



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

Rodríguez Vásquez, Julio Alberto; Valega Chipoco, Cristina
Violencia sexual y derecho penal: sobre los problemas contemporáneos en la
interpretación del tipo penal de violación sexual en el Código Penal del Perú*
Derecho PUCP, núm. 91, 2023, Julio-Diciembre, pp. 301-347
Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202302.009>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533677336009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Violencia sexual y derecho penal: sobre los problemas contemporáneos en la interpretación del tipo penal de violación sexual en el Código Penal del Perú*

Sexual Violence and Criminal Law: On Contemporary Problems in the Interpretation of the Rape Offence in the Peruvian Criminal Code

JULIO ALBERTO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

CRISTINA VALEGA CHIPOCO***

Instituto Max Planck para el Estudio de la Seguridad, el Crimen y el Derecho (Alemania) / Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El presente artículo identifica los problemas jurídicos interpretativos y de calificación que plantean los tipos penales nacionales de violación sexual con base en un examen de la jurisprudencia y literatura especializada más contemporánea. A través de una interpretación teleológica y sistemática de estos delitos y de la aplicación de una perspectiva de género, se construyen alternativas preliminares de solución a los mismos. La principal conclusión jurídica a la que se llega es que, con la incorporación del medio comisivo de «aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento» en el delito de violación sexual en su modalidad básica (artículo 170 del Código Penal), el ordenamiento jurídico-penal peruano ha incorporado un modelo basado principalmente en la ausencia de consentimiento para los delitos sexuales. Este modelo, a su vez, se acerca a la aproximación «sí significa sí» del consentimiento, en atención a una interpretación convencional, constitucional y teleológica de la redacción del tipo penal. Asimismo, el artículo arriba a otras conclusiones jurídicas importantes sobre el tipo penal, tales como su factible cobertura de casos de *stealth*, la viabilidad jurídica de su comisión por compenetración y no solo penetración, por omisión impropia y sin requerir ánimo lascivo adicional al dolo, entre otras. Finalmente, a la luz de aquellas conclusiones, se examinan sistemáticamente los artículos 171, 172, 173, 174 y 175 del Código Penal

* El presente artículo contiene referencias a actos y delitos sexuales y de violencia sexual. Estas podrían tener un efecto estresante y revictimizante en algunas personas.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra (España) y magister en Derechos Humanos por la PUCP. Oficial de proyecto en la Oficina para los Países Andinos de la OIT. Profesor contratado del Departamento de Derecho de la PUCP e investigador del Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la misma casa de estudios (Degese).
Código ORCID: 0000-0002-8754-4611. Correo electrónico: rodriguez.julio@pucp.pe

*** Abogada por la PUCP. Magister en Estudios de Género por la Universidad de Oxford (Reino Unido). Investigadora doctoral del Instituto Max Planck para el Estudio del Crimen, Seguridad y Derecho (Alemania), e investigadora del Degese.
Código ORCID: 0000-0003-2203-1142. Correo electrónico: cristina.valega@pucp.edu.pe

peruano y se proponen alternativas de interpretación jurídicas congruentes de los mismos. Una de las más relevantes es la inconstitucionalidad del tipo penal de violación sexual mediante engaño (artículo 175) y la argumentación de su reconducción con base en el artículo 170, pues el primero podría ser empleado para sostener que el engaño no es un medio idóneo para cometer violación sexual contra una víctima adulta o adolescente mayor de 13 años, impidiendo la protección efectiva de la libertad sexual.

Palabras clave: Violación sexual, violencia sexual, delitos sexuales, consentimiento, libertad sexual, sí significa sí, no significa no

Abstract: This paper identifies the interpretative and qualification legal problems posed by the criminalisation of rape offences in Peru by examining the most contemporary case law and specialised literature. Through a teleological and systematic legal interpretation of these offences and applying a gender perspective, preliminary alternative solutions are constructed. The main legal conclusion reached is that, with the incorporation of the modality of “taking advantage of any other environment that prevents the person from giving free consent” in the offence of rape in its basic modality (article 170 of the Criminal Code), the Peruvian legal system has incorporated a model based mainly on the absence of consent for sex offences. This model, in turn, is close to the “yes means yes” approach to consent, based on a conventional, constitutional and teleological interpretation of the wording of the criminal offence. This paper also reaches other important legal conclusions about the criminal offence of rape, such as the feasibility of its coverage of cases of stealthing, the legal viability of its commission by compenetration and not only penetration, by improper omission and without requiring lewd intent in addition to regular intent, among others. Finally, considering these conclusions, articles 171, 172, 173, 174 and 175 of the Peruvian Criminal Code are systematically examined and congruent legal interpretations are proposed. One of the most relevant is the unconstitutionality of the criminal offence of rape by deception (article 175) and the rationale for its redirection to article 170, as the former could be used to argue that deception is not a suitable modality for committing rape against an adult or adolescent victim over the age of 13, preventing the adequate protection of sexual autonomy.

Keywords: Rape and sexual assault, sexual violence, sex offences, consent, sexual autonomy, yes means yes, no means no

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CUESTIONES PREVIAS.- III. LA EVOLUCIÓN EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL.- IV. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL TIPO PENAL GENERAL DE VIOLACIÓN SEXUAL.- IV.1. LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TIPO COMÚN REALIZABLE A TRAVÉS DE COMPORTAMIENTOS COMISIVOS Y OMISIVOS.- IV.2. LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TIPO DE MEDIOS DETERMINADOS.- IV.2.1. SOBRE EL MEDIO COMISIVO CONTEXTUAL DE AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.- IV.2.2. SOBRE LOS MEDIOS COMISIVOS TRADICIONALES EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.- IV.2.3. SOBRE EL ENGAÑO COMO ELEMENTO CAPAZ

DE VICIAR EL LIBRE CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.- IV.3 LA VIOLACIÓN SEXUAL COMO TIPO PENAL DOLOSO.- V. PROBLEMAS DE LAS FÓRMULAS NORMATIVAS ESPECÍFICAS DE VIOLACIÓN SEXUAL.- VI. CONCLUSIONES.

303

Dado que el concepto de violación sexual tiene un significado social valorativo tan poderoso, la forma como uno lo define es de gran relevancia normativa.

ERIC REITAN, 2001

I. INTRODUCCIÓN

En 2018, la Ley 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, produjo un cambio sustancial en el derecho penal sexual peruano. Esto porque, entre otras modificaciones, amplió los medios a través de los cuales el delito de violación sexual puede ser cometido, en tanto incorporó el «aprovechamiento de un entorno de coacción» o de «cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento» como medios comisivos, además de la violencia y la grave amenaza. Ello implicó la incorporación expresa en el ordenamiento peruano del elemento de ausencia de consentimiento en el delito de violación sexual.

Esta modificación legislativa se enmarcó en un contexto nacional e internacional específico. A nivel nacional, en el ámbito de grandes manifestaciones colectivas contra la violencia de género (Ni Una Menos), fundamentalmente desde 2016 (Muñoz, 2019), así como de respuestas normativas frente a las mismas, mayoritariamente desde el Poder Ejecutivo¹. A nivel internacional, en el marco de una mayor revisión y reforma de los delitos de violencia sexual con base en el elemento de ausencia de consentimiento² y de un mayor énfasis desde el derecho internacional de los derechos humanos del no consentimiento como elemento central en la violencia sexual³.

1 Por ejemplo, a través de iniciativas como el Plan Nacional contra la Violencia de Género (2016), el Plan de Acción Conjunto para Prevenir la Violencia contra las Mujeres, así como brindar protección y atención a las víctimas de violencia, con énfasis en los casos de alto riesgo (2018), el Programa Presupuestal orientado a Resultados para la Reducción de la Violencia contra la Mujer (2019), la Política Nacional de Igualdad de Género (2019), y el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (2019), entre otras.

2 Algunos de los países que realizaron una modificación a su legislación penal años y meses antes que el Perú para incorporar el elemento de ausencia de consentimiento en sus delitos de violencia sexual son Luxemburgo (2011), Alemania (2016), Argentina (2017), Islandia (2018), Malta (2018) y Suecia (2018).

3 Por ejemplo, en el año 2011, el Consejo de Europa aprobó la Convención sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), que estableció en su artículo 36 que sus Estados parte debían tipificar como delito la violencia sexual con base en el elemento de ausencia de consentimiento. Asimismo, en el año 2017, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció lo mismo en su Recomendación General N.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer.

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

En ese sentido, puede afirmarse que la reforma de 2018, al incorporar expresamente el elemento de ausencia de consentimiento en el delito de violación sexual, se constituyó como un avance importante en materia de protección de la autonomía sexual de las personas a nivel nacional. Ello porque, con aquella modificación, la violencia y la amenaza ya no eran entendidas como las únicas modalidades a través de las cuales se podía cometer aquel delito. Sin embargo, dado que la reforma no incluyó una definición expresa del elemento de ausencia de consentimiento y que hasta el momento no se han otorgado pautas jurisprudenciales respecto del mismo, puede señalarse que esta también ha generado algunos problemas interpretativos y de calificación sobre la violación sexual (Valega, 2021, p. 4). O, en términos más precisos, que estos se han sumado a aquellos problemas interpretativos y de calificación que, con los medios comisivos reconocidos previamente, ya existían respecto del tipo penal. Cabe recordar que los problemas interpretativos se producen cuando hay más de una lectura sobre una disposición normativa y los problemas de calificación cuando hay dudas sobre si los hechos fácticos calzan en el supuesto de hecho de la norma (Atienza, 2004, pp. 177-179; McCormick, 2018, pp. 109-135). Es decir, en la actualidad existe una falta de claridad a nivel jurídico sobre cómo interpretar los medios comisivos incorporados en el delito de violación sexual, acerca de las consecuencias que genera esta modificación en los delitos específicos de violación sexual y respecto de qué situaciones fácticas pueden (o no) calzar dentro de la nueva regulación (Valega, 2021, p. 4).

Estos problemas interpretativos y de calificación se tornan más persistentes porque la mayoría de la literatura nacional dominante —aquella compuesta por los manuales y tratados de derecho penal sexual frecuentemente citados por la jurisprudencia de la Corte Suprema (Caro & San Martín, 2000; Salinas, 2016; Reátegui, 2017; Peña Cabrera, 2019)— no los ha abordado aún o bien lo ha hecho de manera insuficiente. Este vacío doctrinario afecta, primordialmente, a las personas que han sido víctimas de violencia sexual en nuestro país, sobre todo a aquellas que el sistema no identifica como tales. En segunda medida, evita que nuestra jurisprudencia se enriquezca con los debates internacionales actuales y que las y los estudiantes de derecho del Perú cuenten con doctrina actualizada sobre el estado de la cuestión de la dogmática penal asociada a la violencia sexual.

Es en este escenario que el objetivo principal del presente artículo es la identificación de los problemas interpretativos y de calificación que plantean los tipos penales nacionales de violación sexual, fundamentalmente el tipo básico de violación sexual (Código Penal, 1991, art. 170), y la construcción de alternativas preliminares de solución frente a los mismos. Para reconocer los problemas de interpretación y calificación que se generan a partir de los tipos penales nacionales de

violación sexual, se examina la jurisprudencia y la literatura nacional e internacional especializada más contemporánea. También se estudian las reglas dogmáticas y, sobre todo, la casuística abordada por la jurisprudencia de la Corte Suprema a nivel nacional en el periodo 2018-2022, así como aquella que ha sido calificada de vinculante. Por otro lado, los problemas identificados se analizan a través de una interpretación teleológica y sistemática de estos delitos, así como desde la perspectiva de género.

Para lograr el objetivo mencionado, este artículo se estructura en cinco secciones. En la primera, se presentan premisas jurídicas de las que el desarrollo del artículo parte, las mismas que guían la forma en la que se comprende y analiza el derecho a lo largo del texto. En la segunda, se aborda la evolución en torno al bien jurídico protegido por los delitos de violación sexual y la relación de este desarrollo con la delimitación de las conductas que se consideran violencia sexual a nivel penal. En el tercer acápite se identifican y evalúan los problemas interpretativos y de calificación asociados al tipo general de violación sexual, a la par que se proponen soluciones preliminares a los mismos. En cuarto lugar, se reconocen los problemas vinculados a los tipos penales especiales de violación sexual y se esbozan consideraciones sobre los mismos. Finalmente, se apuntan conclusiones generales frente a lo hallado.

En virtud de la extensión del presente artículo, no se abordan todas las aristas de los problemas interpretativos sobre la regulación de los delitos de violación sexual que se identifican ni se construyen remedios finales; no obstante, este trabajo se constituye como un aporte académico porque realiza una primera aproximación detallada, a nivel nacional, a esta problemática. Además, busca motivar futuras investigaciones que ahonden en los distintos problemas interpretativos y de calificación de la actual regulación penal de la violación sexual y de los otros tipos de violencia sexual.

II. CUESTIONES PREVIAS

Antes de iniciar con el desarrollo de los problemas de interpretación del delito de violación sexual y las respectivas alternativas de solución, resulta necesario presentar tres premisas jurídicas de las que los autores partimos para el desarrollo del presente artículo. Estas se encuentran en la base de nuestra forma de comprender, analizar e interpretar el derecho.

En primer lugar, resulta importante señalar que el presente artículo se aleja de la perspectiva positivista tradicional, bajo la cual el criterio del «tenor literal» del precepto penal es un límite infranqueable a la interpretación. Por el contrario, se parte de la tesis abierta del derecho y, con ello, se asume que el lenguaje es indeterminado, impreciso, incierto

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

(Montoya, 2020, p. 126; Meini, 2018, p. 159) o, como ha indicado el propio Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC) en 2003, ambiguo y vago (fundamento 46). Por tanto, la interpretación no equivale a un mero reconocimiento de lo previamente prohibido, sino que supone la asignación de un sentido al texto legal (Meini, 2008, p. 163). En ese panorama, el lenguaje es un «punto de partida» de la interpretación que debe de ceder cuando contraviene el sentido teleológico de la norma» (Silva, 2006, p. 381; Meini, 2018, p. 166; Montoya, 2020, p. 130). Dicho de otro modo, el principio de legalidad, desde una mirada pospositivista, le prohíbe al juez emplear una interpretación contraria a la Constitución, aun cuando esta pareciera desprenderse del «tenor literal» del precepto legal (p. 130). Por el contrario, exige que el operador de justicia plantee una interpretación con pretensión de corrección conforme con la Constitución (Montoya, 2020, p. 133). Es decir, la interpretación debe dar por resultado una norma penal que responda a las necesidades de protección de los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, incluso si esta no pareciera ser la más acorde con la gramática del precepto penal (Meini, 2018, p. 167).

