

**“AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO”**

# **UNIVERSIDAD PERUANA “LOS ANDES”**



## **Escuela Profesional de Derecho**

**TESIS:**

**“LA TOMA DE POSTURA POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA ESTRUCTURA E INTERPRETACIÓN DE LA GRAVE AMENAZA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y SU POSIBLE SOLUCIÓN DESDE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA”**

**PRESENTADO POR:**

**BACH. MIGUEL ÁNGEL PAUCAR CASTELLANOS.**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**Huancayo – Perú**

**2017**

**ASESOR**

**DR. OCHOA DIAZ, Felipe.**

## DEDICATORIA

Hoy quiero dedicar esta Tesis a mi Abuelita, como si fuese una dulce canción, solo para ella, ella que tanto me dio y yo nada le di, que aun desde el cielo se ocupa de mí. A mi padre, a pesar de nuestra distancia física, pero siempre ha estado conmigo y aunque nos faltaron muchas cosas por vivir juntos, sé que éste momento hubiera sido tan especial para él como lo es para mí, él que me ha enseñado a forjar el alma que amueblarla. A mis cuatro ideales de existencia, Rosario, Rocio, María y Omar con quienes he vivido, escuchado y hablado con el corazón, gracias por el apoyo en esta travesía (maravillosa y trágica) hacia el Título Profesional. Para la Estrellita sonriente de quien estoy eternamente enamorado, portadora de luz que irradia calor y me muestra los colores del amor, Khaleesi.

*“No importa cuán loco te crean todos, mantente firme, mantente en pie, buscar tu sitio, encontrarte a ti mismo, es tu misión, es la razón”.*

*Ancha es Castilla – Mago de Oz.*

## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento especial a Fernando Zuasnabar Gamarra (Funcionario del Poder Judicial), por su valiosa amistad y colaboración desinteresada en la amplia bibliografía para el desarrollo de este trabajo; a Gruido Arroyo Ames (Juez Titular especializado en lo Penal) por su preciada intervención como mentor de las lecciones prácticas post-universitarias del recurrente y permitirme haber laborado para su despacho, un buen ejemplo de juez que imparte justicia con mucho profesionalismo, preocupándose por los daños que ocasiona el sistema judicial tanto para el inocente como para el culpable. A Luis Acosta Reymundo, mi maestro de las aulas universitarias, quien me ha impartido sus conocimientos dogmáticos y por haberme dado la oportunidad de asistirle a su cátedra universitaria. Y a todos aquellos que han incentivado jurídicamente mediante discusiones la problemática de este estudio, alentado, apoyando al presente tesista a no rendirse en la culminación del mismo, se hace imposible invocarlos aquí, pero ellos saben quiénes son.

¡Adiós querida y odiosa Tesis!, por fin rompemos más de tres años de relación.

## **RESUMEN:**

En el presente trabajo de investigación cualitativa, de carácter jurídico social, se estudia al elemento normativo “Grave Amenaza” regulado en el delito de Violación Sexual, desde los ámbitos dogmático y jurisprudencial; de los cuales se advierte una laguna axiológica e incorrecta apreciación del mismo, la que genera inseguridad jurídica. Como correctivo a la problemática planteada, referente a la estructura e interpretación de la grave amenaza, se presenta el desarrollo desde bases del propio derecho penal, que es la llamada imputación objetiva, para finalmente estudiar el actuar de la víctima amenaza desde un estado de necesidad –estado de necesidad defensivo-.

## **ABSTRACT:**

In the present work of qualitative research, of social juridical character, the normative element "Serious Threat" is studied, regulated in the crime of Sexual Violence, from the dogmatic and jurisprudential areas; Of which there is a lack of axiological and incorrect assessment of the same, which generates legal uncertainty. As a corrective to the problem raised, referring to the structure and interpretation of the serious threat, the development is presented from the bases of the criminal law itself, which is the so-called objective imputation, to finally study the victim's action threat from a state of necessity -The state of defensive necessity-.

## INTRODUCCION

La regulación actual del delito de violación sexual con respecto a sus modalidades típicas o medios comisivos, violencia y grave amenaza, datan legislativamente desde el Código Penal Peruano de 1924, la que fue construida y elaborada netamente bajo la influencia del Ante-proyecto de reforma del Código Penal Suizo de 1918; modificatoria que era necesaria realizar a los anteriores códigos penales existentes desde la época republicana en nuestro país por distintos motivos político-criminales y sociales.

Sin embargo y por más que fuese de antaño el elemento normativo social “grave amenaza” requerido tan solo en los delitos sexuales (Art. 170 - Violación Sexual y Art 176 – Actos contra el pudor en mayores de catorce años de edad), el mismo no ha sido tratado ni por la doctrina ni la jurisprudencia de la forma más acertada para poder comprender la estructura de dicho medio comisivo, y menos se ha encargado de establecer una línea de interpretación uniforme que permita dar solución a los casos presentados de acceso carnal bajo un contexto determinado de amenaza, lo que trae como consecuencia la inseguridad jurídica en cuanto a pronunciamiento y resolución de los casos en concreto por parte de los operadores jurídicos.

Recientemente en el año 2012 la Corte Suprema de Justicia del Perú, mediante el el Recurso de Nulidad N° 3166-2012-AYACUCHO (interpuesto por Ezequiel Quispe Flores y resuelto por la Sala Penal Permanente de Lima) de fecha veinticuatro de enero del dos mil trece, recién se determina el concepto jurídico de la grave amenaza y se delimita su estructura al señalar que: *“Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a interés de víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe de producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente”*. Lo que en términos semejantes se han pronunciado los juristas peruanos; sin embargo no existen investigaciones propias de la grave amenaza puesto que la misma ha sido comprendida y estructurada desde criterios subjetivos, criterios

objetivos y criterios mixtos o eclécticos, lo que dificulta su delimitación y comprensión íntegra del mismo.

Asimismo, es en el año 2011 que el Poder Judicial – Corte Suprema del Perú, mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2011 (Apreciación de la prueba en los delitos con la libertad sexual) de fecha seis de diciembre del dos mil once; se establece una línea interpretativa de la grave amenaza como medio de comisión en el delito de violación sexual, *donde en su fundamento 20º hace referencia a los criterios subjetivos de los que se vale el legislador civil para interpretar la “intimidación” como medio de coacción que anula el acto jurídico, regulado en el Art. 215 del Código Civil Peruano.* Es decir que la grave amenaza debe de ser interpretada desde un criterio subjetivo, que está referida a la psiquis de la víctima y circunstancias personales de ésta, como la edad, el sexo, su condición personal y otras circunstancias. Sin embargo tal criterio o línea de interpretación no se presenta como el más correcto a la hora de solucionar los casos particulares donde se presentan amenazas, lo que dificulta la claridad con la que se debe de delimitar la tipicidad o atipicidad de las graves amenazas con contenido sexual.

Entonces, este acuerdo plenario dirigido a los jueces penales y demás operadores del derecho, insinúa y sugiere altamente a tener en cuenta el criterio subjetivo delimitado y regulado expresamente en el Art. 216 del Código Civil; situación que al parecer convierte a la grave amenaza como sinónimo de la intimidación, y que ésta grave amenaza deba de ser interpretada desde una norma específica del código civil referida a la anulación del acto jurídico. Ambas situaciones últimas creo que no son correctas, y más bien lo que se genera con el acuerdo plenario, es generar ambigüedad y polivalencia del término jurídico “grave amenaza”, así como dificultar la comprensión de su estructura e interpretación propia desde el derecho penal.

Por tanto la presente investigación está encaminada a estudiar el origen de la grave amenaza, su estructura objetiva y comprensión solo desde el derecho penal y delimitar una línea interpretativa del mismo desde la imputación objetiva, la que alejaría de los criterios desarrollados y tomados en cuenta por el legislador



civil en cuanto a la anulación del acto jurídico se refiere, y de los criterios subjetivos, objetivos y mixtos desarrollados por la doctrina.

A través de la imputación objetiva y el desarrollo de las diferentes clases de autoría, se delimitará a la grave amenaza, como una amenaza condicional, interpretado a través de la autoría mediata por coacción. Asimismo se determinará como vía de delimitación de la estructura de la grave amenaza desde un estado de necesidad regulado en el Artículo 20, inciso 4 del CP.

La imputación objetiva se presenta, pues como correctivo jurídico dirigido a limitar la responsabilidad jurídico penal, a través de sus diversos filtros normativos (creación de un riesgo prohibido, autorresponsabilidad de la víctima) que interpreta un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si el mismo tiene o no un significado objetivamente delictivo. Así, la grave amenaza al ser interpretada desde esta teoría general de la conducta, que al corresponderse como producto del obrar de la persona en derecho o la que actúa en base a un papel concreto en la sociedad (rol social), es que ha creado un riesgo no permitido, la que desemboca en un resultado lesivo deseado y se le es imputable objetivamente tanto el comportamiento como el resultado del hecho y consecuentemente le corresponde una pena. En tanto que si el obrar del agente no se expresa como creador de un peligro prohibido (grave amenaza atípica), pero hay un resultado lesivo a un bien jurídico (libertad sexual de otro), este no puede ser imputable al agente, sino a la víctima por ser autoresponsable de la lesión de su bien jurídico.

A través de esta investigación no se intenta crear nuevos tipos penales o incentivar una reforma de los ya existentes, sino más bien se trata del estudio de la norma penal prohibitiva tal cual está –*de lege lata*– Art. 170 Violación Sexual, con respecto a su elemento normativo social “grave amenaza” (dando relevancia al estudio dogmático-jurisprudencial, axiológico –sin conceptos no hay derecho–), por lo que se prescinde del resto de elementos del tipo objetivo. (¡Viva la dogmática! En cada época el derecho tiene su dogmática –nueva o heredada–, unas veces más rica, otras más pobre, pero sin esa dogmática es imposible comprender –y digo comprender, no describir– el derecho que se pretende estudiar: sin conceptos no hay derecho. Sin llegar a comprender esos conceptos jurídicos históricos, tampoco hay historia del derecho. Sainz Guerra).

