expresiones que utiliza la ley*".

53 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "CONCEPTO Y MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL", Editorial Tecnos, Madrid – España, 1999, Pág. 77. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit., Pág. 167. FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo. "DIRITTO PENALE", 3ra. Edición, Editorial Zanicheli, Bologna – España, 1995, Pág. 106.

54 Cfr. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Ob. Cit., Pág. 183.

La libertad sexual, en su sentido dinámico positivo, como evidencia Polaino,<sup>55</sup> constituye una "*posibilidad de decisión que cada uno posee en orden a disponer como quiera de su propio sexo ante sí y en relación con los demás*". En cuanto a la libertad sexual en su *dimensión* negativa o *estático-pasiva*, comprende dos ámbitos operativos, conjuntos y complementarios. El uno viene referido a un derecho personal a la libre *abstención* sexual, en tanto su complemento alude a las atribuciones jurídicas correspondientes a la *defensa* de esa misma libertad de continencia o abstención. La interpretación jurídica de este último aspecto, desglosado en el concepto de la *libertad sexual negativa*, plantea una de las más relevantes cuestiones victimológicas en el marco de la violencia sexual. En efecto, el conjunto de barreras jurídicas oponibles frente al constreñimiento del autor parecería configurar un derecho o facultad jurídica cuyo ejercicio se deja en manos y a la discreción de la víctima eventual.

Independientemente del grado de libertad que haya presidido el proceso previo de formación de la voluntad, libertad de obrar (según la teoría de la libertad de Bobbio)<sup>56</sup>

queda afectada si, mediante fuerza física o violencia, el sujeto activo impide al sujeto pasivo llevar a cabo la relación sexual que quiere tener, o bien la impone una relación sexual que no quiere. El segundo supuesto si es reconocido unánimemente como una agresión sexual, pero no el primero, aunque pueda dar lugar a otro tipo delictivo.<sup>57</sup>

Como libertad de voluntad, la libertad sexual queda afectada si un sujeto activo interfiere gravemente en el proceso de autodeterminación de un sujeto pasivo respecto de su sexualidad. Como consecuencia de dicha injerencia, el pasivo desiste de pretender cierta relación sexual que desearía en ausencia de las interferencias del activo, o bien se allana a mantener una relación sexual que en otro caso no mantendría. Según la anterior limitación, en los delitos contra las personas, su dignidad, libertad y derechos (bienes jurídicos micro sociales) básicamente se consideran cuatro clases de interferencias en el proceso de formación de la voluntad: la amenaza, la intimidación o violencia psíquica, la violencia moral y el engaño. Una amenaza es, básicamente, el anuncio de un mal; e intimidación, causar miedo, con o sin amenaza. Intimidar y amenazar son dos actividades diferenciables entre sí, no son dos términos sinónimos, aunque con mucha frecuencia los comentaristas de delitos sexuales las asimilan.

---

55 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, "INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD". En: *Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, Serie: Derecho, Nº 25, Sevilla - España, 1975, Pág. 46.

56 Bobbio distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positivo) y libertad de obrar (libertad negativa). La libertad de querer o de voluntad es autodeterminación, esto es, la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. En cuanto a la libertad de obrar supone llevar a cabo u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de realizar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión; aquí se considera cómo ha sido la expresión de esa voluntad en el mundo de los hechos, si condicionada por un tercero o no condicionada; o bien, si la injerencia o condicionamiento impuesto por el tercero fue tan contundente que se le impidió completamente al sujeto dicha expresión de la voluntad en el mundo de los hechos; también en este caso, sólo las intromisiones más graves son sancionadas penalmente. (Cfr. BOBBIO, Norberto. "IGUALDAD Y LIBERTAD", (Trad. De Aragón Rincón), Editorial Paidós, Barcelona – España, 1993, Pág. 100).

57 Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, Celia. "LOS MEDIOS TÍPICOS EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL Y ACTOS CONTRA EL PUDOR DEL CÓDIGO PENAL PERUANO": En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*, No.12, Lima – Perú, 2002, Pág. 212.

Sólo el individuo, adulto y plenamente capaz, es competente para decidir si quiere tener una relación sexual con quien se la propone y de qué clase. Sólo él puede decidir con quien comparte su intimidad sexual o sus representaciones. Por tanto, **nadie está legalmente autorizado a incidir en el proceso de formación de la voluntad de otro o en su expresión externa, mediante violencia física, psíquica o moral, ya sea hombre o mujer, puesto que, si en un Estado social y democrático de Derecho lo prioritario es la dignidad, la libertad y los derechos de los sujetos, de todos sin distinción de raza, sexo o cualquier otra circunstancia, también NO DEBE DARSE NINGÚN TIPO DE DISTINCIÓN PARA QUIENES PUEDAN AFECTAR ESA DIGNIDAD, LIBERTAD Y DERECHOS DE LOS SUJETOS.**

La falta de autorización o competencia para injerir en la libertad de otro mediante violencia física, psíquica o moral es la característica más destacada de las agresiones sexuales; y esa injerencia ilícita puede ser cometido por cualquier persona (sin distinción de género o de orientación sexual – para el caso de la distinción entre heterosexuales y homosexuales-).