En segundo lugar, nuestro análisis jurídico hace hincapié en el hecho de que, en el ordenamiento jurídico peruano, los tratados de derechos humanos ratificados forman parte del derecho nacional y tienen rango constitucional. Respecto a lo primero, el artículo 55 de la Constitución del Perú indica que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, mientras que la cuarta disposición final y transitoria resalta que las normas relativas a derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Perú. Con relación a lo segundo, además de que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) resalta la supremacía de los tratados sobre el derecho interno, el TC (2006) ha reconocido que los tratados de derechos humanos detentan un rango constitucional (Expediente 0025-2005-PI/TC, 2006, § 61). Asimismo, se debe recordar que el propio TC ha destacado el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y que, por tanto, los jueces peruanos deben aplicar la ley a la luz de la jurisprudencia de dicha corte (Expediente 2730-2006-PA/TC, 2006, §§ 12-14). Así, la jurisprudencia de la Corte IDH forma parte del *corpus iuris* que todo juez peruano debe emplear para realizar el control de convencionalidad (Bregaglio, 2014, p. 17). El control de convencionalidad hace referencia al deber de los órganos y servidores estatales de contrastar las normas internas y su aplicación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), así como con otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes para el Estado peruano, y los

estándares que sobre esta haya desarrollado la Corte IDH como tribunal cuya competencia contenciosa e interpretativa de la CADH ha sido reconocida por el Estado peruano (p. 17). De esta manera, se busca que la interpretación y aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos en sede interna prevengan efectivamente la violación de derechos y eviten la activación continua del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (p. 18).

Finalmente, la tercera premisa jurídica de la que se parte en el presente artículo es la de que el ordenamiento jurídico-penal peruano en materia de delitos sexuales ha adoptado el modelo del no consentimiento y ha dejado atrás el modelo basado en los medios coercitivos. Si bien esta afirmación será desarrollada y fundamentada a detalle en el acápite IV.2, en esta sección se hace necesario explicar brevemente qué implica el modelo del no consentimiento en los delitos sexuales. Este hace alusión a que el elemento central en un delito sexual es la ausencia de un consentimiento válido y que no resulta necesaria la presencia de un medio coercitivo como la violencia o la amenaza (Valega, 2021, p. 12). En palabras de Koljonen (2019):

El modelo basado en el consentimiento se centra en la protección de la autonomía sexual, corresponde al individuo decidir si participa o no en actos sexuales, y si no participa voluntariamente, es un delito punible. De este modo se protegen los derechos del individuo y no se exige que éste pueda resistirse y, en su caso, impedir la agresión⁴.

Al respecto, es necesario comentar que, a nivel del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH), se identifica una tendencia clara de abandono de una regulación de la violación sexual a partir de medios comisivos y de adopción de una regulación basada en el modelo de ausencia de consentimiento⁵. Es decir, desde el DIDH se considera que la violencia, la amenaza u otros medios coercitivos ya no deberían ser exigidos por la tipificación penal como elementos constitutivos de la violencia sexual. Al respecto, por ejemplo, la Corte IDH (2022) ha señalado lo siguiente:

145. Tomando en cuenta lo expuesto, la Corte coincide con la posición de los distintos organismos internacionales, de modo que considera que las disposiciones normativas penales relacionadas con la violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central, es

4 Traducción propia.

5 Por ejemplo, en la Convención de Estambul (2011), la Recomendación General N.º 35 del Comité de la Eliminación de la Discriminación de la Violencia contra la Mujer (2017), la Recomendación N.º 3 del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (2021), y el informe de la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, La violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención (2021).

decir, para que se perpetre una violación, no se debe exigir la prueba de amenaza, uso de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual (§ 145).

Dentro de este modelo, además, hay dos formas principales de comprender la ausencia de consentimiento. La primera es la aproximación afirmativa del consentimiento, también conocida como «sí significa sí», que hace alusión a que los participantes de la interacción sexual deben haber manifestado expresamente su asentimiento para que la conducta no sea un delito; es decir, se conoce que la otra persona no consiente si no se tiene algún tipo de manifestación por parte de esta de que sí consiente (Schulhofer, 2016, p. 666). La segunda es la aproximación negativa del consentimiento, también conocida como «no significa no», que se refiere a que los participantes de la interacción sexual asumen que la otra persona consiente y solo conocen que esta no consiente cuando esta ha manifestado de alguna forma su negativa o rechazo (p. 666). Como ha sido mencionado, este modelo y dichas aproximaciones serán desarrollados y contrastados con el ordenamiento jurídico-penal peruano más adelante en el presente artículo.

III. LA EVOLUCIÓN EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Los delitos de violencia sexual no siempre han sido concebidos normativamente de la misma manera; por el contrario, han sido regulados e interpretados de forma muy disímil. Esta falta de homogeneidad se explica, en parte, por lo que para un sector importante de la doctrina es el punto de partida en la interpretación de los tipos penales: la identificación del bien o de los bienes jurídicos protegidos. Y esta ha ido variando a lo largo del tiempo respecto de los delitos de violencia sexual. Así, es posible hablar de modelos frente a los delitos de violencia sexual con base en el bien jurídico que se considera estos protegen. A partir de esta diferencia, además, se aprecia que los modelos conciben de forma diferente a la violencia sexual y demarcan distinto los radios de acción de los tipos penales que la prohíben.

El primer enfoque sobre el bien jurídico protegido por estos delitos al que podemos referirnos es el de la llamada concepción «moralizadora» de los delitos de violencia sexual (Caro & San Martín, 2000, p. 57). Esta perspectiva fue la dominante en los códigos penales peruanos del siglo XIX, aunque aún se encuentra en cierta jurisprudencia y doctrina, y se caracterizó por la idea de que los delitos de violencia sexual protegían el «honor sexual» de las mujeres. A continuación, a esta concepción la llamaremos el «modelo del honor sexual».

El «modelo del honor sexual» de los delitos de violencia sexual tuvo diversas manifestaciones. Una de ellas fue la concepción de que la violación sexual solo podía ser cometida por varones contra mujeres, toda vez que solo el honor de las mujeres estaba condicionado a su sexualidad —el de los hombres no— y, por tanto, solo ellas podían ser víctimas. Así, por ejemplo, los códigos penales peruanos previos al de 1991⁶ se caracterizaron por disponer que las víctimas de los delitos de violencia sexual debían ser mujeres o, en todo caso, hombres adolescentes o niños menores de edad (Caro & San Martín, 2000, p. 62). Es más, el Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836 solamente reconocía «honor sexual» a las mujeres «honestas» (art. 421), «casadas o desposadas» (art. 566), o «no-rameras» (art. 568), cuando se refería a las mujeres adultas. El Código Penal de 1924, por ejemplo, negaba explícitamente a las mujeres casadas el menoscabo de su «honor sexual» cuando era su esposo quien las forzaba al acto sexual, en tanto no las admitía como posibles sujetos pasivos del delito de violación sexual en esos casos. Al respecto, puede señalarse que, detrás de estas terminologías y caracterizaciones, lo que se identifica es el estereotipo de género discriminatorio bajo el cual se asocia la valía femenina al «recato y protección de su sexualidad» (Cook & Cusack, 2010, p. 41). Es decir, solo las mujeres, y únicamente algunas de ellas, podían ser víctimas de violencia sexual porque eran quienes tenían un honor sexual que proteger.

Otra manifestación del «modelo del honor sexual» se reconoce en la graduación de la protección penal frente a la violencia sexual sobre la base de la mayor o menor «reputación social» de la víctima. Bajo esta perspectiva, se consideraba menos lesiva la violencia sexual que se cometía contra mujeres que no estuvieran casadas o que ejercían su autodeterminación sexual en libertad; es decir, aquellas que incumplían con el estereotipo de género que restringía la sexualidad femenina al matrimonio y a la procreación (Cook & Cusack, 2010, p. 41). Así, por ejemplo, el Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836 atenuaba la pena cuando la víctima era una «mujer pública» y la agravaba cuando era «una mujer honesta» (art. 421). Por su parte, el Código Penal de 1863 distinguía la cuantía de la pena si la víctima era una mujer «virgen» o «casada». Así también, el Código Penal de 1924 disponía que la sanción penal era mayor si la víctima era una mujer de «conducta irreprochable», en los casos en los que la víctima tenía entre 16 y 21 años (art. 201).

Finalmente, puede afirmarse que este modelo también se concretaba en la normativa peruana nacional debido a la inclusión de una causa

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

6 A saber, el Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana de 1836, aprobado el 1 de noviembre de 1836; el Código Penal de 1863, aprobado el 1 de enero de 1863; y el Código Penal de 1924, que entró en vigencia el 28 de julio de 1924.

especial de cancelación de la pena que exoneraba de sanción al agresor sexual cuando este contraía matrimonio con la víctima, ello en tanto el matrimonio era concebido como un vehículo para «reparar el honor sexual mancillado». En el Perú, el Código Penal actual mantuvo dicha cláusula en su artículo 178 hasta la modificación introducida por la Ley 26770 el 15 de abril de 1997. Cabe añadir que este artículo también contempló, hasta aquella modificación, el ejercicio privado de la acción penal en los delitos de violencia sexual en los artículos 170, 171, 174 y 175, lo cual constituía una excepción respecto de la mayoría de los otros delitos tipificados en el Código Penal, denotando que la violencia sexual se consideraba como un asunto de resolución privada y no de carácter público.

El segundo modelo penal de la violencia sexual al que podemos referirnos es aquel que reconoce como bien jurídico a la libertad sexual para víctimas adultas y la indemnidad sexual para las víctimas que son niñas, niños y adolescentes menores de 14 años, así como otras personas en situación de incapacidad de consentir; es decir, bienes jurídicos que son derechos fundamentales basados en la protección de la libertad, integridad y el libre desarrollo de la personalidad. Este modelo fue, en cierta medida, incorporado de forma normativa a nivel nacional recién con el Código Penal de 1991, que fue el primero en incluir a estos delitos en el capítulo de violación de la libertad sexual del título IV de delitos contra la libertad; en otras palabras, sin ninguna referencia a la protección de un «honor» o de la «decencia» sexual⁷. A continuación, a esta concepción la llamaremos el «modelo de la autodeterminación sexual».

Como primera característica de este modelo cabe señalar que la jurisprudencia ha reconocido una dimensión positiva y una negativa en la protección de la libertad sexual (Acuerdo Plenario 1-2011, 2011, p. 5). Al respecto, la primera implica «la posibilidad de las personas de desarrollar y expresar libremente su sexualidad y decidir las condiciones y efectos de esta» (Valega, 2021, p. 30), y la segunda «el derecho a no ser involucrado ni ser partícipe o receptor de ningún acto o contexto sexual sin su consentimiento» (p. 30). En cuanto a la indemnidad sexual, lo que se protege son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad de aquellas personas que aún se encuentran en desarrollo de las mismas (Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116, 2011, § 12) o que en ese momento no se encuentran en capacidad de ejercer su libertad sexual. En ese sentido, personas de todos los géneros pueden ser perpetradoras o víctimas de estos delitos y no hay diferenciación en la pena según las características de la vida de estas últimas. Es más, las

⁷ Dado que el Código Penal de 1924 todavía hablaba de delitos contra la libertad sexual y el honor, dentro de una sección de delitos contra la decencia, el tránsito normativo entre modelos penales de la violencia sexual se considera a partir del Código de 1991.

indagaciones genéricas sobre el comportamiento sexual o social de la víctima de forma previa o posterior a los hechos de violencia sexual se consideran prueba constitucionalmente inadmisibles (Acuerdo Plenario 1-2012/CJ-116, 2011, § 34).

Una segunda característica de este modelo es que, al proteger estos delitos la libertad sexual, en el caso de adultos prohíben el «acto sexual indeseado, involuntario o no consentido» (Acuerdo Plenario 1-2012/CJ-116, 2011, § 21), así como aquellos actos en los que el consentimiento sea inválido; por ejemplo, en los que este se hubiera obtenido mediante engaño, aprovechándose de una situación de superioridad o abusando de un puesto de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima (Acale, 2020, pp. 42-43; Valega, 2021, p. 11). En el caso de los delitos contra niñas, niños y adolescentes menores de 14 años y personas en incapacidad de consentir, se considera el acto como legalmente no consentido, sin importar si hubo una anuencia fáctica. Como se señaló previamente, en nuestro país, la incorporación normativa en 2018 del elemento de ausencia de consentimiento como parte de un medio comisivo en el artículo 170 va de la mano de este modelo de la violencia sexual, en tanto la ausencia de consentimiento se vuelve parte constitutiva de aquellos delitos y la autodeterminación sexual es el bien jurídico protegido (Valega, 2021, p. 11).

No obstante, si bien el Código Penal peruano ha incorporado el elemento de ausencia de consentimiento en el tipo penal básico de violación sexual (art. 170) —y en otros de aquel capítulo (arts. 172, 176 y 176-B)—, lo ha realizado a través de la adición de un medio comisivo. Ello porque la normativa penal aún mantiene la exigencia de medios comisivos como elementos del delito de violación sexual; es decir, aún son elementos constitutivos del tipo penal la violencia física o psicológica, la grave amenaza, el aprovechamiento de un entorno de coacción o el aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento. Es así que la normativización de esta concepción en nuestro ordenamiento aún traza la línea entre los encuentros sexuales permitidos y los encuentros sexuales prohibidos a partir de la identificación de modalidades desplegadas por la persona autora.