## INDICE

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
INDICE	v
INTRODUCCION	vi

### CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pág.

<b>1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>11</b>
1.1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA	
1.1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA	
1.1.3. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION	
<b>1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION</b>	<b>17</b>
1.2.1. OBJETIVO GENERAL	
1.2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS	
<b>1.3. HIPOTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACION</b>	<b>18</b>
1.3.1. HIPOTESIS	
1.3.2. VARIABLES	
a. Identificación de Variables.	
b. Proceso de Operacionalización de Variables e indicadores.	

### CAPITULO II MARCO TEORICO DE LA INVESTIGACION

<b>2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION</b>	<b>22</b>
<b>2.2. MARCO HISTORICO</b>	<b>23</b>
2.2.1. Orígenes de la Sexualidad.	
2.2.2. Antecedentes Históricos De La Violación:	
<b>2.3. BASES TEORIAS DE LA INVESTIGACION SEGÚN LAS VARIABLES</b>	<b>42</b>
2.3.1. Elementos estructurales del tipo objetivo en general.	42
2.3.2. La grave amenaza como medio comisivo y como medio de coacción.	46
2.3.3. La generación de vínculos intersubjetivos en el derecho penal.	65
2.3.4. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en la legislación penal peruana.	67
2.3.5. Los delitos sexuales y su interpretación dentro de la dogmática penal.	87
2.3.6. Amenaza, grave amenaza e intimidación desde el derecho penal y el derecho civil.	98
2.3.7. La estructura de las graves amenazas.	141
2.3.8. Posturas doctrinarias que determinan la estructura e interpretación de la grave amenaza.	149
2.3.9. Bases para interpretar la grave amenaza desde la normativización del tipo en un esquema funcional de la teoría del delito.	205

2.3.10. El delito de violación sexual: Entre delito de propia mano y delito de dominio o de competencia por organización para delimitar la autoría y participación.	216
2.3.11. La estructura de la amenaza típica del delito de violación sexual en la jurisprudencia, análisis y delimitación propia del investigador.	221
2.3.12. La teoría de la imputación objetiva como modelo de interpretación de la grave amenaza.	252
2.3.13. Atipicidad por ausencia del tipo objetivo.	283
2.3.14. Exclusión del carácter autorresponsable de la conducta de la víctima.	278 299
2.3.15. La grave amenaza impuesta a la víctima y su interpretación integra dentro de un estado de necesidad.	320
<b>2.4. MARCO CONCEPTUAL</b>	<b>338</b>
<b>2.5. MARCO FORMAL O LEGAL</b>	<b>341</b>

### **CAPITULO III METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION**

<b>3.1. METODOS DE INVESTIGACION</b>	<b>345</b>
<b>3.2. TIPOS Y NIVELES</b>	<b>346</b>
<b>3.3. DISEÑO DE INVESTIGACION</b>	<b>347</b>
<b>3.4. POBLACION Y MUESTRA</b>	<b>347</b>
<b>3.5. TECNICAS DE INVESTIGACION</b>	<b>348</b>
3.5.1. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS	
3.5.2. TECNIAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	

### **CAPITULO IV RESULTADOS DE LA INVESTIGACION**

<b>4.1. PRESENTACION DE LOS RESULTADOS</b>	<b>350</b>
<b>4.2. CONTRASTACION DE LAS HIPOTESIS</b>	<b>373</b>
<b>4.3. DISCUSION DE RESULTADOS</b>	<b>377</b>
CONCLUSIONES	379
RECOMENDACIONES	384
REFERENCIA BIBLIOGRAFICA	386
ANEXOS	399

# **CAPITULO I**

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

#### **1.1.1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA:**

La presente investigación se realiza, porque la legislación penal peruana actual, en el delito de Violación Sexual – Art. 170, se advierte una laguna axiológica en cuanto a su medio comisivo “Grave Amenaza”, cual requiere de un estudio riguroso y profundo para efectos de su correcta delimitación estructural así como de su interpretación jurídica por parte de los operadores jurídicos a la hora de solucionar los casos prácticos; elemento normativo que se presenta complejo, debido a sus características especiales, cual es uno de los temas poco investigados, estudiados y analizados; por ello esta investigación se torna fundamental, máxime si tanto la doctrina y la jurisprudencia son contrarias en cuanto a su fundamento interpretativo –la que se verá en el marco teórico-.

La doctrina nacional ha estructurado a dicho medio comisivo en base a las amenazas requeridas en otros tipos penales, cuando conforme al principio de legalidad penal, dicho elemento normativo tan solo se presenta en dos tipos penales (Art. 170, Art. 176), mientras que su interpretación ha sido desarrollada bajo criterios subjetivos, objetivos y mixtos, criterios dogmático-jurídicos que dificultan establecer una línea de interpretación

adecuada a la hora de solucionar los casos prácticos relacionados a los actos sexuales conseguidos mediante grave amenaza.

Situación que lejos de generar problemas a la hora de conceptualizar jurídicamente el término grave amenaza y de cómo está estructurado objetivamente, deja vacíos al momento de efectuar en la práctica su interpretación jurídica real, situación que se conoce como laguna axiológica.

Frente a ello, el logro de la seguridad jurídica aparece como anhelo de cualquier persona, por lo que, esta investigación pretende contribuir, en algo, el logro de este ideal, de otorgar una mayor seguridad jurídica a los procesados, así como, coadyuvar contribuir al enriquecimiento de la teoría jurídica nacional. En efecto, realizar la presente investigación se justifica plenamente y reviste especial importancia, ya que se busca establecer a la teoría de la imputación objetiva, como criterio de juicio razonable para interpretar a la grave amenaza requerida por el tipo objetivo del delito de violación sexual, apartándonos de los criterios subjetivos, objetivos y mixtos como líneas de interpretación dogmático-jurídico. Aquí no se busca crear ni modificar una ley penal, sino, se trata de hacer hermenéutica jurídica o interpretación de la norma vigente –de lege lata-.

### **1.1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA:**

#### **- Problema General:**

¿Cuál es el criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual y su solución desde la imputación objetiva?

#### **- Problemas Específicos:**

**PE 1:** ¿Cómo es la naturaleza jurídica de la grave amenaza como elemento normativo social en el derecho penal sexual desde las diversas posturas doctrinarias?

**PE 2:** ¿Cómo se presenta la Imputación objetiva a través de sus filtros normativos que permitan valorar las conductas aportadas por los sujetos intervinientes en el delito?

**PE 3:** ¿Existe una línea uniforme de interpretación dogmática, jurídica y práctica de la grave amenaza como medio coactivo desde un estado de necesidad regulado en el Código Penal?

### 1.1.3. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION:

- **Justificación Teórica:** Al no contar con una línea interpretación segura de la grave amenaza como elemento normativo del tipo por parte de los operadores jurídicos, y al existir variados casos problemáticos en torno al delito de Violación Sexual respecto de dicho medio comisivo; el tema jurídico que nos ocupa, presenta como implicancia teórica el desentrañar esas diferentes concepciones teóricas que han intentado delimitar la estructura y la interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual; en tanto que en esta investigación se busca establecer una determinada línea interpretativa desde la aplicación de los niveles de la imputación objetiva (creación de un riesgo no permitido y autoresponsabilidad de la víctima), para a través de dicho juicio, valorar las conductas existentes tanto de la víctima como del sujeto activo en los casos de violación sexual cometidos mediante el medio comisivo “grave amenaza”; que en definitiva permitirá atribuir una responsabilidad por el resultado creado, consistente en un riesgo prohibido, o en su caso determinar que el resultado dañino es propio del actuar de la víctima o autoresponsabilidad de la víctima. Ello abarca pues, el estudio de la estructura e interpretación de la grave amenaza y a su vez delimita la tipicidad o atipicidad, así como la antijuridicidad de la conducta. Para ello, partimos, como contexto, de un Derecho Penal como sistema de imputación, el cual, tiene como límites y fundamentos determinados principios y garantías, los cuales, están presentes en la Constitución y en otras normas (sentido formal) que se reducen a la dignidad de la persona humana, bien común político y la justicia material (sentido material). Todo ello, pretendemos esbozar en la

investigación, el cual, responde e interrelaciona los siguientes componentes:

- Ontológico: Porque atenderemos y trabajaremos en base a los contenidos antropológicos y sociales reflejados en la experiencia humana concreta, relacionados al tema de investigación.
  - Praxológico: Porque analizaremos la postura adoptada mayoritaria por la Corte Suprema del país y de la doctrina nacional, con relación a la grave amenaza en el delito de violación sexual.
  - Teorético: Porque utilizaremos la doctrina, conceptos y taxonomías existentes de la materia que nos ocupa.
  - Lógico: Porque pretendemos eliminar toda contradicción interna a nuestro modelo teórico, confiriéndole consistencia; y de esta forma, alcanzar nuestros objetivos inmediatos u operacionales, así como, los terminales o finales.
  - Axiológico: Porque nuestro modelo teórico pretende ser respetuoso al criterio de justicia material, así como, a los principios de eficiencia, igualdad, libertad y tolerancia, proporcionalidad.
  - Teleológico: Porque esta investigación pretende presentar conclusiones que puedan operar con la finalidad tanto de la Política Criminal, así como, de las normas jurídicas (esto es, ámbito de protección o mensaje del tipo), con relación a la última ratio del Derecho Penal (en concreto con la grave amenaza).
- **Justificación Práctica:** Permitirá resolver casos penales complejos de violación sexual, cuando medie la comisión por Grave Amenaza como medio de coacción; en estricto, el proyecto beneficiaría a los abogados dedicados al ejercicio de la defensa penal, dado que facilitará su actuar profesional en esta rama del derecho, así como a los Jueces y Fiscales penales, al momento de

resolver los procesos y/o denuncias respectivas. Así como disminuirá una aparente interpretación legal de lo que es la grave amenaza. Todo ello se corresponde a una seguridad jurídica.

El presente estudio pues, interpretará el delito de violación sexual desde el rol que poseen todas las personas en la sociedad, recogidos en el tipo penal. Si pretendemos brindar seguridad jurídica no sólo a los operadores del derecho sino también a la ciudadanía, debemos de partir del sujeto real y no de un sujeto construido, a fin de que, atendiendo a criterios normativos – valorativos, cualquier acción (cualquier amenaza) no implique sanción penal. Brindar seguridad jurídica, así como, argumentos lógicos para los operadores jurídicos son los efectos prácticos que esperamos dotar, incidiendo, por tanto, en la esfera jurisdiccional y social (las que serán extraídas a través de la técnica de las encuestas).