El bien jurídico protegido: libertad sexual, necesita de protección ante el ataque de cualquier persona (para el Derecho penal peruano: mayor de dieciocho años), y ya sea el medio que ha utilizado (miembro viril masculino, objetos, etc.).<sup>58</sup>

También nuestra posición se ve reforzada teniendo en cuenta la **conducta típica**. El anterior Código Penal español, y el vigente texto punitivo argentino no hablan del acto sexual como nuestro Código de 1991 o como el Código italiano que no habla de unión carnal sino de acceso carnal.

El estilo de tipificar la conducta origina, por un lado, la posición que sostiene *sólo el varón es susceptible de ser sujeto activo*. Se afirma, la propia índole de la cópula sexual determina la condición del varón en agente, titular del instrumento penetrante que accede y con el que, con naturalidad y violencia, limita la libertad sexual del agraviado.<sup>59</sup> Castillo González, señala enfáticamente que autor de violación sólo puede ser el varón, que es el único que puede penetrar carnalmente, la mujer sólo puede ser participante en el delito de violación en cualquiera de sus formas, excepto como autor principal.<sup>60</sup>

Al respecto, y como los temas de concepto de acto sexual y autoría y participación serán tratados más adelante, cabe señalar que opiniones como el de Castillo González debe rechazarse, puesto que, siendo el bien jurídico protegido en el delito previsto en el artículo 170 C.P., la libertad sexual, cualquier persona que imponga la unión carnal, lesionando con ello la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del delito de violación.

---

58 Salinas precisa que *“el argumento más sólido para considerar a la mujer como sujeto activo del delito de violación, es la condición de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona natural sin distinción de sexo. Esta es una conquista significativa del Derecho penal moderno, pues se ajusta a las exigencias y lineamientos del Estado democrático de Derecho, al que le es consustancial la igualdad de todos ante la ley; también por reflejar debidamente una realidad en la cual la mujer no es un mero sujeto pasivo, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa al varón en el ámbito sexual”*. (Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. “EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL...”, Ob. Cit., Pág. 189.).

59 Cfr. CREUS, Carlos. “DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL”, Tomo I, 3ra. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1990, Pág. 181.

60 Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. “OBSERVACIONES SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN”. En: *Rev. Ciencias Jurídicas*, No, 29, San José – Costa Rica, 1976, Pág. 175.

Por otro lado, tampoco se debe tomar como pretexto la escasa frecuencia de la violación sexual que tiene como autor a una mujer (puesto que, el **principio de igualdad** no justifica excluir a la mujer como autor del delito de violación sexual debido a la rareza estadística); o la mayor gravedad del injusto de la violación sexual cometida por un varón que la perpetrada por una mujer, por el hecho de que en el primer caso la mujer corre el riesgo de salir embarazada o es frecuente que la mujer que es víctima de una violación sexual pierda la virginidad – cosa que no ocurriría si la mujer es autora de la misma - , dado que si nos atendemos a la construcción del bien jurídico y al ámbito de protección de la norma queda fuera de protección de la libertad sexual todo resabio o contenido emocional o de raigambre ética como son las cuestiones mencionadas. En efecto, **una interpretación teleológica de los tipos penales sexuales**, nos enseña que la pérdida de la virginidad o el riesgo de embarazo se encuentran excluidos como objeto de protección de la norma penal o se encuentran fuera del alcance del tipo y que tales criterios no participan en la construcción del bien jurídico.

De otro forma, se tendría que afirmar que cuando la violación sexual recae sobre una mujer que no es virgen o que el riesgo del embarazo no se ha concretado – independientemente de la causa por la que este hecho no se produjo – no habría delito de violación sexual. A ello se agrega la consideración que también cuando la mujer es autora de la violación sexual no desaparece el riesgo del embarazo – subsistiendo las consiguientes responsabilidades civiles del varón – ni está descartado que una mujer virgen sea posible autora del delito.

Debe quedar medianamente claro que **la existencia del delito de violación**

**sexual como la gravedad intrínseca del hecho no se encuentra condicionado bajo extremo alguno a puntos de vista emocionales o de ascendencia ética como es el riesgo de embarazo o la pérdida de la virginidad.** Si estos faltan no hay inconveniente para seguir afirmando la existencia de la violación sexual. En todo caso, su importancia se reducirá sólo al contexto de la determinación judicial de la pena.

En consecuencia, si la que impone el acto sexual por medio de la violencia y la amenaza grave es una mujer, también se estará configurando el delito de violación. Al hablar de acto sexual no le interesa al legislador quién accede a quién. Sin embargo, estas matizaciones que, al estar referidos al bien jurídico protegido tiene validez *quasi* universal, tienen que estar condicionadas a lo expresado en el tipo penal de violación sexual de cada país; no obstante, no se ha encontrado legislación, al menos pertenecientes al sistema romano – germánico que, literalmente descarte la presencia de una mujer como sujeto activo del delito de violación sexual. Pero, **¿Esto será lo mismo en el caso de consideración al varón como sujeto pasivo o cuando ha habido relación sexual violento entre mujeres?** Este problema será analizado en los puntos subsiguientes, haciendo la matización del caso que el **principio de legalidad** exige que nuestra respuesta gire entorno a nuestra legislación.