IV. PROBLEMAS DEL TIPO PENAL GENERAL DE VIOLACIÓN SEXUAL

A continuación, se abordan los principales problemas identificados en torno a la aplicación del tipo penal de violación sexual. Es pertinente señalar que en Perú la fórmula general de la violación sexual se regula en el artículo 170, mientras que los artículos 171, 172, 173, 174 y 175 del Código Penal regulan fórmulas específicas, respectivamente. En esta

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

medida, algunos de los problemas interpretativos del artículo 170 se reproducen, en la misma o en mayor medida, en los otros tipos penales de violación sexual. Por este motivo, en el presente trabajo se examinan los problemas generales del artículo 170 en el cuarto acápite, mientras que los problemas específicos de los otros tipos penales se analizan en el quinto.

IV.1. La violación sexual como tipo común realizable a través de comportamientos comisivos y omisivos

El tipo base de la violación sexual se encuentra regulado en el artículo 170 del Código Penal peruano de la siguiente manera:

El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años.

Lo primero que se debe resaltar es que el artículo 170, a diferencia de otras normas penales internacionales, incluye dentro de la violación sexual al acceso carnal y otros actos análogos. Esta consideración, presente de manera literal en nuestra legislación a partir de la Ley 28251 de 2004, puso final a las interpretaciones restrictivas que limitaban la violación sexual al acceso carnal por vía vaginal (Montoya, 2011, p. 26).

Por otro lado, como se desprende del propio precepto penal, la violación sexual es un delito común; es decir, un tipo penal que no limita el círculo de autores con base a determinadas características personales y que, por lo tanto, puede ser cometido por cualquier persona (Gómez, 2006, p. 27). Sin embargo, la jurisprudencia peruana evidencia el siguiente problema asociado a la autoría de la violación sexual: ¿puede ser autora del acto regulado en el artículo 170 la persona que obliga a otra a introducirle su miembro viril en las vías reconocidas por la norma? Por ejemplo, en el caso de que una persona obligue a otra a que le introduzca su miembro viril, una parte del cuerpo o un objeto por las vías jurídicamente establecidas.

Para un sector de la jurisprudencia, la interpretación literal del artículo 170 y de los elementos de *acceso carnal* o *introducción* exige entender que las personas sin órganos genitales masculinos solo pueden ser autoras de la violación sexual cuando ellas introducen una parte de su cuerpo u objeto por las cavidades de la otra persona reconocidas normativamente. Así, este sector considera que en el supuesto de que la persona sin órganos genitales masculinos obligue a la otra a la introducción carnal,

esta conducta no calza en el tipo penal del 170. Esta fue la argumentación asumida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.º 432-2018/Junín (20 de noviembre de 2018, p. 5).

De manera semejante, en otros países se ha planteado que la interpretación literal del elemento *acceso carnal* impide extender su aplicación a los casos en los que el agente obliga a la víctima a penetrarlo. Así, por ejemplo, el Código Penal chileno dispone en su artículo 361 que «comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal». Al respecto, Bascur (2016) ha señalado que, bajo la redacción del tipo penal chileno, el acceso carnal consiste en introducir el órgano sexual masculino en el ano, vagina o boca de la víctima, por lo que la acción típica en sí misma excluiría los supuestos en los que las personas imputadas obligan a alguien a penetrarlas (p. 72). Rodríguez Collao (2004) también defiende una posición semejante e indica que el acceso carnal dispuesto en el Código Penal chileno se refiere a introducir el miembro genital masculino (p. 138) y que dicho texto, «indudablemente restrictivo», obliga a excluir a las mujeres como sujetos activos del delito (p. 143). Por su parte, Matus y Ramírez (2017) indican que las interpretaciones «extensivas» que consideran que las mujeres pueden ser sujetos activos quebrantan las reglas legales de la interpretación y violan el principio de prohibición de analogía (p. 235).

En España, Cancio (2018) va más allá de la perspectiva de *lege ferenda* y aporta un argumento valorativo. En esta línea, señala que el *acceso carnal*, al que hace referencia el artículo 179 del Código Penal español, solo es atribuible a varones, toda vez que, valorativamente, «no es lo mismo ser invadido» que «ser obligado a invadir a otro» (p. 1041). En contra de esta argumentación, el Tribunal Supremo español, a través del Acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del 25 de mayo de 2005, acordó que es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder (p. 1). De manera semejante, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, en una sentencia más reciente, ha establecido que una persona puede ser autora del delito de violación sexual cuando hace u obliga a otra al acceso carnal o introducción semejante en las vías específicas. Así, el mencionado órgano jurisdiccional, en el Recurso de Nulidad N.º 486-2021/Junín, discrepó del precedente antes citado e indicó que la expresión «acceso carnal» incluye la penetración y la compenetración (p. 7).

Esta segunda postura es la abogada por los presentes autores como jurídicamente correcta. En primer lugar, porque respeta la previsibilidad semántica del tipo penal, en tanto que el propio texto del artículo 170 nos permite entender que los elementos «obliga a tener acceso carnal» o «realiza acto análogo con la introducción» se extienden tanto a acceder/introducir como a hacer introducir/hacer acceder. En segundo lugar,

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

desde la interpretación teleológica, se debe recordar que el bien jurídico en este delito es la libertad sexual; es decir, la libertad de decidir con quién, cómo, cuándo y dónde sostener acceso carnal o actos análogos. Así, el núcleo de este tipo penal se encuentra en la ausencia del libre consentimiento de la víctima y en la importancia que tiene para la sexualidad humana la autodeterminación sobre el acceso carnal y los actos análogos (Valega, 2021, p. 30). Por lo tanto, es irrelevante si la persona autora fue quien introdujo o quien hizo introducir el miembro viril, la parte del cuerpo o un objeto en tanto en ambos escenarios se configuraría el desvalor de acción del tipo penal (Carnevali, 2001, p. 444). Cabe señalar que ello aplicaría también para personas que obligan a otras a penetrarse a sí mismas o a terceros. La interpretación contraria infringe la protección del bien jurídico y, en esa medida, no cumple con la previsibilidad axiológica y la interpretación teleológica del tipo penal.

Otro problema asociado al delito de violación sexual es si el artículo 170 permite el empleo del artículo 13 del Código Penal y, por tanto, de la omisión impropia. Este problema fue abordado por la Casación N.º 725-2018/Junín emitida por la Sala Penal Permanente en 2019. En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia indicó que es posible aplicar esta figura a casos de violación sexual de menores de edad (Código Penal, 1991, art. 173). Los fundamentos de la Sala Penal Permanente en 2019 para esta afirmación fueron los siguientes:

1. El delito de violación sexual es un delito de resultado y común.
2. Existen sujetos que ostentan una posición de garante que se traduce en el deber de cuidado de la sexualidad de otros, como el caso de quien ostenta la patria potestad de un niño, niña o adolescente.
3. Existen garantes que, además, tienen las condiciones y aptitudes para neutralizar fuentes de peligro para la sexualidad de otros, como sucede con las personas que ostentan la patria potestad y conviven con la persona menor de edad.
4. El deber de garante de la madre y el padre respecto a la indemnidad sexual de su hija o hijo, niña, niño o adolescente, se fundamenta en la función de protección del bien jurídico y, a la vez, en la función de control de peligros.
5. Los delitos sexuales frecuentemente son progresivos —de menor intensidad a mayor intensidad— y cometidos en el seno familiar, por lo que la respuesta oportuna de los familiares ante el primer ataque sexual es fundamental.
6. El deber de garante de un padre o madre genera la obligación

de apartar y alejar al agresor de la víctima una vez que conoce el primer ataque sexual, así como de realizar cualquier otro acto de defensa que esté en sus capacidades.

7. La omisión de la obligación antes descrita equivale a la realización de un ataque sexual en sentido positivo (pp. 9-11).

Como se observa, los fundamentos esgrimidos por la casación abogan por la aplicación del delito de violación sexual por omisión impropia en los supuestos de padres o madres respecto a sus hijos o hijas menores de edad, tal como lo acepta un sector de la doctrina (Cancio, 2018, p. 1032). Al respecto, el hecho de que se reconozca que la violación sexual es un tipo penal que puede ser atribuible a un actuar omisivo permite pensar en otros supuestos. Así, por ejemplo, el artículo 172 —violación sexual de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento— podría ser aplicable a médicos o enfermeras que permiten que un tercero tenga acceso carnal con un paciente que no puede dar su libre consentimiento y se encuentra bajo su cuidado, ello en virtud de la posición de garante que ostentan estas personas sobre la indemnidad sexual de aquellos pacientes.

Ahora bien, ¿el garante que no evita la violación sexual pudiendo hacerlo responde como autor o como partícipe de este delito? Este es un tercer problema interpretativo que se identifica en la literatura. Para Peñaranda (2020), existen tres posiciones que pueden responder esta pregunta (p. 189). Un primer sector considera que quien omite en posición de garante solo podrá ser partícipe. Por el contrario, un segundo sector considera que siempre es autor. Un tercer sector de la doctrina defiende la idea de que, si el omitente tiene una posición de garante basada en la protección del bien jurídico, deberá responder como autor; mientras que, si su posición de garante está basada en una función de control del peligro, lo hará como partícipe (p. 189). Con base en esta última posición, el padre o la madre que permite la violación sexual de su menor hijo o hija pudiendo evitarla debería responder siempre como autor, toda vez que su posición de garante se basa en la protección del bien jurídico.

Una posición un tanto diferente es la que acoge Robles (2007). Él considera que la decisión sobre la calificación de autoría o de participación de una conducta omisiva depende del valor de la omisión para el conjunto del hecho (p. 74). En este esquema, si la conducta omisiva es «un pequeño fragmento del hecho» respecto a la intervención de quien realiza la conducta comisiva, debe ser calificada de participación; por el contrario, será calificada de autoría la conducta omisiva que determina el hecho en igualdad que la conducta activa junto con la que concurre (p. 72). En este escenario, Robles considera que el no impedir una lesión por

315

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

parte de un tercero responsable, pese a tener la obligación de hacerlo, debe ser calificado de participación (p. 77).

Desde otro plano, Mañalich (2014) considera que el omitente en estos casos no puede ser autor directo, ya que la omisión impropia no se deja construir en delitos como el de violación sexual (p. 238). Ello en virtud de que, para el profesor chileno, el tipo penal no permite formular una norma que le requiera al garante impedir la violación sexual (p. 239). Para él, este tipo de casos podrían constituir complicidad omisiva del garante o, en todo caso, coautoría bajo la modalidad comisiva (p. 239).

Por su parte, la Casación N.º 725-2018/Junín de 2019, previamente citada, respondió a esta pregunta a partir de un criterio contrafáctico. La Sala Penal Permanente señaló que existirá autoría por omisión impropia cuando pueda formularse un juicio de certeza sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado, mientras que existirá complicidad si la acción omitida hubiera dificultado sensiblemente el resultado (p. 8). Para la Corte Suprema, el padre o madre que permite la violación sexual de su menor hijo o hija pudo evitar con certeza dicho resultado, por lo que debe responder como autor. Este criterio fue recogido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España que en la sentencia 758/2018, del 9 de abril de 2019, lo empleó para condenar a unos padres como autores de abuso sexual a un menor de 13 años por omisión impropia.

Sin embargo, el criterio del «juicio de certeza» no brinda predictibilidad, toda vez que es imposible saber si el actuar del garante hubiese evitado el resultado con certeza o si, por el contrario, solo hubiese «dificultado sensiblemente» el resultado. Por este motivo, parece más aconsejable seguir el criterio de Peñaranda (2020), basado en la fuente del deber de garante. En ese sentido, si el omitente es garante en virtud de su deber de protección de la indemnidad sexual de la víctima, corresponde aplicar la figura de la autoría. Ello evidentemente sin perjuicio de que la responsabilidad objetiva de la madre o el padre confluya con un criterio de exclusión de la imputación objetiva, una causa de justificación o un eximente de culpabilidad, parcial o completa, como en casos en los que la madre o el padre haya estado bajo una situación de violencia, amenaza o imposibilidad de exigirle actuar de otro modo. De la misma manera, se debe evitar emplear estándares distintos entre madres y padres, así como justificar la tipicidad de la omisión con base en estereotipos de género como el de la «madre que todo lo sabe» o el de la «madre que todo lo sacrifica» (Hopp, 2023, pp. 176-220).

Por otro lado, de lo antes dicho también se desprende que quien tiene una posición de garante fundamentada en el control de una fuente de peligro responderá como partícipe. ¿Qué fuentes de peligro son relevantes para las violaciones sexuales? La doctrina penal ha evaluado en este

tipo de casos el eventual deber de garante de quien tiene la titularidad del establecimiento que funge como lugar donde se comete el delito (Lascuráin, 2002, p. 86). Autores como Lascuráin niegan la posibilidad de que el titular de un inmueble sea garante frente a, por ejemplo, el tráfico de drogas cometido en su predio con su conocimiento (p. 90). Sin embargo, los delitos de violencia sexual requieren mayormente para su comisión de un escenario oculto, por lo que resulta evidente que los inmuebles y espacios físicos que permiten que el hecho se cometa de forma subrepticia constituyen verdaderas fuentes de peligro. Por tanto, no existe argumento para negar que quien no evita, pudiendo hacerlo, que un tercero viole a una persona en un inmueble que está bajo su control, podrá responder como partícipe de este delito en comisión por omisión. En estos casos, el omitente no tiene una posición de garante frente a cualquier ataque a la libertad o indemnidad sexual de la víctima; sin embargo, sí lo tiene con relación al inmueble que se encuentra bajo su dominio.

IV.2. La violación sexual como tipo de medios determinados

La violación sexual es un tipo penal de resultado. Así, la Corte Suprema de la República, en el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 de 2011, ha establecido que la violación sexual se consuma con la introducción parcial o total del miembro viril por la cavidad vaginal, anal o bucal, así como con la introducción parcial o total de cualquier parte del cuerpo o de un objeto por las dos primeras cavidades antes indicadas (fundamento 13). Ahora bien, históricamente, el tipo penal de violación ha sido, además, uno de medios determinados; esto es, un tipo penal cuya tipicidad del comportamiento depende de que se realice alguno de los medios señalados taxativamente por la ley (Meini, 2014, p. 77). De ello se desprende que se está ante una tentativa de violación sexual si la persona perpetradora ha empleado alguno de los medios estipulados en el artículo 170, pero no logró la introducción parcial o total de parte del cuerpo u objeto.