- **Justificación Social:** Partiendo de nuestro modelo de sociedad y las responsabilidades que detentamos las personas –según el caso concreto-; la investigación beneficiará tanto a las víctimas como a los imputados, inmersos en un proceso por el delito de Violación Sexual, a la familia de los mismos y entorno; y como efecto dominó, hacia toda la sociedad. Puesto que contarían con la seguridad jurídica de que los operadores jurídicos del sistema (abogados, jueces y fiscales) cuentan con los conocimientos adecuados en torno a la resolución de sus casos judiciales de violación sexual cometidos mediante el uso de la grave amenaza.
- **Justificación Metodológica:** El presente proyecto no propone un nuevo método o una nueva estrategia para generar conocimiento válido. Mientras que sí hacemos uso de la epistemología para analizar e interpretar el lenguaje penal.



#### **1.1.4. DELIMITACION DEL PROBLEMA:**

- **Delimitación Temporal:** La investigación se realizó en el periodo comprendido del año 2015-2016; sin embargo el desarrollo versa sobre la base de resoluciones judiciales donde se ha presentado la grave amenaza durante el periodo 2011-2015.
- **Delimitación Espacial:** Corte Suprema del Poder judicial, así como resoluciones judiciales de la Corte Superior de Justicia de Junín; pues se busca determinar cuál es la postura del sistema legal con respecto a la grave amenaza.
- **Delimitación Social:** El respectivo trabajo de investigación se realizará en la ciudad de Huancayo; en tanto que tiene como objeto de estudio a los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) y diversos pronunciamientos judiciales a nivel nacional y regional, que han girado en torno a la figura de la grave amenaza.

#### **PERSONAS:**

- Jueces.
- Fiscales.
- Abogados.
- Catedráticos de la facultad de Derecho de la UPLA.

#### **INSTITUCIONAL:**

- Doctrina nacional y extranjera.
- Jurisprudencia nacional.

#### **Delimitación Conceptual:**

- Elementos estructurales del tipo objetivo en general.
- La grave amenaza como medio comisivo y como medio de coacción.
- La estructura de las graves amenazas.

- Posturas doctrinarias que determinan la estructura e interpretación de la grave amenaza.
- La teoría de la imputación objetiva como modelo de interpretación de la grave amenaza.
- La grave amenaza desde la imputación objetiva.
- La grave amenaza desde la autoría mediata en general e imputación objetiva.
- Ámbito de responsabilidad de la víctima.
- La imputación objetiva y la interpretación íntegra de la grave amenaza desde un estado de necesidad.

## **1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION:**

### **1.2.1. OBJETIVOS GENERALES:**

Determinar e interpretar el criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual y su solución desde la imputación objetiva.

### **1.2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

- **OE 1:** Desarrollar la naturaleza jurídica de la grave amenaza como elemento normativo social en el derecho penal sexual desde las diversas posturas doctrinarias.
- **OE 2:** Explicar la Imputación objetiva a través de sus filtros normativos que permitan valorar las conductas aportadas por los sujetos intervinientes en el delito.
- **OE 3:** Proponer una línea uniforme de interpretación dogmática, jurídica y práctica de la grave amenaza como medio coactivo desde un estado de necesidad regulado en el Código Penal.

### 1.3. HIPOTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACION:

#### 1.3.1. HIPOTESIS:

##### **Hipótesis General:**

El criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual es la de un criterio subjetivo o de la voluntad; la que es ineficiente para la solución de los casos prácticos de acceso carnal bajo un contexto determinado de amenaza. Siendo una vía alternativa y correctiva la teoría de la imputación objetiva.

##### **Hipótesis Específicos:**

- **HE 1:** La grave amenaza como elemento normativo social, es un medio que consiste en el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta, debiendo ser la amenaza determinada, injusta, seria, inminente y verosímil; cual utiliza el agente para coaccionar la voluntad de la víctima y obligarla a practicar cualquier acto sexual ilícito.
- **HE 2:** La imputación objetiva se presenta como un juicio valorativo normativo general de la conducta, que permite estructurar e interpretar a la grave amenaza como una autoría mediata por coacción, y que a través de sus diversos filtros normativos (creación de un riesgo prohibido, autorresponsabilidad de la víctima) permite evaluar por un tercero observador -juzgador-, los aportes conductuales de cada sujeto interviniente en un delito y determinar quién es el responsables tanto del comportamiento como del resultado.
- **HE 3:** La grave amenaza puede determinarse estructuralmente desde un estado de necesidad regulado en el Art. 20 inciso 4 del Código Penal Peruano, cual permite una mayor y correcta comprensión e interpretación de su estructura conjuntamente interpretada normativamente desde la Imputación objetiva.

### 1.3.2. VARIABLES:

#### a. Identificación de Variables:

##### - Variables de la Hipótesis General:

- **V. Independiente de la H.G:** Criterio Subjetivo o de la voluntad.
- **V. Dependiente de la H.G:** La inseguridad jurídica.

##### - Variables de las Hipótesis Específicos:

- **V. Independiente de la H.E 1: Elemento normativo**
- **V. Dependiente de la H.E 1:** Acto sexual ilícito.
- **V. Independiente de la H.E 2:** Imputación objetiva.
- **V. Dependiente de la H.E 2:** Tercero observador -juzgador.
- **V. Independiente de la H.E 3:** Estado de necesidad.
- **V. Dependiente de la H.E 3:** Correcta comprensión e interpretación.

#### b. Proceso de Operacionalización de Variables:

##### - Variables de la Hipótesis General:

- **V. Independiente de la HG:** Criterio Subjetivo o de la voluntad: Teoría doctrinaria sobresaliente en del derecho civil, que está referida a la valoración de la gravedad de la amenaza desde la psiquis de la víctima y sus circunstancias personales de ésta, como la edad, el sexo, su condición personal y otros.
- **Variable Dependiente de la H.G:** La inseguridad jurídica: Es la situación generada hacia la víctima del delito, el procesado y la comunidad jurídica, por la ineficiencia de la teoría adoptada por el sistema penal para la solución de casos prácticos.

- **Variables de las Hipótesis Específicos:**

- **V. Independiente de la HE 1:** Elemento normativo: Aquel término legal que exige una valoración, una decisión sobre su contenido, pues para su aprehensión y comprensión se debe realizar un juicio o proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas, ya sea de una valoración jurídica proveniente de otras ramas del derecho (elementos normativos jurídicos) o de una valoración ético jurídico social (elementos normativos ético-sociales).
- **V. Dependiente de la HE 1:** Acto sexual ilícito: Es el ingreso del miembro viril a la vías (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), logrados mediante violencia o grave amenaza.
- **V. Independiente de la HE 2:** Imputación objetiva: La Imputación objetiva es una herramienta nomológica que consiste en valorar el obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad. Esta afecta a los riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación.
- **V. Dependiente de la HE 2:** Tercero observador: Viene a ser el juzgador penal encargado de delimitar mediante una sentencia la responsabilidad penal o la absolución de los cargos imputados, mediante la valoración de las conductas aportadas por los intervinientes en un delito y otros aspectos procesales.
- **V. Independiente de la HE 3:** Estado de necesidad: Constituye una situación de necesidad individual, en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera

de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante.

- **V. Dependiente de la HE 3:** Correcta comprensión e interpretación: Características que se corresponden al entendimiento cabal o más acertado de algo frente a otras propuestas.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO DE LA INVESTIGACION**

#### **2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION:**

En el Perú, acorde con el tema principal de investigación “Grave Amenaza en el delito de Violación Sexual”, no se cuenta con trabajos universitarios investigados anteriormente. Sin embargo, si teneos un trabajo profundo realizado por el Dr. José Luís Castillo Alva, en su Libro Titulado “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”, publicado en la ciudad de Lima; de la Editorial Gaceta Jurídica, 2002; donde se desarrolla con amplitud la Grave Amenaza. Como un segundo trabajo referido a la grave amenaza, se encuentra el libro de jurista Manuel Espinoza Vásquez. Titulado, “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas”. Publicado en Trujillo; de la Editorial Marsol Perú, 1983. Luego está el libro de los juristas, Dino Carlos Caro Coria y Cesar San Martin Castro, en su obra “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, aspectos penales y procesales”, publicado en la ciudad de Lima; de la Editorial Grijley, 2000; donde se desarrollan aspectos legislativos del delito contra la libertad sexual.

Más con referencia al tema de la “Imputación Objetiva”, si bien en los últimos años existen amplios estudios del mismo, sin embargo sirve de asidero a esta investigación, los trabajos de los juristas más reconocidos en este campo, Claus Roxin y Gunther Jakobs.

Finalmente consideramos de imprescindible las obras de Eugenio Zaffaroni, "Manual de Derecho Penal - Parte General – Parte III y IV". Publicado en Buenos Aires; de la Editorial EIAR, Edición 1997; y de Francisco Baldó Lavilla, "Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda", publicado en Barcelona; de la Editorial José María Bosch, 1994; las que han servido al desarrollado en esta investigación a lo que se conoce como "Estado de Necesidad Defensivo".

## **2.2. MARCO HISTORICO:**

### **2.2.1. ORÍGENES DE LA SEXUALIDAD:**

De forma inicial debemos de tener en claro que, el estudio de la sexualidad humana y los condicionamientos jurídicos que ella tiene, compromete una serie de complejidades, como de orden cultural y social. Y es en base a ello, que la sexualidad y el derecho solo pueden existir en sociedad, contrario sensu, no es posible que se presente de forma aislada; pues la sexualidad es un fenómeno que responde al desarrollo social.

De modo que, la sexualidad y el derecho no llegaron a surgir juntos, la primera aparece con la formación de la sociedad y el segundo con la división de ésta e clases sociales. Pero que conforme al proceso de evolución del hombre, es evidente que las relaciones sexuales no pudieron ser normales, ni tenían las características que ahora tienen.