#### **?? CRIMINOLÓGICAMENTE LA MUJER SI PUEDE SER SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL**

Si existe un punto conceptual donde radicar el máximo y más abrumador consenso dogmático- victimológico en torno al delito de violación, éste se localiza con toda nitidez en el énfasis unánime que recibe aquí el factor de *violencia* como elemento, no sólo integrante, sino primariamente definitorio de la acción violatoria.

En efecto, la actual *Victimología crítica* se ha esforzado en probar la esencialidad violenta del presente delito. No es que otras figuras delictivas estén ayunas de un componente de violencia (que, *per se*, se considera inherente a la dinámica de la infracción criminal), sino que en el delito de violación, la más grave manifestación de conducta sexual penalmente relevante, donde la violencia alcanza una manifestación que se muestra en toda su integridad, a flor de piel, y en el que entran en juego, además de la esencia violenta del acto (*violencia estructural: como elemento esencial de la violación*), otros componentes interesantes, como el potencial victimizante de la violencia sexual (*violencia de aterración, de coacción psicológica, etc.*) o la especial relación de

dominación violenta mediante la cual la voluntad de un sujeto se subyuga a la otro (*violencia instrumental*).

Esta triple perspectiva (violencia estructural, teleológica y victimizante), que acaso no sea privativa de la figura de la violación, sí es definitoria de la dinámica de este delito, hasta el punto de que, al decir de tratadistas teóricos y empíricos, no es concebible que se lleve a cabo la actitud violenta lesiva de la libertad sexual de la víctima sin que se manifieste la violencia en sus varias y plurales dimensiones.

En el ámbito de los delitos sexuales, se alude tradicionalmente a supuestos rasgos caracterizadores de la sexualidad femenina, los cuales, al radicalizarse, proyectan serias dudas acerca de la genuinidad delictiva del acto sexual realizado. Dos son los factores que sostienen esta concepción: **la predisposición masoquista de la mujer y la característica inhibición sexual femenina.**

- I. Cuestión de la asumida predisposición femenina al masoquismo: hipótesis de la violencia gratificante.- En la original versión psicoanalítica, la predisposición masoquista femenina tiene una base natural. En la mujer, la *gratificación* existencial por la violencia, la *humillación* y el *dolor* derivan de un proceso de conformación psicológica de género. Esta característica de la psicología femenina deriva, así, del "destino anatómico de la mujer".<sup>61</sup>

Así, la reintegración de su *narcisismo* herido, y los imperativos de *autoestima* reclaman que los aspectos dolorosos de su constitución biológica lleguen a ser percibidos, en cierto grado al menos, como satisfactorios y placenteros. Para amarse a sí misma, la mujer debe aprender a amar las circunstancias de humillación anatómica y de violencia biológica (carencia de pene, menstruación, desfloración, y parto) propias de su género.

Una revisión a estos postulados revela que la *tendencia masoquista* en la mujer no es ciertamente natural, sino el producto de un *aprendizaje social*. Se fomenta en la mujer la idea de que, en su género, el sufrimiento es fuertemente retributivo (mientras que, para el hombre, el premio provendrá de la acción). En tales condiciones, las mujeres son inducidas a sufrir en nombre de distintos conceptos socialmente meritorios, y no es impensable que algunas de ellas desarrollen una tendencia a encontrar gratificación en el sufrimiento *per se*.

---

61 Cfr. HORNEY, Karen, "PSICOLOGÍA FEMENINA", Alianza Editorial, Madrid - España, 1990, Pág. 257.

En la esfera sexual, esto se proyectaría en *fantasías* inconscientes de violación,<sup>62</sup> o bien, de modo extremo y radicalizado, en la búsqueda del placer sexual en la violencia efectiva. No obstante, este desarrollo en el plano real, no será precisamente la regla universal, ni siquiera lo frecuente. La mujer, por lo general, pechará con el *sufrimiento* en tanto éste la retribuya, sea en más o en menos: sufrirá por la belleza, por la paz familiar, por la perdurabilidad conyugal, etc. Por otra parte, el *aprendizaje social* sólo se fomenta en la tolerancia de aquellos factores socialmente productivos. La mujer es educada en la aceptación de un *sufrimiento útil* en términos sociales. Ahora bien, el fenómeno delictivo de la violación tiene una utilidad social indirecta (en tal sentido, se dice que sirve de instrumento de control, represión y dependencia de género al servicio de la orientación patriarcal predominante<sup>63</sup>); por lo tanto, la mujer es socializada en cierta resignación al mismo, si bien de un modo igualmente indirecto y ambiguo. De un lado, se tipifica como delito el hecho violatorio, se estigmatiza jurídica y socialmente la conducta del violador, pero, soterradamente, se trabaja en un inverso sentido: se imbuye en la mujer el respeto a una supuesta compulsividad e irresistibilidad del impulso sexual masculino, y se castiga con la más intensa *victimización secundaria*<sup>64</sup> (social y formal) a la víctima que pretenda la represión de la ofensa sufrida y la compensación de su daño; el efecto último será de freno a posteriores denuncias y mantenimiento de altas cifras de victimidad sumergida. Este grado de *ambivalencia moral* desplegado en torno al delito sexual sólo halla cabal parangón en la hipocresía que se observa, sistemáticamente, en el tratamiento de conductas socio-jurídicamente reprochadas, pero toleradas en razón de una utilidad social marginal, como se verifica, por excelencia, en el fenómeno de la prostitución. Como queda observado, estimar universal y recurrente el supuesto de amor femenino al sufrimiento, entenderlo tan intenso como para sostener genéricamente que "lo que la mujer desea secretamente en el comercio sexual es la violación y la violencia, o, en la esfera mental, la humillación" no es sino proyectar sobre este ámbito delictivo la ideología con la que el explotador, el colonizador o el opresor se legitiman: el esclavo ama sus cadenas, el indigente es feliz en su miseria, la mujer "agradece" su violación. Sin duda, algunas mujeres internalizan en cierto grado una relativa resignación ante el acto de violencia sexual, que se traduce en falta de resistencia por percibirlo como inevitable o en la renuncia a la persecución, en la idea de que "todo será inútil".