Sin perjuicio de ello, tal como se expondrá más adelante, la modificación del artículo 170 realizada por la Ley 30838 y la sentencia de la Corte IDH en el caso *Angulo Lozada vs. Bolivia* (2022) han supuesto el inicio del tránsito de un modelo centrado en los medios a un modelo centrado en la ausencia de libre consentimiento (Valega, 2021, p. 33), como se esbozó en el segundo acápite del presente artículo. Ello fundamentalmente por dos motivos: a) por un lado, la modificación normativa de 2018 agregó el elemento de ausencia de consentimiento como medio comisivo («el aprovechamiento de cualquier entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento»); b) por otro lado, la Corte IDH (2022), en la sentencia antes mencionada, ha indicado que, bajo los criterios de la CADH, se debe considerar violación sexual

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

todo acto de penetración vaginal, anal o bucal, o la introducción de partes del cuerpo u objetos por las dos primeras vías, sin consentimiento (§ 137). Entonces, en cuanto a los medios comisivos del delito de violación sexual, estos pueden clasificarse en medios comisivos tradicionales y en el medio contextual de ausencia de consentimiento (Valega, 2021, p. 15). Dentro de los primeros, se encuentran la violencia física, la violencia psicológica, la grave amenaza y el aprovechamiento de un entorno de coacción. El medio contextual de ausencia de consentimiento, en cambio, se produce cuando el agente comete acceso carnal respecto de la víctima o le realiza un acto análogo en un entorno en el que ella no brindó su consentimiento (p. 15).

IV.2.1. Sobre el medio comisivo contextual de ausencia de consentimiento en el delito de violación sexual

En primer lugar, comenzamos haciendo referencia al medio comisivo contextual de ausencia de consentimiento, que ha sido incorporado a través de la redacción de «aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la víctima dar su libre consentimiento». Si bien este se describe luego de la lista de los otros medios comisivos e inicia con la palabra «otro» —indicando su naturaleza de cláusula de extensión analógica—, resulta necesario iniciar el examen de los medios comisivos por este porque es el que ha incluido al elemento de ausencia de consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Ello significa que ha normativizado el cambio de paradigma que reconoce que no es el acto violento el que demuestra la ausencia de consentimiento, sino esta ausencia la que convierte una relación sexual en violenta (Acale, 2020, p. 54; Valega, 2021, p. 11). Posteriormente, se hará referencia a los otros tres medios comisivos regulados en el artículo 170.

La incorporación del medio comisivo «aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la víctima dar su libre consentimiento» ha reconocido expresamente en el tipo penal que se produce un delito sexual cuando no hay consentimiento o cuando este es inválido para mantener relaciones sexuales (Valega, 2021, p. 11). Ello va en la línea de lo señalado por la Corte Suprema en torno a que, al proteger los delitos de violencia sexual la libertad sexual, lo que prohíben es el «acto sexual indeseado, involuntario o no consentido» (Acuerdo Plenario 1-2012/CJ-116, 2011, § 21). Entonces, si la víctima no ha brindado su asentimiento a la interacción sexual y la persona perpetradora no ha respetado aquello, se estaría ante el empleo de este medio comisivo. Ello porque la persona agresora se estaría aprovechando de un entorno en el que la disposición del derecho a la libertad sexual de la víctima no se encuentra presente. Por tanto, la ausencia de consentimiento conocida por la persona perpetradora podría ser suficiente para argumentar el empleo de aquel medio comisivo por parte del sujeto activo y, por lo mismo, la constitución del delito de violación sexual.

Sin embargo, se podría plantear que, a diferencia de otras legislaciones, el Código Penal peruano no hace referencia expresa a que habrá violación sexual ante la ausencia de consentimiento. Por el contrario, la literalidad del artículo 170 hace alusión a un «entorno» que impide a la víctima dar su libre consentimiento. Según la Real Academia Española, la palabra «entorno» se refiere a un «ambiente, lo que rodea» (2023, acepción 1). Con ello pareciera que el «tenor literal» del artículo 170 exige que, además de la ausencia del consentimiento, la víctima se encuentre en un ambiente o escenario externo que no le permita ejercer de manera autónoma su sexualidad. No obstante, esta interpretación presenta las siguientes objeciones:

1. La interpretación restrictiva antes planteada provocaría la impunidad del acceso carnal y los actos análogos a este que se imponen a una persona que, encontrándose en un ambiente de libertad, no ha consentido al acto sexual. Sin embargo, desde una perspectiva sistemática del Código Penal peruano, esta interpretación es irrazonable. Se debe tomar en cuenta que el artículo 176 del Código Penal prohíbe los tocamientos y actos de connotación sexual que, sin propósito de tener acceso carnal, se realizan sobre una persona sin su libre consentimiento. En este contexto, la interpretación restrictiva llevaría al resultado irrazonable de considerar que, en nuestro ordenamiento, los actos de contenido sexual que se realizan sobre una persona sin su consentimiento son punibles, mientras que el acceso carnal sin consentimiento es impune. Con un ejemplo: para la tesis restrictiva, tocar las nalgas de una persona que no ha consentido recibir ese tocamiento es punible, pero penetrar sexualmente a una persona que no ha consentido a dicho acto sexual es impune. Esta incongruente interpretación generaría, además, que a una persona que cometa delitos sexuales le resulte más «conveniente» acceder carnalmente sin consentimiento a sus víctimas que realizar otro tipo de tocamiento o acto de connotación sexual.
2. Como se ha dicho antes, desde una perspectiva pospositivista, la literalidad restrictiva no es un límite máximo o infranqueable para la interpretación. Por el contrario, el «tenor literal» debe de ser complementado si su lectura constringente impide que la norma cumpla con su finalidad de proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos. El bien jurídico protegido por los delitos de violencia sexual es la libertad sexual, la que se lesiona cuando el agente realiza un acto de contenido sexual sin el consentimiento válido de la víctima. Por tanto, requerir algo adicional a la ausencia de libre consentimiento por parte de la víctima es contrario a la interpretación teleológica del artículo 170, la que brinda mayor protección constitucional

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

que la meramente literal, más aún cuando esta interpretación garantiza la previsibilidad a partir del elemento «entorno que impide a la víctima dar su libre consentimiento», que debe ser entendido como «situación en la que la víctima no da su libre consentimiento».

3. El Código Penal es una norma de rango legal que es válida únicamente si es coherente con normas de rango superior. Específicamente, la norma penal tiene que ser resultado de una interpretación que tome en cuenta las normas de rango constitucional. Como se ha dicho antes, dentro de las normas de rango constitucional se encuentran las que forman parte de tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. El TC (Sentencia N.º 04617-2012-PA/TC, 2014) ha reconocido que, debido a que el Perú ha ratificado la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH vincula a los jueces y las juezas nacionales y les exige emplear el control de convencionalidad (fundamento 14). Respecto al presente problema jurídico, la jurisprudencia de la Corte IDH (2022) ha indicado que, para la identificación de un supuesto de violación sexual, basta demostrar que la víctima no consintió el acto sexual (§ 145). Más aún, la Corte IDH indica que los tipos penales de violación sexual deben centrarse en la ausencia de consentimiento y que cualquier hipótesis de acceso carnal con persona sin su consentimiento debe estar contenida en el delito de violación (§ 155). En este escenario, la tesis restrictiva no solo contradice la sistemática del Código Penal peruano, sino que es inconsistente con normas de rango superior. Además, la defensa de la tesis restrictiva provocaría que el Perú incumpla las obligaciones internacionales asumidas en la CADH y la Convención Belém do Pará, ya que impediría tomar medidas jurídicas para prevenir, perseguir y sancionar el acceso carnal que se le impone a una persona que, en un entorno de libertad, no consintió al acto sexual.

Un punto importante sobre esta interpretación del artículo 170 a la luz de un modelo basado en la ausencia del consentimiento es la determinación de qué implica no consentir. En palabras de Hörnle (2023), «si el término consentimiento se utiliza en la descripción del delito principal sería necesario complementarlo con una definición porque la ambigüedad del consentimiento requiere una aclaración, tanto para los miembros del público como para los que aplican el derecho penal» (p. 266)⁸.

En esa línea, surgen diferentes preguntas jurídicamente trascendentales sobre cómo entender el elemento de no consentimiento, las mismas que exceden el encuadre del presente artículo. Sin embargo, una cuestión

8 Traducción propia.

fundamental por responder es si el modelo de no consentimiento en delitos sexuales en el ordenamiento jurídico-penal peruano parte de la aproximación del «sí significa sí» o del «no significa no». Es decir, ¿el no consentimiento se presenta cuando las personas involucradas en la interacción sexual no manifiestan su anuencia o cuando manifiestan su negativa? En el ordenamiento jurídico peruano aún no se ha adoptado una posición expresa sobre qué modelo del consentimiento recoge nuestra normativa. Sin perjuicio de ello, como ha desarrollado Valega (2021), dada la redacción del tipo penal y las regulaciones generales del elemento subjetivo, puede señalarse que la regulación peruana se encuentra más cercana al modelo «sí significa sí» (p. 26). Ello porque el tipo penal no exige que el acto ocurra contra la voluntad reconocible o manifiesta de la víctima —lo que implicaría que esta tendría que manifestar su negativa para que hubiera un acto de violación sexual—, como ocurre en las legislaciones alemana o portuguesa como regla general. Por el contrario, nuestro tipo penal establece que habrá violación sexual cuando el sujeto activo se aproveche de cualquier entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento; es decir, se reconoce que el consentimiento tiene que ser dado y, por tanto, no puede ser asumido.

En ese sentido, los autores nos adscribimos a esta postura, que establece que, en atención al derecho fundamental a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, la única interpretación constitucionalmente viable del modelo de no consentimiento en los delitos sexuales a nivel nacional es la afirmativa (Valega, 2021, p. 34). Es decir, que no habrá consentimiento cuando las personas no expresen o manifiesten de alguna forma su anuencia a la penetración sexual. En sus palabras:

en cuanto a la adopción del modelo “sí significa sí”, considero que es la única interpretación constitucional del delito. Esto es así porque toda persona tiene derecho a la libertad y al libre desarrollo de su personalidad. Con relación al primer derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado en la sentencia *Gelman vs. Uruguay* (2011) que este “implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia” (en [129])⁹. En cuanto al segundo derecho, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad” (2009: (en [8])¹⁰. Por lo tanto, es jurídicamente coherente deducir que las personas necesitan buscar el consentimiento para interactuar con la esfera sexual de otros y no dar por sentado que

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

9 La fuente es el párrafo 129 de la sentencia *Gelman vs. Uruguay* (2011), a la que se hace referencia.

10 La fuente es octavo párrafo del Expediente N.º 3901-2007-PA/TC (2009).

siempre son receptivas a la interacción sexual a menos que comuniquen su falta de voluntad (p. 34).

Esta comprensión del no consentimiento, por supuesto, hace referencia al tipo objetivo. Adicionalmente a ello, tal y como será desarrollado en la sección IV.3 del presente artículo, la imputación del delito de violación sexual requerirá también del conocimiento por parte del sujeto activo de la ausencia de una anuencia por parte de la víctima a la penetración sexual.

IV.2.2. Sobre los medios comisivos tradicionales en el delito de violación sexual

Sin perjuicio de lo antes dicho, los medios comisivos tradicionales también pueden revelar la ausencia de consentimiento por parte de la víctima a la interacción sexual. Por tanto, se constituyen como medios que el legislador ha considerado idóneos de ser mantenidos en el tipo penal cuando denoten aquella falta de consentimiento y, consecuentemente, una vulneración a la libertad sexual de la víctima.

Sobre el medio comisivo de violencia física, este hace referencia a toda acción que suponga el despliegue de energía corporal del autor sobre la víctima y que se traduce, por ejemplo, en golpes, en la sujeción a través de las manos o en otras formas de agresión corporal (Salinas, 2016, p. 65) que afectan la libertad sexual de la víctima. Es evidente que la violencia física no exige la aplicación de una *fuerza irresistible* sobre la víctima (Acale, 2019, p. 215); es decir, no es exigible una fuerza que no sea posible de vencer o de neutralizar (Meini, 2014, p. 157). Por el contrario, este medio se cumple cuando el perpetrador ejerce una violencia física idónea para infringir la libertad sexual de la víctima. De ello se desprende que la resistencia no es un elemento del tipo penal y que el bloqueo o la colaboración de la víctima no elimina la existencia de este medio comisivo (Jericó, 2019, p. 306). También es válido concluir que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima es un factor clave para valorar la idoneidad de la violencia física en la vulneración de su libertad sexual. A manera de ejemplo, la violencia física para infringir la libertad sexual de una persona joven y fornida no será la misma que se requiera para doblegar la voluntad de una persona adulta mayor que vive en situación de dependencia y ello debe ser considerado al evaluar la existencia de este medio comisivo. Asimismo, cuando la violencia no ponga en peligro o lesione la libertad sexual de la víctima —es decir, cuando esta haya sido expresamente consentida por las partes—, no se constituirá en un medio comisivo que afecte el bien jurídico.

En cuanto a la violencia psicológica, para definir este medio resulta útil recurrir al artículo 8, literal b, de la Ley 30364, que dispone que la violencia psicológica hace referencia a toda acción que se orienta al control,

aislamiento, humillación, avergonzamiento, insulto, estigmatización o estereotipación de la víctima sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación. Ahora bien, la interpretación teleológica del artículo 170 obliga a que esta violencia afecte la libertad de la víctima para ejercer su libertad sexual. Por tanto, la violencia psicológica, como medio comisivo para la violencia sexual, debe tener cierta gravedad e intensidad, caso contrario siempre puede procederse a analizar la acción con base en el medio contextual de consentimiento. A este respecto, una situación de violencia psicológica podría ocurrir, por ejemplo, cuando la persona agresora emplea un entorno de aislamiento y humillación creado por ella misma que impide a la víctima dar su libre consentimiento en virtud de aquella situación de violencia psicológica.