Las palabras "Libertad y Sexualidad" aparecen vinculados desde su origen y se derivan del latín "líber" que significa libre, esto quiere decir que el espíritu de la procreación de una persona se hallaba activo, se llamó líber, al joven cuando alcanzaba la madurez sexual y se incorporaba a la comunidad como hombre capaz de asumir responsabilidades". (Almaza Sagrario, Aznar; Camara Muñoz, Alicia. "Historia del Arte". España, Madrid: Editorial Uned; 2002).

### **2.2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VIOLACIÓN:**



El término en estudio “Violación”, en su concepción etimológica proviene del latín “violatio-onis”, que significa “acción y efecto de violar”, la cual semánticamente tiene cuatro acepciones diferentes: a) Infringir o quebrantar la ley; b) Gozar sexualmente a una mujer mediante fuerza física o moral: contra su voluntad o sin su voluntad; c) Profanar una iglesia u otro lugar sagrado; y d) Ajar o deslucir alguna cosa. Es claro que en esta investigación gira en torno a la segunda acepción, la que así lo han comprendido las sociedades a lo largo de la historia. (Pero hubieron culturas que no comprendían como delitos las que otras culturas si las comprendían claramente, sobre esto dice MONTESQUIEU, que: Los Tártaros, en tiempo de Gengiskán, tenían por pecado y hasta por crimen capital poner el cuchillo en el fuego, apoyarse en el látigo, golpear al caballo con la rienda, romper un hueso con otro, y no creían cometer pecado alguno al violar la fe, al apoderarse de lo ajeno, al injuriar a un hombre ni al matarlo. En una palabra, las leyes que hacen mirar como necesario lo que es indiferente, hacen que se miren como indiferente lo que es verdaderamente necesario. Véase en: Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes”. Editado por Chantal López y Omar Cortés. 1ra Ed. Cibernética completa. Biblioteca virtual Antorcha; 2006. p. 514.)

Asimismo, rastreando los orígenes latinos de la palabra y observando que significaba o daba la idea tanto de “violentar” como de “fuerza” o “vigor” (vis), se ha sostenido, con acierto filosófico, que se diferencian dos tipos de palabra; por una parte violar, violación y violador; y por la otra violento y violentar; cuales con el transcurrir del tiempo y su uso, fueron adquiriendo significación propia y singular (Osvaldo Nelo, Tieghi. “Etimología y Concepto jurídico de Violación”. España, La Ley, 1981-D-484.). En otras lenguas latinas como por ejemplo Italiana y Francés, se da también esta dicotomía: Violare, Violazione, Violenza, Violento; Viol, Violación, Violenter (Artículo 190 del Código Penal Suizo del 2011.)

Tenemos muy en claro que el elemento material de la violación física y efectiva, es el “acceso carnal o acto sexual”, ello acorde con nuestra legislación penal actual - (Art. 170 de nuestro Código Penal – Violación Sexual), en tanto que de la literalidad del tipo penal, jurídicamente la Violación Sexual viene a ser, el acceso carnal (acceso del miembro viril a las cavidades vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), mediante el uso de violencia o grave

amenaza. (Los juristas chilenos POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ refieren que en la violación propia, el acceso carnal es solamente el acceso del pene, excluyéndose la posibilidad de introducción de otro tipo de objetos, casos en los cuales de lo que cabe hablar es de abusos sexuales; ello acorde a su legislación penal. Véase en: Politoff L. Sergio; Matus A. Jean Pierre y Ramírez G. María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial". 2da Edición, Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2007. p. 197. Mientras que en España, de una revisión al Art. 181 del Código Penal Español, el término "abuso sexual" está referido a la edad de la víctima, en este caso a menores de doce años o en personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental. Ésta última concepción del abuso sexual ha sido tomada por la doctrina y jurisprudencia nacional peruana, solo en cuanto a personas privadas de sentido, mas no en cuanto a menores de edad; pues acorde con el Art. 172 de nuestro Código Penal se considera como abuso sexual a aquellas situaciones de acceso carnal realizados en personas que sufren de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se encuentre en incapacidad de resistir; aquí el sujeto activo se aprovecha de las situaciones en las que sabe que se encuentra su víctima y las accede carnalmente. Así queda claro, que con respecto a la introducción de objetos, nuestra legislación la entiende como "acto análogo" y no como abuso sexual.)

Otras legislaciones penales utilizan el término "yaciendo", como lo hace el Código Penal Español; "acceso carnal" que utiliza el Código Penal Argentino; la legislación Mexicana emplea el término "Cópula"; el Alemán e Italiano "conjunción carnal"; el Código Ruso utiliza la expresión "relaciones sexuales". Todas estas expresiones nos dan el concepto de lo que debemos entender por acto sexual, que según la doctrina es la introducción del pene en la vagina de la víctima, logrado mediante la violencia; es el coito mediante la fuerza física. (Espinoza Vásquez, Manuel. "Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas". Trujillo, Perú: Marsol Editores; Edición 1983. p. 29.)

La violación como delito surge cuando aparecen las leyes, antes de ello no era posible, porque además de no existir el derecho, los pueblos tenían amplias libertades sexuales, la que se fue viviendo de generación en generación, lo que hacía imposible que se utilice la fuerza para conseguir las relaciones sexuales.

#### **2.2.2.1. Mesopotamia Antigua:**

Uno de los textos legales más remotos y antiguos conocidos hasta la actualidad es el Código de Hammurabi; este documento jurídico contiene

una serie de disposiciones referentes al ordenamiento legal que imperó en el segundo milenio a. de J.C. en el Imperio Babilónico. Este código se caracterizó por la rigidez autoritaria de las reglas penales contra el ofensor, a quien se consideraba no sólo como agresor contra el individuo y la sociedad, sino también contra los dioses; por eso es que la pena de muerte se aplicaba para la mayoría de los delitos. (Ibidem, p. 08.)

Asimismo este código contenía disposiciones de naturaleza talional que es una retribución del mal por un mal igual. (Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino", Tomo I, 8ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial TEA; 1978. p. 47.) El texto escrito en piedra, no responde a la acepción legalista del derecho, sino más bien al derecho jurisprudencial (en inglés common law) ya que recopila de manera impersonal las decisiones de justicia del rey.

En líneas generales podemos decir que los babilonios tuvieron una visión cultural positiva acerca del sexo y de la sexualidad, ya que el sexo podía inducir al hombre a un estado de felicidad. Y es justamente, que los indicios más antiguos sobre la tipificación del delito de violación se remontan al Código de Hammurabi, donde se sancionaba fuertemente la violación. El Texto mencionado, no reconocía la independencia de las mujeres, diferenciando únicamente entre una mujer casada y una mujer virgen pero prometida.

El delito de violación fue sancionado drásticamente, imponiéndose la pena de muerte al ofensor, sin tener en cuenta la condición de la víctima, quien podía ser doncella o virgen o mujer con experiencia sexual. El Art. 130 del Código de Hammurabi, exculpaba a la ofendida, si había sido violentada por el agresor sexual. En cambio para el agente, no existía ningún atenuante, quien pagaba con su vida mediante apedramiento o linchamiento por los familiares de la víctima y por los ancianos de la comunidad; y si pertenecía a la alta clase social, era ahorcado públicamente por la autoridad (Espinoza Vásquez, Manuel. "Los Delitos Sexuales – Cuestiones Médico-legales y criminológicas". Op. cit. p. 09.)

Según esta clasificación si un hombre violaba a una mujer virgen, su castigo era la muerte; más si la violación era cometida en contra de una mujer casada, ésta debía compartir la pena con su agresor sin que se tomen en cuenta las circunstancias en que se cometió la violación, siendo la pena de muerte mediante el ahogamiento, pues tanto la mujer como su agresor eran arrojados a un río, del cual si el marido de la agraviada así lo deseaba podía sacarla. El Código de Hammurabi asimilaba también a la violación con el incesto, que era un delito sancionado con la expulsión del violador fuera de las murallas de la ciudad.

Cabe aclarar, que estas leyes no se realizaban bajo el concepto de proteger a la mujer, sino que dichas leyes existían para proteger la propiedad del hombre, ya fuese su esposo o su hija. Se puede concluir que en la sociedad mesopotámica se tenían bien regulados todos los aspectos relativos a su sexualidad, controlando la sexualidad de sus habitantes dentro de ciertos cánones aceptados. (Pangas, J.C. "Aspectos de la Sexualidad en la Antigua Mesopotamia". Aula Orientalis, VI Revista de Estudios del Próximo Oriente Antiguo, N° 6, Vol. 2, 1988. pp. 211 ss.)

#### **2.2.2.2. Egipto Antiguo:**

Lejos de lo que podría hacernos pensar la omnipotencia de la muerte, la cultura Egipcia era alegre, luminosa y sensual, y también cargada de valores éticos; el papel de la mujer era muy respetado socialmente, y al menos en el esquema teórico de las leyes, su protección estaba muy reforzada, aun cuando hacen falta estudios que verifiquen si en la práctica esta protección hacia las mujeres se cumplía.

La sexualidad en el antiguo Egipto, estaba auspiciada por la diosa Anukis, diosa del agua, que protegía el placer sexual, posteriormente sería el dios Bes, que protegía la familia y los nacimientos, pero también era protector del amor libertino. Los egipcios gustaban del equilibrio en todos los aspectos de su vida y la sexualidad no iba a ser menos, consideraban que el exceso en el placer dejaba de serlo; y por ende adoptaban una radical postura ante un hecho de violación, pues la pena que se imponía a

quien hubiere agravado sexualmente a otra persona, fue la de ser castrado, acto que ellos interpretaban como “cortar las vergüenzas al violador” por reunir en una sola acción tres de los males mayores: la violencia, la corrupción y la confusión en la paternidad de los hijos (Artículo publicado en el Sitio Web: <http://mujeresparalahistoria.blogspot.pe/2013/07/la-mujer-en-el-antiguo-egipto.html>.); e incluso en la ley de Manu se reguló la pena corporal a la víctima en el caso de que ésta fuera de distinta clase social, ello con respecto a los valores establecidos por dicha cultura.