---

62 Sin embargo, las fantasías, conscientes o soñadas, de sexo forzado no parecen integrar un contenido "realmente" sexual: parece ser que el sexo cumple en ellas una mera función simbólica.

En este sentido, no se vincularían a una gratificación realmente sexual, como tampoco puede que, en puridad, revelen tendencias vitales masoquistas. Cfr. MASTERS, William. / JOHNSON, Virginia / KOLODNY, Robert, "LA SEXUALIDAD HUMANA. PERSONALIDAD Y CONDUCTA SEXUAL", Editorial Grijalbo, Barcelona - España, 1988, Pág. 516. MUÑOZ SABATÉ, Luis. "SEXUALIDAD Y DERECHO. ELEMENTOS DE SEXOLOGÍA JURÍDICA", Colección De Iure et Vita, Editorial Hispano-Europea, Barcelona - España, 1976, Págs. 5 y sgts.

63 En tal sentido, los malos tratos domésticos, violación, prostitución, acoso sexual laboral serían "fenómenos de una estructura de poder". Cfr. UIT BEIJERSE, Jolande / KOOL, René, "LA TENTACIÓN DEL SISTEMA PENAL: ¿APARIENCIAS ENGAÑOSA?, EL MOVIMIENTO DE MUJERES HOLANDES, LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y EL SISTEMA PENAL". En *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, S.A., Madrid - España, 1994, Pág. 143. Igualmente se indica que, en ciertas ocasiones, la violación cumple una misión social como instauradora o reinstauradora de una vinculación socio-sexual entre la víctima y su agresor. La mujer violada puede aprender a neutralizar el efecto psicológico lesivo de la agresión e implicarse en una subsiguiente trama afectiva con su violador. Su vinculación, en ocasiones, se afirmará a través de una autopercepción de sí misma como co-partícipe en un íntimo secreto. En Este sentido, algunos noviazgos se iniciarían por una violación, como estrategia social de avance, un medio de "definir la situación"; igualmente, en una crisis matrimonial, la coerción sexual se abocaría a una ruptura de hostilidades, una "firma de la paz".

64 El sentido de la victimización secundaria penal viene a aclararse cuando se evidencia cómo los procesos legales han venido sirviendo al estado "como agente de control social en la tarea de poner a las mujeres en su sitio": Cfr. DAVIS, Nanette / FAITH, Karlene, "LAS MUJERES Y EL ESTADO: MODELOS DE CONTROL SOCIAL EN Pero resignación no es gratificación, de la misma manera que la pasividad del pueblo exterminado no implica que este se complazca en su genocidio.

En los escasos supuestos de violación con sujeto activo femenino, la erección o eyaculación de la víctima no afecta a la concreción del injusto típico. Un planteamiento distinto para la, más generalizada, víctima femenina implicaría una inadmisibles discriminación penal, y por tanto resulta plenamente rechazable un tal planteamiento como el aludido, siempre y cuando se quieran mantener inconculcados **los principios de igualdad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad, de acuerdo con las prescripciones de la Constitución peruana.**

- II. Sexualidad femenina inhibida: hipótesis de violencia instrumental y víctima imaginaria.- Un segundo sentido se quiere, con frecuencia, vincular al valor de la violencia en la sexualidad femenina. Este nuevo significado comparte con la anterior teoría la misma cuna psico-analítica, en la cual determinados autores

han hecho descansar ciertos apriorismos sexuales no precisamente recién nacidos.

En este segundo sentido, la "violencia" tiene, en la sexualidad femenina, un valor *instrumental*: se quiere, no por sí misma, sino en tanto legitima a la mujer el acceso a una sexualidad que ella misma percibe como vergonzosa.

En la versión sociológica de la inhibición, la vergüenza ante su propia sexualidad es producto de una educación en el sometimiento. La sexualidad femenina no sólo es inútil sino algo peligroso, en cuanto pueda motivar actos en sentido adverso al *rol de pasividad* adscrito. Así, una mujer socializada en la inhibición ha de aprender a neutralizar su libido y desarrollar una afectividad desligada de toda significación directamente sexual. La inhibición de su libido será, por ello, causa de frecuentes fantasías o ensueños de violación.