Respecto al segundo medio coactivo tradicional, la doctrina ha señalado que la amenaza consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima (Salinas, 2016, p. 71). La doctrina tradicional refiere que esta amenaza debe ser verosímil, inmediata y grave, de modo tal que sea asimilable a la violencia física (Monge, 2019, p. 354; Salinas, 2016, p. 72). Sin embargo, es preciso recalcar que estas características deben ser evaluadas a la luz de las circunstancias personales y fácticas en las que se encuentra la víctima (Jericó, 2019, p. 354). En esta línea, Acale (2019) indica que la evaluación de la amenaza grave exige tomar en cuenta el contexto y las características de los sujetos activos y pasivos (pp. 218-219), por ejemplo, si estos últimos se encuentran en una situación de vulnerabilidad específica. Como señaló la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 1-2011 de 2011, los medios que establece el delito deben ser analizados considerando la edad, el género, la condición de la persona y demás circunstancias específicas que puedan influir en la vivencia del hecho (pp. 6-7).

Sobre el tercer medio comisivo tradicional de «aprovechamiento de un entorno coercitivo», la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N.º 1257-2015/Lima, 2016) ha señalado en la interpretación del tipo penal de feminicidio que la coacción se refiere a la violencia, amenaza o el uso de la fuerza física, psicológica o moral que se ejerce sobre alguien para obligarla a hacer algo en contra de su voluntad (p. 6). De forma análoga está regulado el delito de coacción en el artículo 151 del Código Penal. Por tanto, en concordancia interpretativa, el medio comisivo de «aprovechamiento de un entorno coercitivo» en el delito de violación sexual debe ser interpretado como el aprovechamiento de un contexto equivalente al ejercicio de violencia o amenaza en la víctima. Es decir, el aprovechamiento de aquella situación en la que, si bien puede no haber actos de violencia o amenaza directos cometidos por el sujeto activo, el entorno tiene un carácter equivalente a que los hubiera y, por tanto, no puede considerarse que este permita el otorgamiento de un libre consentimiento para el acto sexual. Se hace

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

alusión, en general, al aprovechamiento de cualquier otro entorno que coloque a la víctima en una situación en que no tiene otra alternativa real y aceptable más que cumplir con la voluntad de la persona agresora. Ilustrativamente, dentro de este medio se pueden incluir los casos de abuso de situación de superioridad —ser padre respecto de la víctima, por ejemplo— y abuso de la situación de vulnerabilidad específica —relación de dependencia emocional con el agresor— (Peña Cabrera, 2019, pp. 375-376), entre otros.

IV.2.3. Sobre el engaño como elemento capaz de viciar el libre consentimiento de la víctima

Ahora bien, ¿puede constituir otro ejemplo subsumible en el medio comisivo contextual de ausencia de consentimiento el engaño sobre condiciones que, socialmente, son valoradas como fundamentales para la relación sexual consentida? Es decir, ¿existe un error provocado por un engaño de la persona perpetradora que pueda ser interpretado como generador de un entorno en el que el consentimiento de la víctima no es libre y, por lo mismo, aunque esta haya aceptado la interacción sexual, su aceptación puede resultar inválida? La jurisprudencia y doctrina nacional dominante no se han pronunciado respecto de este problema de calificación; no obstante, esto ya ha sido abordado por otras jurisdicciones. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Sevilla en España aplicó el delito de agresión sexual en un caso de *stealthing*. Así, el órgano jurisdiccional español, en la Resolución 375/2020, indicó lo siguiente:

Trinidad (nombre pseudónimo) pudo y así decidió libremente consentir mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con el acusado siempre que éste utilizara el preservativo, pero ello no merma un ápice su libertad y capacidad para no consentir tal acto sin ese medio profiláctico, de manera que cuando así actuó atentó gravemente contra la libertad de Trinidad; no cabe entender que Trinidad consintió en todo caso la penetración y que el acusado modificó tan solo una condición accesoria de ésta, debemos por el contrario entender que el acusado se sirvió del engaño para, sin conocimiento ni consentimiento de Trinidad, mantener un contacto sexual distinto del que habían acordado, tan esencialmente distinto que son muy diversos sus alcances y eventuales consecuencias, por lo que en definitiva la libertad de autodeterminación de Trinidad en el ámbito sexual fue atacada y anulada, sometiéndola a algo que no consintió ni hubiera consentido de ser interpelada por él (p. 7).

Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la Sentencia 186/2021 de 2021. Así, el Tribunal indicó que el vicio en el consentimiento de la víctima era claro, toda vez que fue la creencia en estar manteniendo relaciones sexuales con empleo de preservativo lo que permitió que la víctima

accediera a tener acceso carnal con la persona condenada (p. 7). Sobre esta base, el órgano jurisdiccional español concluyó que el *stealth* constituye un atentado contra la libertad sexual punible (p. 11).

De este modo, la jurisprudencia española ha evidenciado que el engaño puede ser un medio para la comisión de la violación sexual, en la misma línea que diversas discusiones desde la doctrina penal¹¹, ello debido a que el consentimiento viciado por el engaño no expresa de manera clara la voluntad de la persona, por lo que tal consentimiento carece de fuerza para excluir el injusto de la violación sexual (Coca-Vila, 2022, p. 300). Esta línea interpretativa ha sido defendida por otros tribunales penales, como sucedió con el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales en el caso *Assange v. Swedish Prosecution Authority* (2011), con la Sala de Vistas de Berlín en el caso 27.07.2020 – 4 Ss 58/20 (2020) y con el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *R. vs. Hutchinson* (2014).

Sin embargo, ¿el engaño como medio contextual de consentimiento puede recaer sobre cualquier elemento? Coca-Vila (2022) resalta que un derecho penal liberal debe evaluar el engaño siempre con base en el principio de autorresponsabilidad. Él señala que no existen deberes genéricos —penalmente garantizados— de sacar de error a la otra parte en el marco de una relación sexual (p. 300). Por el contrario, Herring (2005) alega que el consentimiento debe considerarse viciado siempre que una persona denunciante haya estado errada sobre un elemento fáctico y no hubiera consentido a la actividad sexual si ella hubiera sabido la verdad sobre aquel elemento de hecho, y la otra persona sabía ello (p. 8). A nivel nacional, Valega (2021) ha señalado que el engaño siempre será relevante cuando haya recaído sobre condiciones del acto sexual explícitamente aceptadas por las partes (p. 41).

Desarrollando la perspectiva de Coca-Vila (2022), para él existen tres factores o expectativas de veracidad protegibles penalmente por el tipo penal de violación sexual: a) el conocimiento sobre la naturaleza sexual de la actividad en la que se está participando, b) el conocimiento sobre la identidad de la persona con la que se está teniendo la actividad sexual y c) el conocimiento sobre el grado de injerencia corporal de la relación sexual (pp. 303-304).

El primer factor permite incluir, por ejemplo, aquellos casos donde un médico engaña a un paciente sobre la naturaleza sexual de un aparente tratamiento. También se pueden incluir, como se verá más adelante, aquellos casos en los que se engaña a personas con discapacidad intelectual —con autonomía sexual— sobre la naturaleza sexual de determinado acto. Por otro lado, el segundo factor —la expectativa de veracidad sobre la identidad de la persona con la que se acuerda tener

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

11 Ver, por ejemplo, Herring (2005) y Clement (2018).

relaciones sexuales— ha sido reconducido, a través de jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia, al artículo 175 del Código Penal, el mismo que se analizará más adelante. Finalmente, en el tercer factor se incluirá el engaño sobre el acto sexual acordado —por ejemplo, se acuerda tener sexo vaginal y el agresor introduce el pene por el ano de la víctima—. También se incluirán, como reconoce Coca-Vila (2022), los casos de *stealth* en los que las partes acuerdan el uso de preservativo y una de ellas lo incumple (p. 305).

Para Castellví y Mínguez (2021), el *stealth* debe considerarse violencia sexual por el objeto del consentimiento de la víctima. En tal sentido, estos autores consideran que la víctima ha consentido el contacto físico entre preservativo y membranas mucosas, por lo que el consentimiento no se extiende al contacto directo entre mucosas. El preservativo, bajo el planteamiento de estos autores, es una barrera diferenciadora lo suficientemente trascendente como para definir la violencia sexual. Así, la penetración vaginal sin preservativo es un acto sexual no consentido. Esta argumentación es semejante a la de Brodsky (2017), quien indica que el vicio en el consentimiento en estos casos yace en que la víctima consintió el contacto a través del condón, no con la piel (p. 190). Sin embargo, Brodsky agrega un segundo argumento: el incremento del riesgo de embarazo o transmisión de infecciones impiden que el consentimiento del acto sexual con preservativo se transmita al acto sin preservativo (pp. 191-192). Todos estos elementos han sido también argumentados por el Tribunal Federal Supremo alemán al momento de caracterizar al *stealth* como violencia sexual (Resolución 3 StR 372/22, 13 de diciembre de 2022, §§ 14-15).

Bajo el paraguas de lo antes indicado, los casos de *stealth* constituyen una modalidad de violación sexual (Valega, 2021, p. 41). El fundamento se encuentra en que el respeto del acuerdo sobre el uso del preservativo, más que por suponer una simple barrera física, es un factor esencial para la víctima sobre las condiciones del acto, que además puede poseer efectos trascendentales, especialmente para las mujeres en el Perú, relacionados a la transmisión de infecciones de transmisión sexual, el embarazo no deseado y la exposición a los riesgos asociados a abortos clandestinos. Al examinar situaciones de engaño tendrá que analizarse si estas generaron un error en la víctima que tuvo la capacidad de viciar su libre consentimiento¹². Así, los supuestos de *stealth* serían subsumibles en el «aprovechamiento de un entorno que impide a la víctima dar su libre consentimiento», el cual, como se ha visto, debe ser interpretado

12 Sin perjuicio de lo señalado, como ha desarrollado Valega (2021), en los casos de engaño también deberá evaluarse si es que la persona realizó ello en protección de un derecho fundamental que debe ser ponderado en el caso específico. La autora brinda el ejemplo de una persona que se encuentra en una relación violenta y miente por temor a su integridad, argumentando que en ese tipo de casos debe ponderarse el derecho fundamental en riesgo del segundo participante con el derecho a la libertad sexual del primer participante (p. 27).

como el acceso carnal o realización de un acto análogo en un entorno en el que la víctima no dio su libre consentimiento.

III.3. La violación sexual como tipo doloso

En el Perú, todos los delitos de violencia sexual tienen carácter doloso. Si se asume una postura normativa del dolo, se debe entender que este no se descubre en la mente del agente, sino que este vínculo subjetivo se imputa sobre la base del sentido social del hecho y de las circunstancias objetivas que lo acompañan (Ragués, 1999, p. 353). Esto implica tener conocimiento sobre la concurrencia del medio empleado o, en todo caso, de la ausencia de consentimiento, así como del contenido sexual del acto realizado (Acale, 2019, p. 238). Es decir, el conocimiento sobre la ausencia del consentimiento implica conocer que la otra persona no ha manifestado su anuencia a la interacción sexual. Por tanto, esta exigencia del dolo permite refutar los cuestionamientos que se puedan realizar hacia el modelo de no consentimiento en torno a que este criminaliza situaciones en las que la ausencia de consentimiento podría no ser conocida por el sujeto activo, puesto que la actual regulación no permitiría sancionar aquellos casos.

Lo antes dicho no significa negar que muchos casos presentarán el problema de que el sujeto activo haya actuado en un error de tipo vencible o que, de plano, haya actuado de manera negligente, pero no es el momento de analizar a profundidad este problema. Sin embargo, conviene destacar que algunas legislaciones internacionales como la sueca y la croata han incorporado tipos penales de violación sexual en la modalidad negligente (Mrčela *et al.*, 2020).

Adicionalmente, un problema asociado al tipo subjetivo de los delitos de violencia sexual es la eventual existencia de un elemento adicional al dolo. Así, por ejemplo, la doctrina tradicional indica que la «naturaleza» de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual exige que el dolo concorra con un objetivo, finalidad o ánimo lascivo (Salinas, 2016, pp. 86-87). En una línea similar, un sector de la jurisprudencia, en ejecutorias como la recaída en la Casación N.º 541-2017-Del Santa emitida por la Sala Penal Permanente en 2018, resalta que el dolo debe ir acompañado de la finalidad lasciva o de satisfacción del apetito sexual (p. 5).

En contra de esta postura, otro sector de la doctrina especializada se opone a la inclusión de este elemento no requerido por los preceptos penales (Peña Cabrera, 2019, p. 355; Valega, 2021, p. 9). Así, Cancio (2018) resalta que no se requiere que el sujeto activo persiga una satisfacción específicamente sexual (p. 1039). Por su parte, Acale (2019) indica que esta postura debe ser abandonada por la jurisprudencia, ya que dicho elemento subjetivo es ajeno a la norma penal y ha servido

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

históricamente para absolver a muchos acusados cuando fuera imposible la prueba de tal ánimo (p. 240). En el mismo tenor, Esquinas (2022) indica que el dolo debería resultar suficiente para la tipicidad del comportamiento, por lo que la intención lúbrica o el ánimo lascivo es, a lo mucho, un criterio que puede ayudar a la valoración, pero que no es requisito necesario (p. 194). De manera más específica, Monge (2011) resalta tres razones por las que no se debe exigir el ánimo lascivo: a) los casos de exploraciones ginecológicas consentidas, que usualmente son citados como ejemplo de la utilidad del elemento adicional al dolo, son atípicos por la presencia del consentimiento y porque el médico actúa dentro de la *lex artis*; b) el ánimo lascivo deja al margen actos sexuales que atentan contra la libertad o indemnidad sexual y que se motivan por la venganza, el despecho, la burla o la curiosidad; y c) la exigencia de un elemento motivacional genera enormes problemas de prueba y seguridad jurídica (pp. 127-128).