### **2.2.2.3. Civilización Hebrea:**

La Biblia, es el libro sagrado de los Hebreos, cual contiene la descripción histórica de este pueblo, su ideología espiritual, filosófica y sobre todo, las enseñanzas morales para el pueblo judío, pero además contiene ejemplos de los hechos claros de los defectos del ser humano, aquellos que han provocado violencia, codicia, deseos; como lo hace con casos de violación sexual, tales como: la violación de Dina, contenida en el Libro de Génesis, Cap. 34; la violación de Tamar, contenida en el Libro de Samuel, Cap. 13-18; la mujer violada por una pandilla, contenida en el Libro de Jueces 19; y la violación de Susana, contenida en el Libro de Daniel, Cap. 13.

El Libro de Génesis explica el surgimiento de las primeras familias y donde se explica la creación del derecho hebreo por mandato divino, donde existió el principio conocido como “la venganza de la sangre” – caso de Violación de Dina, ya que la pena no solo se aplicaba al responsable sino también a su familia, hombres y cosas, pero posteriormente se individualizará esta venganza y le corresponderá sólo al culpable.

La fuente del derecho penal hebreo gira en torno a la Legislación Mosaica, donde las normas penales se encuentran insertas en los libros denominados Éxodo, Levítico y Deuteronomio; regulándose así delitos que eran cometidos contra la divinidad, los semejantes, la honestidad, la propiedad y la falsedad. En la civilización hebrea se utilizó la Ley del Talión como una forma de reparar el daño causado, de ahí la famosa frase “ojo

por ojo, diente por diente, rotura por rotura”, muy utilizada en el antiguo testamento.

En el antiguo derecho Hebreo, la violación fue sancionada severamente con la pena de muerte para el violador (Explica el periodista BENITEZ, que La ley judía era sumamente cuidadosa en el aspecto de las penas; así en el Orden Cuarto (capítulo VII), la Misná citaba textualmente: “El tribunal podía infligir cuatro tipos de penas de muerte: la lapidación, el abrasamiento, la decapitación y el estrangulamiento”. Generalmente, la lapidación o apedreamiento era la pena más dura. Véase en: Benitez, J.J. “Caballo de Troya - Jerusalén”. Tomo I. Edición 1984. p. 240.), alcanzando la sanción inclusive a los familiares más allegados del delincuente. Primaba pues, la venganza privada, a la cual llamaban los romanos: “vendetta traverza”. La víctima era repudiada por la comunidad, hasta que se santificara ante el altar, mediante una ofrenda de sacrificio animal; pues se le consideraba impura hasta su purificación (mediante la ofrenda). (Espinoza Vásquez, Manuel. “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas”. Ob. cit. p. 09.)

Los hebreos establecían distinciones en cuanto a la sanción que se debía aplicar a los violadores, si la víctima estaba por contraer matrimonio, su victimario merecía la pena de muerte, la misma que inclusive se extendía a los familiares más allegados del autor. Si la persona violada no se encontraba en estas circunstancias, el castigo se reducía a una pena de carácter pecuniario y se obligaba al violador a contraer matrimonio con la agraviada.

La regulación de la violación se estableció en los siguientes versículos: Deuteronomio 22, 13 y siguientes.

“25°. Pero si el hombre halla en el campo a la doncella desposada y la fuerza, él ha de morir”.

“26°. La doncella ninguna pena sufrirá, ni es culpada de muerte, porque así como un asaltador se arroja sobre su hermano y le quita la vida, de la misma manera fue asaltada la doncella”.

“28° 29°. Si un hombre hallare a una doncella virgen que no está desposada, forzándola la desflora y es sorprendido, dará el agresor

al padre de la doncella cincuenta siclos de plata, y la tomará por mujer, porque la desfloró; y no podrá repudiarla en todos los días de su vida". (Nos llena de intriga conocer un poco más, que en tiempo de Jesús de Nazaret se llamaba "Bastardo" al hijo producto de una relación sexual ilícita, entre ellos los que habían acometido contra el honor (sexual) de la madre. Sobre ello, en las sentencias de Yavé, describe BENITEZ, que si un hombre tenía relación sexual con una mujer -siempre que fuera joven (entre los doce y doce años y medio: edad del casamiento entre las hebreas), virgen, prometida en matrimonio y se encontrase en la casa de su padre-, fuera o no con consentimiento, el varón era condenado a muerte por lapidación. Si en el acto habían intervenido dos hombres, el primero, era lapidado y el segundo estrangulado. Y el posible hijo nacido de dicha unión era marcado para siempre como "mamzer" que significa "bastardo". De la misma manera, eran igualmente reos de lapidación aquellos que sostenían relaciones sexuales con su madre, con la mujer de su padre, con la nuera, etc. Si se producía descendencia, todos eran "mamzer". Un bastardo, era un individuo marcado por una mancha grave que le incapacitaba para contraer matrimonio con levitas, israelitas de origen puro y descendientes ilegítimos de sacerdotes. La prohibición arrancaba desde los tiempos de Moisés, en base a lo ordenado por el mismísimo Yavé y que era recogido en el Deuteronomio (23, 2-3). Esta increíble disposición -emanada de un Dios supuestamente justo- apartaba a los bastardos de la "asamblea de Yavé", reduciéndolos a "pura basura". Y con el tiempo, lo que se supone fue un principio religioso terminó convirtiéndose en un "pecado social" de la peor ralea que salpicaba todos los órdenes de la vida diaria. El mamzer, por ejemplo, además de hallarse incapacitado por ley para ocupar puestos de responsabilidad u ostentar dignidad alguna, debía mantenerse alejado del resto del pueblo, desempeñando los oficios llamados "despreciables" y viéndose sometido al permanente abuso de ricos y pobres, sacerdotes y laicos y dominadores y dominados. El derecho a heredar era incluso discutido y su presencia en un tribunal invalidaba la sentencia. Y todo por causa de un nacimiento no reconocido o, lo que era más dramático, como consecuencia de matrimonios no autorizados por la Ley mosaica, que podían remontarse a diez generaciones. El problema fundamental de qué se entendía por bastardo, se hallaba en aquel tiempo sometido a arduas discusiones entre los doctores de la Ley; habiendo existido al menos tres interpretaciones, a saber: a) Eran bastardos los hijos de una halúсах (mujer del hermano muerto sin descendencia, a la cual el cuñado negó el matrimonio levirático); la prole de una mujer que, después de haberle sido anunciada erróneamente la muerte de su marido, volvía a casarse; el hijo nacido de un matrimonio legítimo en el que la esposa -nunca el marido-. Esto, en multitud de ocasiones, daba lugar a situaciones desesperadas. Si el bastardo no recordaba su genealogía y concretamente al primero de los antepasados

mamzer, la mancha podía perpetuarse durante siglos. Muchos de estos desgraciados, incapaces de resolver el problema, ponían punto final a la insoportable cadena con el suicidio. Era sospechosa de adulterio, y la descendencia de una mujer divorciada cuyo documento de repudio llevaba la firma de un esclavo, en lugar de la de un testigo legalmente acreditado. b) Para otros rabinos, el significado jurídico de mamzer quedaba establecido, única y exclusivamente, por las alusiones de la Torá a las penas de muerte relacionadas con las uniones sexuales no autorizadas. Y respaldaban sus opiniones en el texto del Levítico (20, 10-2 1). Entre otras faltas castigadas con el exterminio -treinta y seis en total- destacaban, por ejemplo, el incesto, las relaciones con la cuñada, con la hermana de la mujer divorciada e incluso el acto sexual durante el periodo de impureza menstrual. Los hijos habidos en los primeros casos entraban de lleno en la calificación de bastardos. c) El último criterio -el más moderado- consideraba mamzer a los nacidos de una unión amenazada en la Torá con una pena de muerte legal. Véase en: Benitez, J.J. "Caballo de Troya - Cesarea". Tomo V. Edición 1996. pp. 116-118. Otra trágica escena nos cuenta Montesquieu, quien refiere que el pueblo de Atenas excluyó a los bastardos de la ciudadanía, para apropiarse mayor cantidad en el reparto de trigo que el rey de Egipto había enviado. En la Roma antigua también existía la denominación de los Bastardos. Véase en: Montesquieu. "El Espíritu de las Leyes". Editado por Chantal López y Omar Cortés. 1ra Ed. Cibernética completa. Biblioteca virtual Antorcha; 2006. p. 476. Durante la edad media, a las personas de las cuales no se conocían a sus progenitores, comúnmente eran llamados también "Bastardos"; el diccionario Salvat define a los "Hermanos Bastardos" como los habidos fuera de matrimonio, respecto de los legítimos; asimismo define a los "Hijos Bastardos" como los nacidos de unión ilícita. Véase en: Salvat – La Enciclopedia. Vol. 10. Colombia: Salvat Editores; 2004. pp. 7520-7607. En la historia de los atenienses de la Grecia antigua, hubo una época donde hubo mucha mezcla entre espartanos e ilotas, donde a los nacidos se les llamó "partheniai" o hijos de muchachas, luego los espartanos tan pronto pudieron se desasieron de estos mestizos, a los que debían de considerar "espúreos", los mismos que fueron enviados a fundar una colonia en Italia, que después fue Tarento. Véase en: Ramos Suyo, Juan A. "Epistemología Jurídica". Lima, Perú: Editorial San Marcos; Edición 2008. p. 127. Los "Espúreos", al menos terminológicamente y alejado del concepto de bastardo, fueron considerados en el Código Civil Peruano de 1936, la que estaba referido a los nacidos fuera de la sociedad conyugal.)

#### **2.2.2.4. Grecia Antigua:**

La producción literaria y filosófica griega está plagada de referencias al ideal de la figura femenina y a la inclinación de los griegos por los efebos



(adolescentes) y por las prostitutas; así como abundan la mitología de raptos de mujeres y violaciones, realizados por los distintos dioses griegos a humanos. La heterosexualidad y la homosexualidad fueron las formas más corrientes de la actividad sexual en esta sociedad. La institución familiar no gozaba de un lugar preferente, aparte que la mujer era considerada como propiedad privada del hombre.

El derecho griego se remonta a las costumbres y formas observadas en Atenas, en donde el Rey, El Consejo de Ancianos y a Asamblea del Pueblo son quienes llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos que atentaban en contra de ciertos usos o costumbres; y donde la víctima o cualquier ciudadano presentaba y sostenía su acusación ante el arconte, quien se puede decir, era una especie de fiscal que representaba a la víctima en el juicio. (Colin Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". 6ta Edición. México D.F.: Editorial Porrúa; 1980. p. 17.)