Así, y en tanto la mujer inhiba su pulsión sexual, la coerción cumplirá una función justificante, neutralizadora de la angustia culpable: la mujer sólo podrá reconocerse implicada en una relación sexual en tanto haya sido compelida a la misma. Sus fantasías evidencian un indudable anhelo de violencia, una coerción querida en tanto liberadora de su sexualidad.

Ahora bien, como advierten algunos autores, no parece sostenible el argumento de que, en un plano real, el *anhelo de coerción* puede adoptar una forma tan intensa como para ser identificado con un deseo de efectiva violación: la *violencia fantaseada* permite la proyección y la explotación de quien fantasea -en este sentido, la violencia podrá efectivamente, liberarla.

No obstante, la violencia real es una experiencia traumática que no deja margen a la proyección, en tanto no está al servicio ni bajo el control de quien la sufre; por esencia, es una experiencia subyugante y de imposición máxima, un instrumento de sujeción y no de liberación. No hay, en tal sentido, ningún tipo de violencia real grata a la mujer.

Sin embargo, en el mismo seno de la **Victimología**, ciertos autores, entregados

---

TRANSFORMACIÓN". En *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores S.A., Madrid - España, 1994, Pág. 132.

particularmente al estudio de **violaciones** que integran a un sujeto activo conocido para la víctima (las llamadas violaciones "no genuinas") sostienen el **ánimo lúbrico** como principal determinante de estas conductas, el cual, puede estar presente tanto en

hombres como en **mujeres** por tanto, no sólo *criminológica y victimológicamente* se ha estudiado a la mujer como potencial víctima (como se ha señalado a lo largo de este punto) sino también en su presencia como sujeto activo del delito de violación sexual.

## 2. ¿El cónyuge puede ser sujeto activo del delito de violación sexual en agravio del otro cónyuge?

Sobre esta cuestión existen pareceres encontrados en la doctrina penal.<sup>65</sup> Algunos autores se pronuncian por la impunidad de la violación sexual en el matrimonio argumentando que quien se casa pierde o ve disminuido su libertad sexual respecto a su cónyuge, el cual, ante la negativa de su pareja de mantener relaciones sexuales tendría expedito el camino de la violencia o la intimidación para lograr el acceso carnal. Esta postura podría encontrar amparo en el artículo 289 del C.C., norma que consagra como deber de los cónyuges el hacer vida en común. **La eximente de responsabilidad penal que concurriría en estos casos sería el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20 inc. 8 C.P.).**<sup>66</sup>

Sobre esta posición, cabe indicar que los que siguen esa corriente tratan de ser moderados, al afirmar que la conducta del marido sería típica pero no antijurídica por la concurrencia de la eximente ejercicio legítimo de un derecho, a no ser que la esposa tuviera derecho a rehusar la realización del coito (por estar enferma, por haber contraído el marido una enfermedad contagiosa, porque éste exija la prestación sexual ante otras personas, etc.), en cuyo caso habría violación.<sup>67</sup> Sin embargo, en el seno de esta posición, se presenta una corriente extrema, que considera que la cópula entre esposos no puede ser ni siquiera típica, pues aunque el marido recurra a la fuerza no ataca la libertad sexual de su esposa mediante una acción deshonesta.<sup>68</sup> En tal hipótesis, el marido podría responder por amenazas y coacciones

En contraposición a la postura señalada *ut supra*, se levanta un sector dominante de la doctrina que considera que el matrimonio no puede ser la tumba de la libertad sexual, por lo que se **debe reconocer la presencia del delito de violación cuando se emplea la violencia o grave amenaza sobre el cónyuge para lograr el acceso carnal.**

69

---

65 Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción. "PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y ENTRE PAREJAS DE HECHO". En: *Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada – España, 1999, Pág. 665 y sgts.

66 En España, sostenía este criterio Groizard, Rodolfo Moreno, González Roura (Cfr. Gimbernat ORDEIG, Enrique. “SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL”. En: *Estudios de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1990, Pág. 305). En Latinoamérica, tenemos a Núñez, quien sólo ve la concurrencia de un delito de lesiones – si ha concurrido violencia entre los cónyuges – (Cfr. NÚÑEZ, Ricardo. Ob. Cit., Pág. 253) y, Roy Freyre (Cfr. FREYRE, Roy. Ob. Cit., Pág. 47).

67 Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio “DERECHO PENAL”, Tomo II, Volumen II, 14va. Edición, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1980, Pág. 586. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. “DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE ESPECIAL”, 17ava. Edición, Editorial Dykinson, Madrid – España, 1994, Pág. 180. CREUS, Carlos. Ob. Cit., Pág. 196. SOLER, Sebastián. Ob. Cit., Pág. 285, FONTÁN BALESTRA. Ob. Cit., Pág. 66. En Italia, Oderigo, Carrara, Manzini y Maggiore siguen esta posición (Cfr. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Pág. 199).

68 Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “SOBRE ALGUNOS ASPECTOS...”, Ob. Cit., Pág. 200.

Esta última posición también es acogida por la doctrina peruana,<sup>70</sup> puesto que, a diferencia de lo que exigía el Código Penal de 1924, en la actualidad no hay obstáculo alguno para castigar el acceso carnal logrado con violencia o grave amenaza dentro del matrimonio.