En esta medida, la inclusión del ánimo lascivo representa una exigencia extratípica innecesaria que impide que la norma penal proteja de manera adecuada la libertad o indemnidad sexual. Por estos motivos, es imperioso que se supere la doctrina y jurisprudencia que condicionan la aplicación de los delitos de violencia sexual a la prueba de tal elemento subjetivo. En este contexto, se debe celebrar que la Corte Suprema haya emitido jurisprudencia en la que reconoce que el dolo es suficiente para la imputación subjetiva de la violación sexual o de los otros tipos penales que protegen la libertad e indemnidad sexual. Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N.º 2386-2021/Huánuco de 2022, indicó que el ánimo lúbrico o lascivo por parte del sujeto activo no está exigido por el tenor literal del Código Penal y, por el contrario, basta que el sujeto activo tenga conocimiento de que realiza la conducta sin el consentimiento de la víctima y que este acto tiene significado sexual (pp. 5-6).

IV. PROBLEMAS DE LAS FÓRMULAS NORMATIVAS ESPECÍFICAS DE VIOLACIÓN SEXUAL

En el acápite anterior se han examinado los problemas asociados al tipo base de violación sexual, cuya conducta se encuentra regulada en el artículo 170 del Código Penal. Nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros, regula algunas fórmulas específicas de violación sexual en otros preceptos penales. Así, el artículo 171 regula la «violación sexual en estado de inconsciencia o incapacidad de resistir» del siguiente modo:

El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla

puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

329

El tipo penal regulado en artículo 171 tiene una relación de especialidad con el 170. Así, este regula los casos de violación sexual en los que el agresor emplea un grupo de medios específicos: aquellos que provocan que la víctima entre en un estado de inconsciencia o de incapacidad de dar libre consentimiento. Este último elemento es la forma correcta de interpretar la «imposibilidad de resistir» según la normativa actual que protege el bien jurídico de libertad sexual y que, por ende, tiene como elemento esencial el consentimiento. Esta interpretación va en la línea de lo señalado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 01-2011/CJ de 2011 al establecer que no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material para la configuración de la violencia sexual (p. 7).

Ahora bien, como ha señalado la jurisprudencia y la doctrina nacional, los estados de inconsciencia y de incapacidad de resistir del artículo 171 usualmente se producen cuando el agente coloca a la víctima en un estado de ebriedad, hipnotismo, sueño o abuso de narcóticos o afrodisíacos (Salinas, 2016, p. 138). Tomando ello como base, los primeros problemas interpretativos que surgen son los siguientes: ¿la víctima tiene que encontrarse en un estado en el que físicamente le sea imposible realizar un acto defensivo? ¿Puede emplearse el 171 en supuestos en los que la víctima dio un aparente consentimiento o en casos en los que físicamente sí le era posible desplegar un acto defensivo?

Para un sector de la doctrina, el artículo 171 exige que la víctima no tenga posibilidad de poner resistencia al acto sexual (Peña Cabrera, 2019, p. 411); esto es, que se encuentre en «imposibilidad absoluta» de resistirse (p. 413) o que su conciencia haya sido «anulada o aniquilada» por completo (Reátegui, 2018, p. 128). Sin embargo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N.º 697-2017/Puno de 2018, optó por una interpretación distinta, en consonancia con lo señalado previamente. En esa oportunidad, la jurisprudencia peruana analizó un caso de inconsciencia provocada por embriaguez. La argumentación judicial partió de reconocer cinco periodos de alcoholemia establecidos en la tabla de alcoholemia instituida por la Ley 27753: coma etílico, grave alteración de la conciencia, ebriedad absoluta, ebriedad y subclínico. Para la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el tercer periodo de embriaguez, en el que la persona tiene entre 1,5 y 2,5 de gramos de alcohol por litros de sangre, resulta suficiente para generar síntomas que provocan que el consentimiento de la víctima sea viciado (pp. 6-9). De ello se desprende que no puede exigirse que la víctima se encuentre en un estado de alteración de la

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

JULIO ALBERTO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ Y
CRISTINA VALEGA CHIPOCO

consciencia —caracterizado por la falta de respuesta a los estímulos y la marcada descoordinación muscular—, ni mucho menos en un estado de coma —caracterizada por riesgo de muerte—, para recién negar su capacidad de consentir. Bajo este fundamento, la Sala Penal Permanente indicó que los cuadros de excitación, confusión, agresividad, alteración de la percepción y pérdida del control causado por el consumo del alcohol provocan que el consentimiento formal brindado por la víctima no sea válido. Por tanto, el tipo penal del artículo 171 no requiere de la pérdida total de conocimiento (p. 9).

El empleo de la tabla de alcoholemia puede ser criticado, en tanto que las diferentes personas tienen una mayor o menor capacidad de tolerancia frente al alcohol que otras, incluso variando esto de un día a otro en el mismo individuo (Valega, 2021, p. 16). Además, porque la tabla fue creada para fines sociojurídicos distintos. Sin perjuicio de ello, se resalta que la jurisprudencia ha reconocido que el estado de incapacidad de consentimiento no es equiparable a la pérdida de conocimiento.

De lo antes dicho se desprende que el artículo 171 se aplica cuando la víctima es colocada: a) en un estado de inconsciencia o b) de incapacidad de consentimiento, siendo este último un estado en el que no puede elegir libremente, lo que ocurre mucho antes de la inconsciencia (Wallerstein, 2009, p. 328; Valega, 2021, p. 16). Si bien establecer una regla específica para identificar el estado de incapacidad de consentimiento es difícil, pueden establecerse ciertas señales para determinar si una persona estaba muy intoxicada para consentir libremente, tales como vómitos excesivos, la incapacidad para caminar o estar de pie sin ayuda o para desvestirse, o el deseo de acostarse (Valega, 2023, p. 16; Clough, 2018, pp. 486 y 490). Definitivamente, el testimonio de la víctima será elemento fundamental para comprender y determinar si es que esta se encontraba en capacidad de consentir.

En estos supuestos, el aparente consentimiento de la víctima será irrelevante para la tipicidad objetiva. Esta argumentación es evidentemente extrapolable a otros supuestos de intoxicación causada por el agresor. Y es que la agravación del artículo 171 respecto al 170 responde al hecho de que el agresor coloca a la víctima en una situación en la que es incapaz de dar su libre consentimiento —y no de inconsciencia o de imposibilidad de resistir—, constituyéndose esto incluso en una infracción mayor al bien jurídico porque no es únicamente que no se respeta la libertad sexual de la víctima, sino que se la coloca en una situación en la que ni siquiera puede ejercer aquel derecho suyo.

Un segundo tipo penal agravado de violación sexual es el que se regula en el artículo 172 del siguiente modo:

El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento por sufrir anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

Lo antes dicho sobre el estado de incapacidad para brindar consentimiento producido por el consumo de alcohol u otras drogas se aplica a este tipo penal. No obstante, a diferencia del artículo 171, el 172 del Código Penal no exige que el agente haya colocado a la víctima en ese estado, sino que la víctima se haya encontrado en él por causas ajenas al comportamiento del sujeto activo (Peña Cabrera, 2019, p. 420; Salinas, 2016, p. 155; Reátegui, 2018, pp. 142-143).

Ahora bien, el principal problema de este tipo penal se produce respecto a su aplicación en casos de personas con discapacidad intelectual —llamada incorrectamente «retardo mental» por el precepto penal—, ello en virtud de que el modelo social de la discapacidad, asumido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2006) y por la Ley 29973 —Ley General de la Persona con Discapacidad—, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y, por tanto, su libertad sexual. Por el contrario, el artículo 172 parece presumir la falta de capacidad de consentimiento de la persona con discapacidad intelectual y, por tanto, la equipara a un niño o niña sin libertad sexual (Bregaglio & Rodríguez, 2017, p. 135), además de forma perpetua.

Al respecto, la Sala Penal Transitoria, en la Casación N.º 591-2016/Huara emitida el 9 de mayo de 2019, ha señalado que esta norma penal debe ser interpretada a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del artículo 13, que reconoce la capacidad jurídica para obrar de este colectivo (p. 16). Con esta base, la Sala Penal Transitoria reconoce las siguientes consecuencias de esta interpretación:

1. El sujeto activo debe conocer que el sujeto pasivo se encuentra en una situación de discapacidad intelectual —o psicosocial— que le impide prestar su libre consentimiento.
2. El sujeto activo debe abusar de este conocimiento y aprovecharse de la condición intelectual de la víctima en el momento de los hechos.
3. El sujeto pasivo se encuentra en una situación de discapacidad intelectual que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual consentido (pp. 16-17).

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

Sin embargo, en aquella oportunidad la Corte Suprema no explicó cuándo se debe aplicar el artículo 172, cuándo se debe aplicar el artículo 170 y cuándo la conducta debe ser considerada atípica. En esta medida, si se parte de que las personas con discapacidad intelectual tienen capacidad para otorgar libre consentimiento sexual, es válido afirmar que muchos supuestos de interacción sexual serán atípicos, mientras que otros deberán calzar en el 170 —cuyo bien jurídico es la libertad sexual— y no en el 172 —cuyo bien jurídico protegido es la indemnidad sexual—.

Probablemente, el no haber diferenciado estos supuestos fue un factor que explica por qué, en otra oportunidad, la Sala Penal Transitoria confirmó una sentencia en la que se aplicó el artículo 172 en un caso en el que la víctima con discapacidad intelectual expresó su rechazo al acto sexual sufrido a través de violencia, en lugar de haber aplicado el artículo 170, reconociendo su capacidad de consentimiento, pero que este no fue otorgado válidamente. Esto se produjo en el Recurso de Nulidad N.º 2132-2019/Ica de 2021. En esta ocasión, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoció nuevamente que las personas con discapacidad intelectual gozan de «autonomía e independencia individual» (p. 4); sin embargo, aplicó un delito cuyo bien jurídico es la «indemnidad sexual» en un caso en el que la víctima declaró que el imputado la hizo sufrir acceso carnal por vía vaginal «pese a que ella se quejaba por el dolor» (p. 9). Más aún, la propia Sala Penal Transitoria recordó que la víctima indicó que la relación sexual se había producido «sin su consentimiento y por la fuerza» (p. 9). Esto permite inferir que la persona con discapacidad intelectual, en este caso, podía ejercer su autonomía sexual y expresar su voluntad, por lo que no se debió de aplicar el artículo 172 del Código Penal, sino el artículo 170, puesto que el acto lesivo del agresor afectó la libertad sexual de la persona y no la indemnidad sexual.

Ahora bien, es preciso indicar que, en ocasiones, las personas agresoras pueden emplear medios aparentemente inidóneos para infringir la libertad sexual de una persona que no se encuentra en una situación de discapacidad intelectual; por ejemplo, engañar sobre el carácter sexual de un acto específico. No obstante, estos medios pueden ser idóneos para viciar la voluntad de algunas personas en situación de discapacidad intelectual que tienen autonomía sexual y que pueden expresar su voluntad, pero que, aun así, por la situación en la que se encuentran, creen aquel engaño que otra persona no creería, por ejemplo. En la siguiente tabla se puede observar cómo se debe reaccionar ante este supuesto y frente a los antes abordados.

Tabla 1. Tipos penales aplicables cuando se tiene acceso carnal o acto análogo con una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más

Supuesto	Tipo penal aplicable
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «A» acepta tener acceso carnal consentido con «B»	Suceso atípico
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «B» cree que «A» no quiere tener relaciones sexuales con «B», pero no le pregunta porque prefiere asumir el riesgo y le realiza acceso carnal, pese a las muestras de rechazo de «A»	Violación sexual por aprovechamiento de un entorno en el que se impide a la persona dar su libre consentimiento - artículo 170 del Código Penal
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «B» emplea violencia o grave amenaza y obliga a «A» a tener acceso carnal	Violación sexual a través de medios comisivos tradicionales - artículo 170 del Código Penal
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «B» conoce la discapacidad intelectual de «A». «B» crea un engaño inidóneo para generar un error en una persona sin discapacidad intelectual; sin embargo, la deficiencia intelectual de «A» hace que ella caiga en error y «B», aprovechándose de ese entorno, tiene acceso carnal con ella	Violación sexual a través de aprovechamiento de un entorno que impide dar libre consentimiento - artículo 170 del Código Penal
«A» es una persona con discapacidad intelectual que tiene 14 años o más. «A» no puede expresar su voluntad o no comprende la naturaleza sexual del acceso carnal. «B» tiene acceso carnal con «A»	Violación sexual en incapacidad de dar libre consentimiento - artículo 172 del Código Penal

Fuente: elaboración propia.

El tercer tipo penal específico de violación sexual es regulado por el artículo 173, es decir, la violación sexual de persona menor de 14 años. Este tipo penal protege la indemnidad sexual, toda vez que se comete al tener acceso carnal o acto análogo con una persona que se encuentre en esa franja etaria. Así, el mencionado artículo dispone lo siguiente: «El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua».

Líneas atrás se evaluó el problema asociado a la aplicación de este delito para supuestos en los que el padre o la madre omite evitar la violación sexual de su hijo o hija menor de 14 años. No obstante, existe otro problema vinculado con la edad de la víctima; esto es, ¿qué sucede cuando el imputado alega desconocer la edad de la víctima? En primer lugar, este es un problema de prueba que, como se indicó previamente, no será evaluado a detalle en el presente artículo. Sin embargo, ¿qué sucede si se prueba que el sujeto activo decidió no conocer la edad de la víctima pudiendo hacerlo? ¿Constituye este un supuesto de error de

VIOLENCIA SEXUAL Y DERECHO PENAL: SOBRE LOS PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE AND CRIMINAL LAW: ON CONTEMPORARY PROBLEMS IN THE INTERPRETATION OF THE RAPE OFFENCE IN THE PERUVIAN CRIMINAL CODE

tipo? Es decir, ¿existe un problema de calificación además del problema de prueba?