En la Grecia antigua a un violador se le castigaba, en un principio con la pena de multa, más tarde se aplicó la pena capital; siendo la más peculiar, bajo la forma de que el agresor contrajera matrimonio con su víctima, bajo pena de muerte en el caso de ser rechazado el matrimonio por parte de la víctima, siendo obligado en el caso de ser aceptado en matrimonio a que el violador le entregara la mitad de sus bienes y posesiones a su víctima si el violador era rico y potentado.

#### **2.2.2.5. Imperio Romano:**

La antigua Roma tenía un concepto diferente de sexualidad, según la clase, condición social y el sexo del individuo. En la sociedad romana el varón tenía más autoridad por su "activa" masculinidad, símbolo de poder y estatus. Los romanos nacidos libre podían incluso violar y torturar a sus esclavos, pues estos no tenían protección civil frente a su amo.

Los Romanos maestros en el derecho, llegaron a vivir un desequilibrio total de la sexualidad, ello producto del poder y la opresión sobre toda la ciudad, los esclavos eran verdaderos objetos de goce sexual.

Los varones a partir de los dieciocho años presentaban los lupanares y representaban atención al hecho de que corrían una aventura no solo con mujeres sino también con hombres. Ya en los textos romanos se diferenciaban la relación sexual con consentimiento de la que provenía de una agresión que la convertía en naturaleza "*Criminus Vis*". "El robar violentamente su libertad a alguna persona y, sobre todo, el raptarla contra su voluntad, así como también el estupro, eran hechos que aun siendo la víctima individuos no libres, caían bajo la acción, no de la ley Plotia, pero sí de las más severas de las Julias sobre coacción. El estupro se castigaba precisamente con pena capital". Interesante es que en Roma este crimen de "*vis*" podía ser cometido tanto sobre el hombre como sobre la mujer. Posteriormente se van configurando otras figuras sexuales, pero la violación se mantiene dentro del crimen "*vis*".

Al respecto, se pueden apreciar hechos como la Violación de Rea Silva, quien fue la mítica madre de Rómulo y Remo; así como la Violación de la Aristócrata Lucrecia, que fue el punto de partida de los acontecimientos que llevaron al derrocamiento de la monarquía romana y el establecimiento de la República Romana, y como resultado directo de la violación Lucrecia se suicidó.

¿Violación sexual legal? Una ley romana antigua prohibía que las jóvenes condenadas a muertes fueran estranguladas si eran núbiles (vírgenes), así los verdugos encargados de la ejecución mortal, primero las violaban y luego recién debían de ejecutarlas, así cumplían la ley. (Montesquieu. "El Espíritu de las Leyes". En Roma, una antigua costumbre de los Romanos; Tiberio se valió del expediente de hacer que las violara el verdugo antes de enviarlas al suplicio; sutil y cruel tirano, que destruía las costumbres por conservar las costumbres. La palabra virgen, que se lee, designaba a toda mujer que no fuera casada ni conocida por cortesana. Editado por Chantal López y Omar Cortés. 1ra Ed. Cibernética completa. Biblioteca virtual Antorcha; 2006. p. 237.) Mientras que si una mujer había cometido adulterio, conforme a la ley romana, explica MONTESQUIEU, que la acusación debía de ser pública, la cual era admirable para mantener la pureza de costumbres: intimidaba a las mujeres e intimidaba también a los que debían vigilarlas. (Ibidem, p.84. En la Roma

republicana llegaron a existir los tribunales domésticos que fijaban asuntos relacionados a la conducta de las mujeres. Un delito sin embargo, después de sometido al tribunal, era objeto de una acusación pública: el adulterio; pues a la república y a la sociedad debían importarles una violación tan grave de las costumbres. p. 143. Continúa Montesquieu sobre este punto, haciendo mención a una de las mayores tiranías de Tiberio, cual fue el abuso que hizo de leyes caducadas; cuando quería castigar a alguna mujer romana con pena más fuerte que la de la ley Julia, restablecía el tribunal doméstico para ella sola. *“Adulterii graviolem poenam deprecatus, ut, exemplo majorum propinquis suis ultra dueentesimum lapidem removeretur, suasit”*. pp. 145-146.)

En la Roma imperial la violación ocupaba un lugar importante en la vida sexual, se atropellaba sin vergüenza y se consideraba que el individuo forzado obtenía placer de ello. El modelo de la sexualidad romana era la relación del amo con sus subordinados (esposa, pajes, esclavos), es decir, el sometimiento. El placer femenino era totalmente ignorado o presupuesto. En la moral sexual la oposición era someter/ser sometido. Someter era loable, ser sometido era vergonzoso solamente si se era un varón adulto libre. Si se era mujer o esclavo era lo natural. (Veyne, Paul. “Familia y amor durante el alto Imperio Romano”. Amor, familia, sexualidad. Barcelona: Editorial Argot; 1984. Citando a Voltaire dice MONTESQUIEU, que en Constantinopla se castiga con la muerte al patrono que mata a su esclavo, si éste no había levantado la mano contra él. Y si una mujer esclava prueba que ha sido violada por su patrono, inmediatamente se la declara libre y con derecho a una indemnización. En este punto, la política de los Romanos no era buena; soltaron la rienda a la incontinencia de los amos y hasta cierto punto, privaron a los esclavos del derecho de casarse. Más grave que ello, era que se corrompían los ciudadanos. Véase en: Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes”. Ob. cit. p. 323.)

Posteriormente durante la monarquía romana el delito de violación se tipificó dentro de la Ley de las XII Tablas, bajo el título de Injuria, la sanción prevista era la pena de muerte, ser exiliado o confiscar sus bienes, ya que el bien tutelado era la de castidad de la mujer, el honor de su padre si era virgen, y el honor del esposo si era casada, prácticamente durante la monarquía la mujer no poseía derechos, mucho menos el albedrío de decidir su vida sexual. (Rodríguez Ortiz, Victoria. “Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media”. Madrid, 1997.)

El derecho penal Romano contenido en la Ley Julia, sancionaba con pena de muerte al sujeto violador pues se consideraba a la sociedad como la ofendida, por el “*delicta pública*”; aunque la víctima tenía facultad de denunciar, amparándose en el “*delicta privada*”. Generalmente la pena aplicada fue el suplicio o crucifixión en un madero. (Espinoza Vásquez, Manuel. “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas”. Ob. cit. p. 09. El crimen contra natura, dice Montesquieu, junto a la magia y la herejía, eran castigados con la pena de fuego. Véase en: Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes”. Ob. cit. p. 229.)

En Roma la violación era considerada un delito “malo en sí” (*malum in se*), tal como el homicidio y el robo. Se conocía el estupro sin violencia (*stuprum cum masculo*) y el violento (*stuprum violentum*).

#### **2.2.2.6. Edad Media:**

En la Edad Media, la violación conjuntamente otras clases de trasgresiones de carácter sexual fueron penadas severamente en Europa, encontrándose penadas desde el siglo XI hasta el siglo XVI como el delito de “*forzar o fuerza de mujer*”, razón por lo que los escritos medievales tratan a la violación mencionando hechos como “*la conoció por la fuerza*”. En la Edad Media, el aspecto según el cual se configuraría el delito de violación no era el consentimiento, sino la honorabilidad de la mujer, razón por la cual era muy común que las violaciones que se cometían en contra de mujeres amancebadas, prostitutas o criadas quedaran impunes y eran muy comunes las violaciones cometidas por personas de clases sociales privilegiadas en contra de mujeres de clases sociales bajas y desprotegidas, tales como las criadas que se encontraban desamparadas de la justicia, lejos de su hogar y sus familias y en un estado de total sometimiento y dependencia a los patronos. (*Artículo publicado en el Sitio Web: <https://es.wikipedia.org/wiki/Violaci%C3%B3n>.*)

El régimen feudal y señorial (baja edad media) incorporó la figura jurídica conocida como el Derecho de Pernada en latín medieval, “*ius primae noctis*”, que en castellano significa el Derecho de Primera Noche, la misma no debe entenderse como una prebenda legal, sino como una

práctica histórica de abuso sexual sobre la servidumbre. Algunos lo entienden como abusos o malos usos, que contribuyeron a ahondar más en las relaciones de dependencia, el *Ius Primae Noctis* consistía en la: costumbre entre los señores, nobles, soldados, agentes señoriales, de pasar físicamente la noche de bodas con su plebeya, o vasalla recién casada, aunque también podía limitarse a pasar sus piernas el señor por encima de ella echada sobre el tálamo nupcial; puesto que, para que la boda sea válida, quien primero debida de acostarse con ella “primera noche” era su Señor, el Noble, y no así el siervo -esposo-. Esto le daba a su siervo ciertos derechos, como por ejemplo cazar en los campos pertenecientes al señor feudal.

Se considera que este derecho tuvo vigencia durante la Edad Media de Europa Occidental, (Sin dar a conocer con precisión el tiempo de ocurrencia, MONTESQUIEU describe que en los imperios de Turquía, Persia, el Mogol, China y el Japón, las costumbres de las mujeres serán y son admirables; mientras que en la India y en los pequeños reinos de Guinea son tan lúbricas las mujeres, que necesitan los hombres revestirse de ciertos aparatos para librarse de sus tentativas. En las Maldivas, los padres casan a sus hijas antes de los once años, porque es un pecado, según ellos, dejarlas sentir la necesidad del hombre. (Viajes de F. Picard). - En Bantam, cuando llega una niña a los trece o los catorce años, se apresuran a casada para que no se entregue a la disolución. (Colección de viajes). Smith, en su Viaje a Guinea, cuenta que las mujeres, cuando un hombre no accede a sus proposiciones, le amenazan con denunciarlo al marido. Véase en: Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes”. Ob. cit. pp. 340-341.) (aunque hay paralelismos en otras partes del Mundo) como componente del modo de producción feudal. Suponía, por tanto, la posibilidad de una violación legal de cualquier mujer del vasallaje. Esto llevó a numerosos conflictos y ataques a los señores feudales.

En tiempos aquellos, los inculpados agresores medievales realizaban, el abuso de autoridad y la violencia ética que entrañaba la existencia de una relación social y mental de subordinación entre violador y violada, esto es, parientes, soldados, oficiales públicos, señores. El acto ilícito era comúnmente perpetrado por los Nobles, el Derecho a la Primera Noche era un uso y costumbre en determinados lugares y momentos de la Edad Media -institución feudal vs violación-.