A nuestro juicio, el acceso carnal con el cónyuge obtenido con violencia o grave amenaza, también privándole de sentido ante su oposición o abusando de su enajenación si cae en ella, **entre de lleno a los tipos penales sexuales**. De una parte, el dato de la honestidad – deshonestidad es y era despreciable, no desempeñando función alguna a la hora de calificar un comportamiento; con todo, en el lenguaje ordinario y con arreglo al común sentir, no cabe sino adjetivar de deshonesto el proceder del marido que doblega la voluntad de su mujer (o a la inversa) por uno de aquellos procedimientos. De otra, nunca podrá considerarse como lícito el ejercicio de un derecho del marido a través de la violencia o la grave amenaza, pues ni existen derechos absolutos, ni es lícito ejercitarlos a todo trance.<sup>71</sup>

En efecto, nadie, al amparo de un negocio jurídico como el matrimonio, puede tener pase libre para emplear violencia o grave amenaza en el logro de un acceso carnal con su cónyuge. Sustentar una opinión distinta sería atentar contra **el principio constitucional de respeto o la dignidad de la persona humana** e implicaría vulnerar la **prohibición constitucional de que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física**,<sup>72</sup> que se extiende también al matrimonio y más aún a los delitos contra la libertad sexual. Por otro lado, si constituye delito de violación sexual el acto sexual u otro análogo practicado con violencia o grave amenaza en perjuicio del cónyuge, con

mayor razón para el caso de los concubinos, o, entre aquellos que, sin mediar vida en común, se mantienen habitualmente relaciones sexuales, como es el caso de la novia o la simple enamorada, y que por diversas razones se niegan a mantener contacto sexual con su pareja, ya sea de manera permanente o por las circunstancias del caso. Asimismo, el Juez o Tribunal no pueden dejar de analizar las circunstancias o móviles de cada caso particular, pues en ocasiones bajo el pretexto de una agresión sexual de uno de los cónyuges se suelen esconder meras disputas o desavenencias conyugales que no poseen mayor trascendencia jurídico – penal.<sup>73</sup>

---

69 Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José. “LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, No. 59, Madrid – España, 1996, Pág. 334. CEREZO MIR, José. “CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL”, 6ta. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1998, Pág. 331. MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO. Ob. Cit., Pág. 877. CANCIO MELIÁ, Manuel. “COMENTARIOS...”, Ob. Cit., Pág. 518. CARMONA SALGADO, Concepción. “CURSO...”; Ob. Cit., Pág. 303. ORTS BERENGUER. “COMENTARIOS...”, Pág. 907. Queralt JIMÉNEZ, Joan. Ob. Cit., Pág. 129. MUÑOZ CONDE. Ob. Cit., Pág. 203. MIR PUIG, Santiago. “DERECHO PENAL...”, Ob. Cit., Pág. 488. MANTOVANI, Ferrando. Ob. Cit., Pág. 31.

70 Cfr. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Págs. 119-120. VILLA STEIN, Ob. Cit., Pág. 179. BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO. Ob. Cit., Pág. 235. CARO CORIA, Dino. Ob. Cit., Pág. 78.

71 Si bien es cierto el matrimonio impone limitaciones a la libertad sexual de los cónyuges fuera del matrimonio, como las derivadas del deber de fidelidad, así como, este deber jurídico – de innegable base moral – se fija como una obligación negativa, es decir, como conducta que no debe realizarse.

72 Una interpretación según la Constitución del art. 289 del C.C., hace ver que no puede admitirse una extensión del deber de cohabitar y realizar vida en común hasta legitimar el empleo de la violencia en cualquiera de sus modalidades dentro del matrimonio.

73 Al respecto Orts nos previene que “*si el acceso carnal violento o intimidatorio tenido con el propio cónyuge, pese a constituir un delito de violación, presenta algunas peculiaridades que aconsejan la ponderación de todas las circunstancias acompañantes de hecho antes de proceder a tan drástica calificación. No puede olvidarse la normalidad con las que estas parejas practican el coito*”. (Cfr. ORTS BERENGUER. Ob. Cit., Págs. 68-69).

***En suma, sujeto activo del delito de violación sexual puede ser un hombre o una mujer, mayor de dieciocho años, sin importar su tendencia heterosexual u***

**homosexual, u otra exigencia<sup>74</sup> que atente con el fin de protección del bien jurídico: libertad sexual.**

## **B. El varón y la mujer como sujetos pasivos**

En el delito de violación sexual, puede resultar como agraviado, tanto hombre como mujer mayores de catorce años, quienes han realizado un acto sexual u otro análogo mediante violencia o grave amenaza.<sup>75</sup> Sin embargo, esta afirmación es la conclusión luego de haber resuelto una serie de problemas que a continuación se abordará.

### **1. ¿El varón puede ser sujeto pasivo del delito de violación sexual?**

El reconocimiento del varón como sujeto pasivo del delito de violación sexual fue largamente discutido, puesto que, con anterioridad sólo se consideraba al delito de violación como actos en contra de mujer. Al respecto, cabe afirmar que, así como, cualquier persona natural puede afectar **el bien jurídico: libertad sexual**, con mayor razón cualquier persona, independientemente de su sexo natural u opción sexual, puede ser víctima de un acto sexual u otro análogo realizado mediante violencia o grave amenaza.