Un buen número de ejecutorias de la Corte Suprema del Perú ha analizado este problema como uno de prueba. En esta línea, la Sala Penal Permanente, en la Casación N.º 238-2021/Ica de 2022, aplicó el error de tipo debido a que se había probado que la víctima mintió sobre su edad (p. 7). De manera similar, la misma Sala, en el Recurso de Nulidad N.º 2186-2019/Lima Sur de 2020, aplicó el error de tipo sobre la base del testimonio del acusado y de corroboración periférica (p. 7). A pesar de ello, otras ejecutorias desarrollan argumentos que parecen más de tipo normativo. Así, por ejemplo, la Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N.º 1740-2017/Junín del 12 de noviembre de 2018, resaltó que no cabe afirmar el error a partir de la sola pregunta a la víctima y su respuesta, sino que es necesario tomar en cuenta el *rol social* y *las competencias* exigibles al imputado (p. 3). En otro caso, la misma sala, en el Recurso de Nulidad N.º 372-2019/Lima Sur de 2020, indicó que, cuando una persona se vincula romántica o sexualmente con un o una menor de edad, debe realizar las *averiguaciones razonables* sobre la edad y evitar *conductas riesgosas*. Para la Sala Penal Permanente, estos elementos serán esenciales para aplicar o no el error de tipo (p. 3).

En el caso de la doctrina, algunos autores, en la línea de la jurisprudencia, consideran que este es un problema únicamente de prueba (Salinas, 2016, p. 217); sin embargo, otros reconocen el problema de calificación que también subyace. Así, Peña Cabrera (2019) resalta que el error sobre la edad no debe provenir de la negligencia y que, por el contrario, el agente debe esforzarse por saber cuál es la edad, no siendo suficiente, por tanto, una «credulidad pasiva» (p. 462). Reátegui (2018) da un paso más y, tomando como base una sentencia en la que participó como juez ponente, señala que la ignorancia deliberada —es decir, el desconocer la relevancia lesiva del comportamiento por absoluta indiferencia— no permite la aplicación del error de tipo (pp. 189-190).

Esta última opción ha sido acogida por el Tribunal Supremo español. Así, la Sala de lo Penal del mencionado órgano jurisdiccional, en la STS 824/2021 de 2021, ha reconocido lo siguiente:

El acusado podía querer convencerse ilusamente [de] que eran mayores. Pero se trataría en todo caso, de una creencia, débil, frágil; tan frágil que conviviría necesariamente con la conciencia de que lo más probable es que fuesen menores [...]. Si el sujeto actúa con dudas serias sobre la concurrencia de un elemento típico, que prefiere no llegar a conocer, no puede ser disculpado por ese *error consciente*; o mejor, *buscada situación de error* [...] El *no querer despejar sus serias dudas*, equivale a la conocida *ignorancia deliberada* (p. 6).

Como se desprende de lo indicado por Reategui (2018) y por el Tribunal Supremo español, el problema de calificación antes identificado se asocia directamente con la valoración de la ignorancia deliberada en los casos de violación sexual de menores de 14 años. Un sector importante de la doctrina española, pese a lo indicado por su Tribunal, se opone a la homologación de esta institución al dolo (Ragués, 2013, pp. 30-34; Feijoo, 2015, pp. 13-16). Los objetivos y extensión de este artículo impiden el desarrollo de los argumentos y contraargumentos sobre la postura asumida por el Tribunal Supremo español; no obstante, Feijoo (2015) acierta cuando señala que este problema, en realidad, puede ser correctamente abordado sin necesidad de recurrir a la institución de la ignorancia deliberada, siempre que se abandone la perspectiva psicológica del dolo (pp. 22-23). De esta forma, si se asume una perspectiva normativa del dolo, este elemento subjetivo se atribuye necesariamente tomando el sentido social del hecho y las circunstancias objetivas que lo acompañan (Ragués, 1999, p. 353). De ahí que el error sobre la edad de la víctima será irrelevante si las circunstancias personales del autor —como su profesión, rol social u oficio— permiten atribuirle conocimiento (pp. 425-429), como ocurrirá, por ejemplo, con familiares o autoridades escolares.

El cuarto tipo penal específico de violación sexual es el que se regula en el artículo 174 del siguiente modo:

El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por algunas de las dos primeras vías a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o reclusa o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

El tipo penal regulado en el artículo 174 es una modalidad específica de violación sexual en la que el agente emplea un medio determinado: el aprovechamiento de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia en la que se encuentra una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar. En esta medida, el bien jurídico protegido por el delito es la libertad sexual.

Respecto de este tipo penal, se ha podido identificar únicamente un problema abordado por la jurisprudencia nacional; esto es, si la condición de la víctima de paciente de un hospital, residente de un asilo o interna de un establecimiento similar debe ser permanente o transitoria. Este punto ha sido examinado por la Casación N.º 630-2017/Loreto, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 8 de junio de 2018. En esta oportunidad, la Sala Suprema señaló que la palabra «colocada» no debe ser interpretada de manera restringida

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

y, por el contrario, se debe entender que abarca tanto las estancias permanentes como temporales en los centros análogos a un hospital y un asilo (pp. 6-7). Esa afirmación, respaldada por la doctrina nacional hegemónica (Salinas, 2016, p. 248), es correcta, ya que lo importante es la afectación a la libertad de la víctima de autodeterminarse en el ámbito sexual a través del aprovechamiento de la posición del agente y de la subordinación de la víctima, sin importar el factor temporal de su situación.

Finalmente, el artículo 175 regula el extraño delito previamente titulado «de seducción» y actualmente denominado «violación sexual mediante engaño»:

El que, mediante engaño, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.

El principal problema que se desencadena con este tipo penal es la delimitación del objeto del engaño. Históricamente, los delitos de seducción, estupro o violación sexual mediante engaño estaban asociados a promesas de matrimonio no cumplidas (Cugat, 2022, p. 234). Así, por ejemplo, en el Perú, el antecedente del artículo 175 —esto es, el artículo 201 del Código Penal de 1924— se aplicaba únicamente cuando la víctima tenía «conducta irreprochable», elemento asociado a la virginidad en la práctica y que generaba que quienes fueran reconocidas como posibles víctimas fueran mayormente mujeres jóvenes en «edad casamentera» (Caro & San Martín, 2000, p. 90). Sin embargo, con el abandono del honor sexual como bien jurídico se dejó de lado la protección jurídico-penal de este tipo de expectativas. Por el contrario, como se dijo antes, actualmente se entiende que el engaño, para ser relevante para el derecho penal sexual, debe recaer sobre los aspectos centrales del acto sexual.

Esta línea fue adoptada, aparentemente, por la ejecutoria suprema emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.º 1628-2004/Ica de 2005, que constituye jurisprudencia vinculante. Esta ejecutoria determinó que el elemento *engaño* no abarca cualquier medio fraudulento; por el contrario, a juicio de la Sala Penal, este elemento del tipo está limitado a los casos en los que el agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad (p. 5).

No obstante, la interpretación planteada por la Corte Suprema resulta incompatible con las perspectivas contemporáneas que resaltan, como se vio en el subcápite segundo de esta sección, que las condiciones esenciales del acto sexual no se limitan a la identidad del agente. De esta

forma, la Corte Suprema no explica el motivo por el que el artículo 175 no es aplicable cuando el agente emplea, por ejemplo, una falsa indicación terapéutica para introducir una parte de su cuerpo por la cavidad vaginal de la víctima. Lo mismo se puede afirmar respecto al engaño sobre el acto sexual a ser realizado, sobre el uso de preservativo u otras situaciones.

En segundo lugar, la existencia del artículo 175 puede ser empleada para sostener que el engaño no es un medio idóneo para cometer violación sexual en contra de una víctima adulta. Esto contradice la propia redacción actual del artículo 170, que permite la inclusión de cualquier medio que impida a la víctima dar su libre consentimiento. Asimismo, contradice el enfoque del derecho penal sexual centrado en la ausencia de consentimiento y en la efectiva protección de la libertad sexual. Por estos motivos, algunos autores recomiendan la eliminación de este tipo de artículos de los códigos penales actuales, como Cugat (2022), que recomienda la supresión de este delito en España (p. 238).

La Corte IDH, en la sentencia del 18 de noviembre de 2022 para el caso *Ángulo Losada vs. Bolivia*, se pronunció sobre estas fórmulas legislativas. El tribunal internacional consideró que el delito de estupro regulado en el artículo 303 del Código Penal de Bolivia —ilícito cuyo precepto penal es prácticamente idéntico al del artículo 175 del Código Penal peruano— crea una jerarquía entre delitos sexuales, disminuye la gravedad de la violación sexual contra niñas, niños y adolescentes, e ignora el rol central del libre consentimiento. Ante ello, la Corte IDH resaltó la incompatibilidad de estos delitos con la CADH y las obligaciones contraídas en la Convención de Belém Do Pará —lo que en nuestra legislación supondría la inconstitucionalidad del artículo 175 por contravenir a un tratado de derechos humanos que, como tal, tiene rango constitucional—, e indicó lo siguiente:

Por consiguiente, este Tribunal entiende que el tipo penal de estupro, tal como estaba y está previsto en la legislación de Bolivia, resulta incompatible con la Convención Americana, de modo que, en cualquier hipótesis de acceso carnal con persona entre 14 y 18 años, sin su consentimiento o en un contexto en que no pueda inferir su consentimiento por seducción, engaño, abuso de poder, coacción, intimidación u otra razón, pase a estar contemplada en el delito de violación (§ 155).

De lo antes dicho se desprende que, actualmente, el artículo 175 es inconstitucional. En primer lugar, porque, como lo ha establecido la Corte IDH, es incompatible con tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. En segundo lugar, porque la modificación del artículo 170 y la inclusión de un medio contextual

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

de consentimiento permite que en realidad, y tal como lo exige la Corte IDH, los casos de engaño sean abarcados por el delito de violación sexual.

VI. CONCLUSIONES

A partir del examen de literatura y jurisprudencia, se han logrado identificar diferentes problemas interpretativos y de calificación del delito de violación sexual en su tipo básico y los especiales, y se han construido algunas alternativas preliminares de solución. Estas parten de reconocer la libertad sexual y la indemnidad sexual como bienes jurídicos protegidos y, por tanto, de los elementos de «capacidad para consentir» y «libertad para consentir». Como se señaló en la introducción, estas propuestas no son remedios finales, pero identifican aristas jurídicas importantes para una correcta aplicación del derecho penal sexual en respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Concretamente, las alternativas propuestas en base a una interpretación teleológica y sistemática respecto del tipo básico a los problemas interpretativos identificados son seis. La primera es que, en atención a la literalidad del tipo penal de violación sexual y a la protección del bien jurídico de la libertad sexual, se argumenta que este puede ser cometido en los casos de «compenetración» y no solo de «penetración»; es decir, cuando una persona, sin el consentimiento de otra, hace que la segunda introduzca su órgano genital masculino en la primera persona. La segunda es que el delito de violación sexual puede ser cometido en la modalidad de omisión impropia. En estos casos, si el omitente es garante, en virtud de su deber de protección de la indemnidad sexual de la víctima, corresponde aplicar la figura de la autoría; y, si es garante en el control de una fuente de peligro, puede responder como partícipe. En tercer lugar, se ha desarrollado cómo la incorporación del medio comisivo «aprovechamiento de otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento» ha implicado la transición expresa al modelo de la violencia sexual basado en la ausencia de consentimiento. Esto implica que, si una persona expresa su negativa o no brinda su asentimiento a la interacción sexual regulada en el tipo penal y la persona perpetradora conoce y no respeta aquello, se estaría ante el aprovechamiento de un entorno en el que la disposición del derecho a la libertad sexual de la primera persona no se encuentra disponible y, por tanto, frente a una violación sexual cometida a través de este medio comisivo. La cuarta propuesta esbozada frente a los problemas en la interpretación del tipo penal básico de violación sexual plantea que la generación de ciertos entornos de engaño por parte de la persona autora —como el *stealth*— tienen la capacidad de viciar el libre consentimiento de la víctima y, por tanto, constituyen conductas que

también podrían calzar dentro del medio comisivo de «aprovechamiento de otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento». En quinto lugar, se ha argumentado contra la doctrina y jurisprudencia que sigue requiriendo un ánimo lascivo adicional al dolo para imputar la comisión dolosa del delito de violación sexual. Ello constituye una exigencia extratípica innecesaria que impide que la norma penal proteja de manera adecuada la libertad o indemnidad sexual. Finalmente, se ha desarrollado que la regulación peruana se encuentra más cercana al modelo «sí significa sí» de la violencia sexual, en tanto el tipo penal de violación sexual reconoce que el consentimiento tiene que ser dado y, por tanto, no puede ser asumido («aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento»).

En cuanto a las propuestas de solución de los problemas interpretativos presentes en la aplicación de los tipos penales especiales de violación sexual, se han desarrollado cinco. La primera argumenta la aplicación del artículo 171 no solo en estados en los que la víctima ha sido colocada en inconsciencia o imposibilidad de defensa de la víctima, sino en situaciones de incapacidad de consentimiento; es decir, cuando esta no tiene opciones reales de elección, lo que ocurre mucho antes de la inconsciencia. La segunda propuesta se refiere a la aplicación del artículo 172 en casos en los que la víctima posee una discapacidad intelectual y arguye que este tipo penal solo debe ser aplicado cuando la víctima se encuentre en una situación que le impida formar o prestar su consentimiento, y la persona agresora conoce y se aprovecha de ello. Se argumenta que, en los casos en los que la víctima con discapacidad intelectual no se encuentra en aquella situación y, más bien, no consiente los actos sexuales, corresponde aplicar el artículo 170, reconociéndole capacidad de consentimiento aunque este no fuera otorgado y, por tanto, se vulnerara su libertad sexual.