Los agresores medioevos utilizaban métodos muy diversos, desde el engaño, las amenazas y hasta el uso de la violencia, un crimen cometido en los sectores más humildes, pobres, donde las mujeres alejadas de la protección familiar, desprotegidas por la Justicia, obligadas a realizar actividades fuera del hogar bajo amenazas contra su persona o en contra de sus familiares, así debían de dar cabida a los fines criminales, aparentes de licitud.

Cabe señalar, que se desconoce el origen del *Ius Prima Noctis*, y debido a su poca documentación legal, algunos historiadores niegan la existencia de esta práctica; sin embargo como costumbre o derecho ha existido en los fueros españoles.

A decir del autor RODRIGO MONTOYA, respecto a Perú en la Época Colonial, hay autores que afirman que: los Curas, como los hacendados, tuvieron también en el Perú (como los patronos de las haciendas en Ecuador) lo que se llamó el “derecho de pernada”, es decir, el privilegio de ser los primeros en iniciar sexualmente a las doncellas. (Montoya, Rodrigo. “Tierra, tiempo y reposo. La Tierra: mitos, ritos y realidades: coloquio internacional”. Granada: Editorial Anthropos; 1991.)

Los castigos por el delito de violación cometidos durante la Edad Media, variaban de acuerdo a las circunstancias según las cuales se cometía la violación, tales como el allanamiento de morada, la existencia de engaños que sería considerado como un estupro violento y el cometimiento mediante el empleo de violencias físicas. Uno de los castigos de la violación y considerado el mal menor para la víctima era que el violador contrajera matrimonio con su víctima, siendo obligado a encontrarle un marido a su víctima si ésta se negara rotundamente a casarse con él. Esta forma de castigo no era tan descabellada como pudiera parecer, pues traía consigo que los violadores que tenían grandes fortunas tuvieran que compartirlas con sus víctimas lo cual acarrearía una gran mengua en sus bienes, tal como el caso de Catalina, criada del maestro Pedro, que en 1488 perdonó al hermano de éste por forzarla sexualmente a condición de que

contrajera matrimonio con ella. (Artículo publicado en el Sitio Web: <http://www.vallenajerilla.com/berceo/lorilegio/lorilegio/transgresiones.htm>.)

En el Derecho Foral (Alta Edad Media) se tipificó el delito de violación con un procedimiento que debía seguir la víctima con la finalidad de poder acusar su condición. El procedimiento que debía seguir la víctima era arañarse la cara en señal de su dolor, presentar la denuncia respectiva ante los Tribunales de Justicia en el lapso de tres días desde que se cometió el delito, que declarara el hecho a cuantas personas se encontrara a su paso y que se sometiera al peritaje de las matronas o parteras para que se verificase su caso.

Dentro del Derecho Canónico Penal de la Edad Media, no se consideraba el consentimiento sino la existencia de la virginidad de la mujer, pudiendo ser considerada violación únicamente cuando la mujer hubiese sido desflorada (el acto carnal debe de ser desflorador y contra o sin la voluntad de la agraviada), hecho que estuvo tipificado bajo el título de “*stuprum violentum*” con la pena capital, o en el caso de una mujer casada que había sido atacada por un hombre que no fuera su marido; cuando el acto sexual recaía en una mujer desflorada ya no constituía violación, y sólo se penaba con sanciones jurídicas que gobernó toda la Edad Media y hasta fecha avanzada de la Edad Moderna. (Espinoza Vásquez, Manuel. “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas”. Ob. cit. p. 09.)

El Fuero Juzgo, también recogió el delito de violación, en la ley XIV, título IV del Libro III; donde disponía que: “si algún hombre hiciere por fuerza, fornicación o adulterio con una mujer libre, si el hombre es libre recibirá azotes, y sea dado por siervo a la mujer que hizo fuerza; y si es siervo, sea quemado en fuero...”. El Fuero Viejo de Castilla, por su lado imponía la muerte del violador de mujer, sea la misma virgen o no. (Artículo publicado en el Sitio Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1415/16.pdf>.)

El 2 de enero de 1677, se llevó a cabo un Caso severo, donde se condenó a la hoguera a Phillipe Bouvet de la Contamine, hecho que se agravó por el testimonio de Charles de Beaumont, un muchacho de dieciocho años que el acusado secuestró y sodomizó con la amenaza, de

un puñal que blandía; El tribunal le impuso una reparación civil de 3.000 libras repartidas entre la madre y el hijo. Sin embargo esta sentencia nunca menciona explícitamente la violencia, la reconoce y la ignora al mismo tiempo: su fórmula se limita al acto contra natura y sólo a él. (Vigarello, Georges. "Historia de la Violación – Siglos XVI-XX". España: Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia – Instituto de la mujer; 1988. p. 57.)

En el antiguo Derecho Español, la Legislación de las Partidas castigaba en la Ley 3ra. Título. 20, partida VII, "Al que robare o forzare a mujer honesta, sea doncella viuda o religiosa, debe morir por ello...", aquí se consideraba el forzamiento de la voluntad de la agraviada. (Espinoza Vásquez, Manuel. "Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas". Ob. cit. p.11.) Alejandro Fuensalida comentando el Código Penal Chileno, decía que en la Partida 7ma, Ley 2da, Título XXI, ya se definía la violación, la que castigaba la tentativa como la consumación, y presumía de derecho que era violento al acto de yacer con mujer menor de 12 años.

#### **2.2.2.7. Imperio Incaico:**

El derecho penal Incaico punía la violación con una sanción según arbitrio del Inca (Los Incas para gobernarse dividieron su territorio en cuatro: Chinchasuyo, Collasuyo, Antisuyo y Contisuyo, casi todas las leyes que rigieron en el imperio incaico, eran de carácter penal aunque se encontraban confundidas con la moral y religión, fueron hechas para ser cumplidas y ejecutadas fielmente pese a la represión severa de cualquier infracción delictiva, incluyendo en esta su normativa jurídico-penal, figuras delictivas que legislaron conductas como la sodomía y la ociosidad representadas en Ama Sua (no seas ladrón), Ama Kella (no seas flojo) y Ama Llulla (no seas mentiroso) posteriormente (no seas asesino, no seas libertino). La sanción era rigurosa por más que el delito fuese leve, porque castigaba el haber quebrantado la palabra del Inca que la respetaban como a Dios. Véase más en: Aguilar Avilés, Dager. "Análisis socio-histórico general del derecho penal inca desde sus orígenes hasta los inicios de la etapa republicana en América Latina". En: Contribuciones a las Ciencias Sociales, mayo 2010.), que podía ser: tormentos, flagelación y extrañamiento de la comunidad; si el agente reincidía en el delito, se imponía pena de muerte como medida ejemplarizadora. En tanto que la violación de un ayllu (esposa del Inca) tenía como castigo la pena capital. Espinoza Vásquez, mencionada que el profesor Horacio H. Urteaga, sintetiza las leyes penales de los cronistas



españoles PP. Bernabé Cobo, Martín de Morúa y Blás Valera, que estudiaron el ordenamiento jurídico del Imperio del Tahuantinsuyo. (Espinoza Vásquez, Manuel. "Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas". Ob. cit. p.10.) En materia sexual, explican los principales delitos sexuales y la penalidad que se aplicaba en la sociedad esclavista incaica. Los dispositivos pertinentes sancionaban en la siguiente forma:

“Al que forzaba mujer soltera, por la primera vez le daban castigo e piedra, y a la segunda vez, pena de muerte”.

“El que fuerza corrompía alguna doncella, i era mujer principal tenía pena de muerte y si no lo era, le daban por primera vez cierto tormento que ellos usaban, y a la segunda, moría”.

“El que adulteraba con mujer ajena, y ella no era principal, era atormentado; pero si lo era, tenía pena de muerte, y ella también moría”. (Sobre el adulterio, DAGER AGUILAR AVILES aclara que se aplicó el homicidio por adulterio pero se castigaba levemente al que mataba a su mujer si ésta fuese adúltera, se tomaron en cuenta circunstancias en el acto de la comisión delictual, el encubrimiento también era penado en los casos de responsabilidad como la violación de una esposa del Sol, el culpable era descuartizado y arrastrado. Aguilar Avilés, Dager. “Análisis socio-histórico general del derecho penal inca desde sus orígenes hasta los inicios de la etapa republicana en América Latina”. Ob. cit. 2010.)

“El que tomaba la hija a su padre contra la voluntad de él, si la hija consentía en ello y no fue forzada, no tenía pena ninguna, siendo entrambos de un pueblo; más podía el padre castigar, si quisiese por haber tomado marido sin su licencia; pero el Inca los mandaba prender y castigar con piedras en las espaldas, y hacía se apartasen, porque nadie podía sin licencia suya tomar mujer”.

“Cuando alguno era tomado en casa de otro con su hija, si el padre se quejaba, era castigado el delincuente a voluntad del Inca o de su gobernador”.

“Al que escalaba la casa o el recogimiento de las Mamaconas le mataban colgándole de los pies y dejándolo así dentro de la misma

casa donde hizo el delito; y si alguna de las Mamaconas lo metió dentro y pecó con él, se le daba la misma pena”.

“Tenían en el matrimonio sus casos prohibidos y se castigaba con pena de muerte la fornicación en los casos en que está prohibido el matrimonio; la cual se ejecutaba sin remisión, si el culpable no era señor principal; porque a éste no le daban más que una represión pública”.

Así pues, existían los delitos contra las buenas costumbres, referidos especialmente a la familia y el honor sexual; donde la monogamia era obligatoria y la poligamia sancionada, no podía existir violación, estupro, incesto, adulterio y desfloración. La pena de despeñamiento o ahorcamiento se aplicaba a los violadores y la lapidación para los estupradores, incestuosos y adúlteros.

#### **2.2.2.8. Descubrimiento de América:**

Con la llegada de los llamados conquistadores de América a las nuevas tierras, la Corona española impone sanciones drásticas y se tipifican los delitos traducidos en las Ordenanzas Reales, Leyes, Ordenes de las audiencias ajustadas a la idea de dominio que han dado lugar al Derecho Indiano denominado también de cristianidad, cruzada, de misión por su carácter de formalismo legal y espíritu religioso, “regulando las normas y todo el gobierno de Imperio español en América; estas leyes contienen la misión de la iglesia y el deber del Estado”. Los reyes católicos en las capitulaciones concedidas a Colón establecen bienes jurídicos del Nuevo Mundo.