Asimismo, la descripción típica del artículo 170 C.P., no establece ninguna limitación, como así ocurre en otras legislaciones como la chilena, brasileña o salvadoreña. Sin embargo, esta afirmación, también debe descansar en una **interpretación teleológica – racional del art. 170 C.P.** La calidad de sujeto activo y de sujeto pasivo debe determinarse según las limitaciones ontológicas derivadas de la realización de una u otra acción descrita en el tipo penal. No es correcto establecer una mención genérica sin el análisis exhaustivo de las características del caso concreto. Así, por ejemplo, cuando el delito de violación sexual consiste en la práctica del acto sexual, dicho acto sólo es concebible cuando se realice entre personas de distinto sexo (relaciones heterosexuales) al margen de quien es el sujeto activo. No puede concebirse, al menos desde el punto de vista de una interpretación que respete el tenor de la ley, un acto sexual en donde los sujetos activos y pasivos sean personas del mismo sexo como una relación mujer – mujer o varón – varón. Aquí la relación debe ser heterosexual.

Por su parte, en el caso de la violación bajo la modalidad de penetración anal (supuesto indiscutible que se encuentra abarcado por la referencia a un acto sexual u otro análogo) el círculo de sujetos activos y pasivos en razón del sexo se amplía. Se incorporan aquí la posibilidad de castigar las relaciones sexuales anales no solo entre

personas de distinto sexo (varón – mujer o mujer – varón), sino los casos en los que el varón penetra a otro varón.

---

74 Como Queralt, que señala que, sujeto activo del delito de violación es un varón maduro genitalmente (Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. Ob. Cit., Pág. 136). Al respecto, ya hemos tomado postura que la sexualidad no es el sexo, y que la fin de protección de bien jurídico, así como, la interpretación teleológica – racional impide tal reducción.

75 Cfr. SALINAS Siccha, Ramiro. Ob. Cit., Pág. 190. SOLER, Sebastián. Ob. Cit., Pág. 284. NÚÑEZ. Ob. Cit. Pág. 251. PEÑA CABRERA, Ob. Cit., Pág. 629. Cfr. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Pág. 71. VILLA STEIN, Ob. Cit., Pág. 179. BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO. Ob. Cit., Pág. 235.

Se descarta por razones obvias el castigo de la relación sexual anal entre mujeres dado que una mujer no puede penetrar analmente a otra.

Si bien una mujer no puede penetrar, en el sentido de los delitos sexuales, el pene de un varón, dado que lo impide la naturaleza de las cosas, no hay inconveniente a que una mujer obligue a un varón, mediante el uso de la fuerza o la grave amenaza, a penetrarla ya sea por el ano o por vía vaginal, configurando así un delito de violación sexual.

Si se acepta, como aquí se hace, dentro del alcance del acto sexual u otro análogo al comúnmente llamado sexo oral, la calidad de sujetos activos y pasivos se extiende o restringe según la interpretación que se haga del llamado sexo oral. Así, por ejemplo, si el sexo oral se restringe a la penetración del pene en la cavidad bucal de una persona quedarían excluidos los casos en donde dicha penetración sea imposible. Ese es el caso de la relación bucogenital practicada entre mujeres. Por lo demás, si se asume este planteamiento quedarían abarcados dentro del precepto normativo los supuestos de sexo oral que se practiquen entre personas de distinto sexo (varón – mujer o mujer – varón) o del mismo sexo, como es el caso de la relación varón – varón. Sin embargo, si el sexo oral se interpreta como un simple contacto bucogenital, tal como aquí se sostiene, no tendrían por qué efectuarse ulteriores distinciones, dado que incluso personas del mismo sexo podrían practicarlo, admitiéndose, por tanto, la posibilidad de castigar el sexo oral entre mujeres, además de aceptar los demás supuestos.

**De esta forma el varón, mayor de catorce años, que haya sido objeto de violencia o grave amenaza para practicar un acto sexual (mujer – varón) u otro análogo (varón – varón), puede ser sujeto pasivo del delito de violación sexual.**

## 2. ¿Una prostituta puede ser sujeto pasivo del delito de violación sexual?

Bajo la sistemática del Código Penal de 1924 de que la violación sexual era un atentado a las buenas costumbres y al honor sexual, originó una línea jurisprudencial que excluía del ámbito de sujeto pasivo del delito de violación sexual a las mujeres que no fuesen honestas o que estén dentro del comercio sexual. De esta forma, las prostitutas, así fuese el maltrato que hubiesen sufrido por cualquier persona (incluso de su cliente) no podían ser agraviadas por el delito de violación sexual.

Sin embargo, mantener esa posición sería **sesgar** la naturaleza jurídica de la violación sexual y la línea de pensamiento desarrollado a lo largo de la investigación. En efecto, no debe darse ningún tipo de cuestionamiento (ni en sede legislativo, judicial o doctrinal) sobre el acceso carnal con una prostituta mediante violencia o grave amenaza, porque la honestidad del sujeto pasivo no es ni una exigencia típica, ni el bien jurídico tutelado.