Respecto de la tercera alternativa de solución interpretativa de los tipos penales especiales de violación sexual, esta propone que, en los casos en los que el agente alega desconocer la edad de un adolescente menor de 14 años con quien tuvo acceso carnal, si es que sus circunstancias personales permiten atribuirle conocimiento de la edad, desde una perspectiva normativa, el dolo le puede ser imputado. En cuarto lugar, se desarrolla la aplicación del artículo 174 para los casos en que una víctima es residente permanente y temporal de una institución, pues se argumenta que el elemento importante es la afectación a la libertad de la víctima de autodeterminarse en el ámbito sexual a través del aprovechamiento de la posición del agente y de la subordinación de la víctima, sin importar el factor temporal de su situación. Finalmente, se argumenta la inconstitucionalidad del artículo 175 del Código Penal, que actualmente podría ser empleado para sostener que el engaño no es un medio idóneo para cometer violación sexual en contra de una

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

víctima adulta o adolescente mayor de 13 años, en tanto contradice la redacción actual del artículo 170, que permite la inclusión de cualquier medio que impida a la víctima dar su libre consentimiento y la efectiva protección de la libertad sexual de las personas.

REFERENCIAS

Acale, M. (2019). *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*. Madrid: Reus.

Acale, M. (2020). El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales. En José González Cussac y José León Alapont (eds.), *Estudios Jurídicos en Memoria de la Profesora Doctora Elena Garrix Royo* (pp. 35-58). Tirant Lo Blanch.

Atienza, M. (2004). *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra.

Bascur, G. (2016). La mujer como (eventual) autora de un delito de violación. *Ars Boni Et Aequi*, 12(1), 59-90. <https://doi.org/10.23854/07192568.2016121bascur59>

Bregaglio, R. (2014). Problemas prácticos del control de convencionalidad en los procesos de argumentación jurídicas de los tribunales nacionales. *Hendu*, 5(2), 15-32.

Bregaglio, R., & Rodríguez, J. A. (2017). Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En *Imputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad* (pp. 119-163). México, D. F.: Ubijus.

Brodsky, A. (2017). Rape-adjacent: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal. *Colombia Journal of Gender and Law*, 32(2), 183-210.

Cancio, M. (2018). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En F. Molina (coord.), *Memento Práctico Penal Francis Lefebvre 2019. Parte Especial* (pp. 1029-1076). Madrid: Francis Lefebvre

Caro, C., & San Martín, C. (2000). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Grijley.

Carnevali, R. (2001). La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica. *Gaceta Jurídica*, (250), 237-246.

Castellví, C., & Mínguez, M. (2021). Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing. *Diario La Ley*, (9962).

Clement, R. (2018). *Deception, Mistake, Privacy and Consent: A Conceptual Framework for Resolving the 'Line drawing' Problem in Sex-by-Deception and Mistaken Sex* [tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Oxford]. <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:8ac584d8-7ec8-4dc9-987d-f39626cc8354>

Clough, A. (2018). Sober Regrets and Shared Risk Taking: Navigating Intoxicated Consent and Rape in the Courtroom. *Journal of Criminal Law*, 82(6), 482-495. <https://doi.org/10.1177/0022018318801685>

Coca-Vila, I. (2022). El *stealth* como delito de violación. Comentario a las STSJ – Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre. *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, InDret*, (4), 294-308.

Cook, J., & Cusack, S. (2010). *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Bogotá: ProFamilia.

Cugat, M. (2022). Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la modalidad de abuso de confianza, autoriza o influencia sobre la víctima. En E. M. De Espinosa y P. Esquinas (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 227-249). Navarra: Aranzadi.

Esquinas, P. (2022). El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art. 181 CP). En E. M. De Espinosa y P. Esquinas (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma* (pp. 141-225). Navarra: Aranzadi.

Feijoo, R. (2015). La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret. Revista para el Análisis de Derecho*, (3).

García, M. F. (2020). Complejidades del “no es no”: un análisis del *stealth* como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 18(1), 117-140.

Gómez, V. (2006). *Los delitos especiales. Criterios de imputación de la autoría y participación*. Madrid: Edisofer.

Herring, J. (2005). Mistaken sex. *Criminal Law Review*, 511-524. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287130

Hopp, C. M. (2023). *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión*. Buenos Aires: Didot.

Hörnle, T. (2023). A Comparison of Sexual Assault Laws and Some Advice for Law Reform. En T. Hörnle (ed.), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (pp. 237-272). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198863397.003.0012>

Jericó, L. (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal. En A. Monge (dir.), *Mujer y Derecho Penal* (pp. 286-325). Barcelona: Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w28r.13>

Koljonen, C. (2019). *How is Consent-Based Legislation on Rape Providing More Protection for Individuals in Comparison to Coercion-Based Legislation? Comparison Between Finland and Sweden* [tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Maastricht]. https://www.researchgate.net/publication/335397291_How_is_consent-based_legislation_on_rape_providing_more_protection_for_individuals_in_comparison_to_coercion-based_legislation_-_Comparison_between_Finland_and_Sweden

Lascuráin, A. (2002). *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas.

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

MacCormick, N. (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Palestra: Lima.

Mañalich, J. P. (2014). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios*, 21(2), 225-276. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532014000200007>

Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2017). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría General del Delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Meini, I. (2018). Sobre la interpretación en Derecho penal. En P. De la Cuesta (coord.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan María Terría Basoco* (pp. 159-172). Valencia: Tirant lo Blanch.

Monge, A. (2011). *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis artículos 183 y 183 bis CP, Conforme a LO 5/2010*. Barcelona: J. M. Bosch.

Monge, A. (2019). Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso “La Manada” (“Solo sí es sí”). En A. Monge (dir.), *Mujer y Derecho Penal* (pp. 339-367). Barcelona: Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctvq2w28r.14>

Montoya, Y. (2011). *La impunidad en los delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes en el distrito de El Agustino*. Lima: ASPE.

Montoya, Y. (2020). *Derecho penal de Principios. Los Principios Penales Fundamentales*. Lima: Palestra.

Mrčela, M., Vuletić, I., & Vuletić, G. (2020). Negligent Rape in Croatian Criminal Law: Was Legal Reform Necessary? *Review of Central and East European Law*, 45(1), 126-160. <https://doi.org/10.1163/15730352-bja10002>

Muñoz, F. (2019). Ni Una Menos, más allá de la marcha, el campo en disputa. *Discursos del Sur (Southern Speeches)*, 4(1), 9-24.

Oxman, N. (2015). La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. *Polít. crim.*, 10(19), 92-118. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992015000100004>

Peña Cabrera, A. (2019). *Los delitos sexuales y el acoso sexual*. Lima: Ediciones Legales.

Peñaranda, E. (2020). Tipicidad en los delitos omisivos. En F. Molina (coord.), *Memento práctico Penal 2021* (177-191). Madrid: Francis Lefebvre.

Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch.

Ragués, R. (2013). Mejor no saber: “Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”. *Discusiones*, 13(2), 11-38. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2013.2472>

Reátegui, J. (2018). *Delitos contra la libertad sexual en el Código Penal*. Lima: Ideas.

Reitan, E. (2001). Rape as an Essentially Contested Concept. *Hypatia*, 16(2), 43-66. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2001.tb01058.x>

Robles, R. (2007). *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Atelier: Barcelona.

Rodríguez, L. (2004). *Delitos sexuales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Salinas, R. (2016). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Instituto Pacífico.

Silva, J. M. (2006). Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal. En M. Díaz y J. M. García (coords.), *Estudios de filosofía del derecho penal* (pp. 365-395). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Schulhofer, S. (2016). Consent: What it means and why it's time to require it. *University of the Pacific Law Review*, 47(4), 665-682.

Valega, C. (2021). *How should the element of “free consent” in the Peruvian Rape Offence be Understood? Legal Guidelines to Interpret Article 170 of the Criminal Code* [tesis de maestría en Estudios de Género, Universidad de Oxford].

Villanueva, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. *Derecho PUCP*, (86), 363-392. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011>

Wallerstein, S. (2009). A Drunken Consent is Still Consent – or is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree. *Journal of Criminal Law*, 73(4), 318-344. <https://doi.org/10.1350/jcla.2009.73.4.582>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda adoptado en su reunión del 25 de mayo (Tribunal Supremo [España], 2005).

Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 del VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria (Corte Suprema [Perú], 6 de diciembre de 2011).

Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116 del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria (Corte Suprema [Perú], 26 de marzo de 2012).

Assange v the Swedish Prosecution Authority EWHC 2849 (Admin) (Tribunal Superior de Justicia [Inglaterra y Gales], 2 de noviembre de 2011).

Casación N.º 697-2017/Puno (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 24 de abril de 2018).

Casación N.º 630-2017/Loreto (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 8 de junio de 2018).

Casación N.º 541-2017/Del Santa (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 25 de octubre de 2018).

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

Casación N.º 758/2018 (Segunda Sala de lo Penal del Tribunal Supremo [España], 9 de abril de 2019).

Casación N.º 591-2016/Huara (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 9 de mayo de 2019).

Casación N.º 725-2018/Junín (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 31 de julio de 2019).

Casación N.º 824/2021 (Sala de lo Penal de la Tribunal Supremo [España], 4 de marzo de 2021).

Casación N.º 2386-2021/Huánuco (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 29 de abril de 2022).

Casación N.º 238-2021/Ica (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 17 de junio de 2022).

Caso Angulo Losada Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones (Corte IDH, 18 de noviembre de 2022).

Código Penal de la Confederación Peruano-Boliviana (1836).

Código Penal peruano (1863).

Código Penal peruano (1924).

Código Penal peruano (1991).

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente [Perú], 1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos [«Pacto de San José de Costa Rica»] (OEA, 1969). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, 1969). https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer [«Convención de Belém do Pará»] (OEA, 1994). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006). <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [«Convenio de Estambul»] (Consejo de Europa, 2011). <https://rm.coe.int/1680462543>

Decreto Legislativo N.º 635, Código Penal. *El Peruano*, 8 de abril de 1991.

Decreto Supremo N.º 008-2016-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional contra la Violencia de Género. *El Peruano*, 26 de julio de 2016.

Decreto Supremo N.º 008-2018-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Plan de Acción Conjunto para prevenir la violencia contra las mujeres, así como brindar

protección y atención a las víctimas de violencia, con énfasis en los casos de alto riesgo. *El Peruano*, 26 de agosto de 2018.

Decreto Supremo N.° 008-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Igualdad de Género. *El Peruano*, 4 de abril de 2019.

Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual. *El Peruano*, 22 de julio de 2019.

Gelman vs. Uruguay (Corte IDH, 24 de febrero de 2011).

Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias de la Organización de las Naciones Unidas sobre la violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención, A/HRC/47/26, 19 de abril de 2021. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/090/02/PDF/G2109002.pdf?OpenElement>

Ley 26770, Ley que Modifica Diversos Artículos del Código Penal (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 15 de abril de 1997.

Ley 27753, Ley que Modifica los Artículos 111°, 124° y 274° del Código Penal Referidos al Homicidio Culposos, Lesiones Culposas y Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción y el Artículo 135° del Código Procesal Penal, sobre Mandato de Detención (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 9 de junio de 2002.

Ley 28251, Ley que modifica los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A e incorpora los artículos 179-A, 181-A, 182-A a los Capítulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 8 de junio de 2004.

Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 24 de diciembre de 2012.

Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 23 de noviembre de 2015.

Ley 30838, Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para Fortalecer la Prevención y Sanción de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Congreso de la República [Perú]). *El Peruano*, 4 de agosto de 2018.

R v Hutchinson. Sentencia SCC 47 (Corte Suprema [Canadá], 7 de marzo de 2014).

Recomendación General del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará - MESECVI (N.° 3) sobre la figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género, OEA/Ser.L/II.7.10. (Comité de Expertas del Mesecvi, 7 de diciembre de 2021). https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_Cevi_doc.267_21_ESPRecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

Recomendación General 35 sobre la violencia de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general 19. CEDAW/C/GC/35 (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 26 de julio de 2017). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

Recurso de Nulidad (jurisprudencia vinculante) N.º 1628-2004/Ica (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 21 de enero de 2005).

Recurso de Nulidad N.º 1257-2015/Lima (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 19 de julio de 2016).

Recurso de Nulidad N.º 432-2018/Junín (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 20 de noviembre de 2018).

Recurso de Nulidad N.º 1740-2017/Junín (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 12 de noviembre de 2018).

Recurso de Nulidad N.º 372-2019/Lima Sur (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 1 de octubre de 2020).

Recurso de Nulidad N.º 2186-2019/Lima Sur (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [Perú], 22 de octubre de 2020).

Recurso de Nulidad N.º 2132-2019/Ica (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 12 de octubre de 2021).

Recurso de Nulidad N.º 486-2021/Junín (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema [Perú], 20 de junio de 2022).

Resolución Suprema N.º 024-2019-EF, que aprueba el Programa Presupuestal orientado a resultados de reducción de la Violencia contra la Mujer. *El Peruano*, 30 de diciembre de 2019.

Sentencia N.º 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 3 de enero de 2003).

Sentencia N.º 0025-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 25 de abril de 2006).

Sentencia N.º 2730-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 21 de julio de 2006).

Sentencia N.º 3901-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 28 de septiembre de 2009).

Sentencia N.º 04617-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 12 de marzo de 2014). Sentencia 107-2018 de la Sala Plena (Corte Constitucional de Justicia [Colombia], 31 de octubre de 2018).

Sentencia (4) 161 Ss 48/20 (58/20) (Sala de Vistas de Berlín [Alemania], 27 de julio de 2020).

Sentencia 375/2020 (Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla [España], 29 de octubre de 2020).

Sentencia 186/2021 (Sección Apelación Penal de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía [España], 1 de julio de 2021).

Sentencia 3 StR 372/22 (Tribunal Federal Supremo [Alemania], 13 de diciembre de 2022).

Recibido: 30/04/2023
Aprobado: 18/08/2023

347

VIOLENCIA SEXUAL
Y DERECHO
PENAL: SOBRE
LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
EN LA INTERPRE-
TACIÓN DEL
TIPO PENAL DE
VIOLACIÓN SEXUAL
EN EL CÓDIGO
PENAL DEL PERÚ

SEXUAL VIOLENCE
AND CRIMINAL LAW:
ON CONTEMPORARY
PROBLEMS IN THE
INTERPRETATION OF
THE RAPE OFFENCE
IN THE PERUVIAN
CRIMINAL CODE

JULIO ALBERTO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ Y
CRISTINA VALEGA CHIPOCO