Y ello lo demuestra la doctrina y jurisprudencia<sup>76</sup> comparada, en donde se ha condenado por violación a quien tuvo acceso carnal con una prostituta, mediante el uso de fuerza o intimidación. Asimismo, en virtud al **principio de igualdad** que debe presidir la interpretación de los tipos contra la libertad sexual ninguna persona puede ser excluida de la protección del ámbito indispensable de su sexualidad y de su libertad. Por ello, las prostitutas tampoco pueden ser privadas de la tutela del ejercicio libre de su sexualidad.

---

76 Cfr. ORTS BERENGUER. Enrique. "EL DELITO DE...", Ob. Cit. Pág. 66.

Frente a ello, no sólo no compartimos la idea de Orts Berenguer, sino que la descartamos de plano su proposición, cuando señala la necesidad de apreciar una atenuación de la pena, en el supuesto caso que, una persona que acuerda con otra una prestación sexual, un servicio, por un precio y una vez llegados al lugar elegido, exige una cantidad mayor de la pactada, cuando su acompañante ya se ha hecho a la idea de cohabitar con ella y entrado en situación, y vence la negativa mediante fuerza.<sup>77</sup>

Al respecto, el jurista español olvida algo, que ellas (también ellos, esto es, en el caso de la prostitución masculina u homosexual), pese que ejercen como profesión lucrativa la relación sexual, tienen un amparo, esto es, que no da derecho alguno sobre ella a los demás, ni siquiera al cliente habitual,<sup>78</sup> no habiendo razón alguna para que la

Ley o el Juez brinde una atenuación al sujeto activo, por el sólo hecho de la calidad de vida de la víctima.

**En suma, las prostitutas también son posibles sujetos pasivos del delito de violación sexual, porque también tienen el derecho de disponer libremente de su sexo, no habiendo motivo alguno porque brindar un tratamiento privilegiado al sujeto activo por el modo de vida de la víctima.**

### **3. ¿Un cadáver puede ser sujeto pasivo del delito de violación sexual?**

Las prácticas necrófilas no admiten ser incluidas entre los delitos contra la libertad sexual, pues requieren un sujeto pasivo con vida.

La jurisprudencia penal peruana tuvo ocasión de pronunciarse sobre este punto en la sentencia del 04.12.1990 cuando señaló que: *“La conducta del encauzado al ultrajar sexualmente a la agraviada cuando ésta ya ha fallecido, no se encuentra comprendida en el artículo ciento noventa y seis del Código Penal (ahora 170) que sanciona el delito de violación, toda vez que el cadáver de una persona no puede ser sujeto pasivo de delitos de esta naturaleza, por lo que siendo atípica dicha conducta, es del caso absolverlo por el referido delito”*.<sup>79</sup>

Como es sabido, la persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento (art. 1 C.C.), extinguiéndose tal calidad con la muerte (art. 61 C.C), esto es, el cadáver de alguien es objeto de derecho. Frente a ello, como el bien jurídico protegido en el artículo 170 C.P. es la libertad sexual, ésta sólo lo puede detentar un sujeto de derechos, por ende, una persona humana *viva*, puesto que, será ésta quien podrá decidir con quién, el cuándo y el cómo de la práctica de un acto sexual u otro análogo; careciendo de tal facultad los cadáveres.

Por otro lado, se tiene la cuestión de qué delito comete aquel que practica un acto sexual u otro análogo con un cadáver, bajo la mediación de una violencia o grave amenaza.

---

77 Cfr. ORTS BERENGUER. Enrique. “EL DELITO DE...”, Ob. Cit. Pág. 66.

78 Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 115.

79 Cfr. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit., Pág. 71.

Al respecto, Peña Cabrera subsume en el delito previsto en el artículo 318 del C.P., que prescribe: *“Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años: 1º El que profana el lugar en que reposa un muerto o públicamente lo ultraja”*.<sup>80</sup>

Sin dejar de resaltar que este precepto no se ocupa directamente de la punición de las relaciones sexuales realizadas con cadáveres ha de remarcarse que dicha punición sólo es posible cuando el acto sexual u otro análogo se ha producido luego de cometer una profanación del lugar en el que reposa el muerto o se efectúa de manera pública, apareciendo la mencionada conducta desde el punto de vista como ultraje. Sin embargo, debe observarse que cuando el acto sexual u otro análogo se practica sin una profanación del lugar de descanso o de manera pública, ejemplo, en su lecho de muerte, el comportamiento del autor deviene en impune;<sup>81</sup> no hay bien jurídico-penal afectado.

Luego de haber analizado la problemática del sujeto pasivo en el delito de violación sexual, y siguiendo nuestra línea de pensamiento expuesto desde el principio, se puede indicar que, ***el sujeto pasivo en el delito de violación sexual puede ser hombre o mujer mayor de catorce años sin tener otra condición (Ej.: género, opción sexual, calidad de vida) que la de ser persona natural.*** Siendo así, puede ser agraviado en el delito de violación, la mujer soltera o casada, virgen o desflorada, viuda o divorciada, vieja o joven, honesta o impúdica, pues lo que se violenta no es su honestidad u otra circunstancia, sino su libertad de disponer libremente de su sexo.

---

80 Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 629.

81 Cfr. CASTILLO ALVA, José. Ob. Cit. Pág. 71.