En el continente americano, los aztecas y mayas condenaban la violación, el adulterio y el aborto. Los descubridores y conquistadores de América no fueron ajenos a la violación de los indígenas, Miguel de Cuneo quien era amigo de Cristóbal Colón, llegó a participar en el segundo viaje de éste último y llega a explicar con detalles, en una carta escrita a su regreso, como fue el autor de la primera violación de una americana y

obviamente no fue condenado. (Lencioni, Leo Julio. "Los Delitos Sexuales – Manual de investigación pericial para médicos y abogados". México: Editorial Trillas; 2002. p. 19.)

## **2.3. BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACION (SEGÚN LAS VARIABLES DE ESTUDIO):**

### **2.3.1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE TIPO OBJETIVO EN GENERAL:**

#### **2.3.1.1. Del Tipo y Clases de Tipo:**

El contenido del tipo penal dependerá, en cuanto a su estructura o en cuanto a su composición formal, de las diversas concepciones teóricas que respecto de él se hagan y que, según hemos visto, a lo largo de la historia evolutiva de una cultura y sociedad, han surgido distintas formas de concebir a la Violación como un acto humano prohibido o como delito; hecho que ocurre con el resto de tipos penales contenidos en nuestro código penal peruano.

#### **2.3.1.2. Elementos del Tipo:**

En todo delito puede distinguirse un hecho típico, el o los sujetos y un objeto.

En el hecho típico se constata por medio de una parte objetiva y otra subjetiva. La objetiva viene constituida por el aspecto externo de la conducta. En ella se incluye la exteriorización del proceso humano por el agente contra realidades jurídicamente valoradas (por ejemplo: un curso de riesgo –disparo– se dirige contra una persona viva y le llega a afectar –le provoca lesiones). La parte subjetiva viene constituida por la exteriorización de un proceso movido por las potencias psíquicas y la libertad del agente; en las facultades psíquicas se incluyen el dolo y, en algunos casos, otros elementos subjetivos (por ejemplo el ánimo de lucro, en el delito de hurto).

Sujetos del delito son el sujeto activo y el pasivo. Los activos se determinan una vez que se haya comprobado su concreta contribución, así estos vendrá a ser los autores y los partícipes (instigadores, cómplice

primario y cómplice secundario). El sujeto pasivo es aquel contra quien se dirige la acción del tipo; no siempre coincide el sujeto pasivo con la víctima que padece las consecuencias del delito. Si el sujeto pasivo es el titular del bien que el delito ataca, coinciden sujeto pasivo y víctima; en otro caso, no; (por ejemplo, sí coinciden en el homicidio, pero no en el tráfico ilícito de drogas). Tampoco coinciden sujeto pasivo y perjudicado, que indica quiénes son los afectados por el delito y sus consecuencias (por ejemplo los familiares de la víctima del homicidio).

Objeto del delito es la realidad sobre la que recae la acción típica. Considerada en su realidad física, hablamos del objeto material del delito; pero considerada en su valoración jurídica, de objeto jurídico o bien jurídico. Así, en el delito de hurto, el objeto material viene constituido por la concreta cantidad de dinero sustraída, mientras que el objeto jurídico es el patrimonio afectado con la sustracción.

### **2.3.1.3. Formulación del Tipo:**

En la descripción de una conducta en la Ley, esto es en el tipo, se emplean elementos de lenguaje, cual es utilizado en la formulación de los tipos penales, a esa generalidad que la descripción típica ha de tener, se suma que muchos términos del lenguaje tienen significados variable, inestable, equívocos y, a veces, polivalentes (que tiene varias valencias).

En la formulación de los tipos penales, el legislador suele utilizar ciertos elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden caracterizar circunstancias exteriores como de naturaleza psíquica. (Villavicencio Terreros, Felipe A. "Derecho Penal Parte General". Lima, Perú: Editorial Grijley; 2006. p. 314.)

Entendemos por Elemento Descriptivo, a aquel término legal cuyo contenido viene determinado por el sentido que el uso del lenguaje da a la expresión. Se trata de realidades naturalísticas, perceptibles por los sentidos, a los que el lenguaje se refiere con expresiones comunes. Estos elementos van a describir objetos o circunstancias pertenecientes al mundo real, en ellos es suficiente una constatación fáctica. (Ejemplo: "bien mueble"

en el delito de hurto, “mujer” en el delito de aborto no consentido; así estos son identificados mediante la terminología jurídica sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión).

Mientras que por Elemento Normativo, entendemos aquel término legal que exige una valoración, una decisión sobre su contenido, pues para su aprehensión y comprensión se debe realizar un juicio o proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas, ya sea de una valoración jurídica proveniente de otras ramas del derecho (elementos normativos jurídicos) o de una valoración ético jurídico social (elementos normativos ético-sociales). (Ibídem, p. 315.) En el delito de Homicidio Calificado - Asesinato (Art. 108) pueden considerarse elementos descriptivos la producción de la muerte (matar) y el sujeto pasivo (a otro); pero la ferocidad o la alevosía que el tipo exige, son conceptos que dependen de lo que el ordenamiento entienda por tal, y de la valoración que el juez haga de los hechos presentados. Lo mismo ocurre en el resto de tipos penales, o como en el delito de Acceso Carnal Sexual - Violación (Art. 170), donde el presente investigador y en base a su estudio, razona que los términos: vaginal, anal, bucal (vías de penetración – ingreso del miembro viril) se comprenden como los elementos descriptivos; mientras que los términos: violencia, grave amenaza (medios de los que se vale el sujeto activo), serían los elementos normativos jurídicos, pues estos derivan de valoraciones jurídicas; pero también se aprecia en este tipo penal un elemento normativo social (lo que se entiende por “grave”), pues el tipo penal exige la realización de dicha situación más allá de lo normal o cotidiano que fuera un comportamiento.

#### **2.3.1.4. Clases de Tipos acorde al tema de investigación:**

Corresponde realizar una clasificación de los tipos penales relacionado a los fines de la presente investigación, y no toda la clasificación desarrollada en las aulas universitarias, de la Parte General del Derecho Penal.

En primer lugar los tipos penales se clasifican en función a las modalidades de la acción, así se distinguen entre: Delitos de resultado y Delitos de mera actividad. Ahora bien, dependiendo de la forma en que se lleva cabo el delito, el mismo tiene una clasificación según el medio utilizado, pudiendo ser: A) Delitos de medios determinados.- Se acotan expresamente las modalidades comisivas (Ejemplo: el Robo con fuerza en las cosas). B) Delitos resultativos.- El tipo no limita las posibles modalidades de la acción, pues basta con que sean idóneas para la producción del resultado (Ejemplo, delito contra la salud pública).

Asimismo, existe otra división del delito, con respecto al número de acciones, donde existen: A) Delitos de un acto.- Una sola acción (Ejemplo: el homicidio). B) Delitos de una pluralidad de actos (Ejemplo: el robo con violencia). Y, C) Delitos alternativos (Ejemplo: varias acciones alternativas, como el allanamiento de morada que se comete tanto entrando como manteniéndose en ella).

Acorde con los fines de la presente investigación, existe también otra división de delitos, según la relación con el bien jurídico protegido por la norma penal; donde a su vez, según la proximidad de la amenaza, se desarrollan: A) Delitos de lesión.- Son en los que se menoscaba o lesiona un bien jurídico protegido. B) Delitos de peligro.- En los que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro que ha de ser efectivo, concreto y próximo al bien jurídico que se protege. En este último, se ubican el Peligro Concreto, por el cual es necesario que el bien jurídico sea puesto en concreto peligro; y el Peligro Abstracto, donde no es necesaria esa concreción sino que basta con que se dé una situación idónea para provocar el peligro. Ambas formas de peligro, tienen un contenido preventivo donde se adelanta el castigo al momento de la aparición concreta del peligro, sin embargo, ha de existir una cierta proximidad en el peligro y una capacidad lesiva de riesgo o incluso, la simple realización de conducta peligrosa.

## **2.3.2. LA GRAVE AMENAZA COMO MEDIO COMISIVO Y COMO MEDIO DE COACCION:**

### **2.3.2.1. La Coacción Estatal y la Coacción Individual:**

Actualmente existe una crisis del derecho penal en cuanto al aumento de penas en tipos penales ya existentes (Bombini, Gabriel. "Politización de la penalidad y proceso de producción normativo: discursos y prácticas populistas en el escenario local. En: "Reflexiones sobre la cuestión criminal – Libro homenaje al Pro. Dr. Carlos J. Lascano". Argentina: Editorial Lerner; 2011. p. 152. Señala que las principales consecuencias de la ordinarización del derecho penal en cuanto a sus políticas: a. una hipertrofia legislativa, b. una administrativización o banalización del derecho penal, c. el recurso a técnicas legislativas defectuosas; d. una desformalización del derecho penal material; e. desformalización del derecho penal utilizado como lucha contra la delincuencia.) - (inflación del derecho penal, expansión del derecho penal, panpenalismo, resurgir del punitivismo), lo que es a consecuencia de la falta de verdaderas políticas criminales, pero que son creadas con el objetivo de disminuir los hechos criminales.

Estas políticas criminales son dadas por el estado a través de su "legitimidad del poder" (Bidrt Campos, German J. "Lecciones Elementales de Política – Sociedad, Estado y derecho". Edición auspiciada por la Universidad Peruana Los Andes. Huancayo: Editorial Grijley; 2002. p. 217. Este mismo autor señala que existe una presión del poder, a saber: a. un sujeto que presiona llamado factor de presión, b. un sujeto presionado que se mueve dentro del radio del poder, c. un objetivo que es satisfacer determinados intereses pretendidos por el factor presión, y d. una técnica que es el medio concreto usada para presionar.), cual es la aptitud, capacidad, energía, fuerza o competencia de que dispone el estado para cumplir su fin -reducir el crimen.

Kelsen señalaba enfáticamente que la coactividad es característica esencial del derecho; para el maestro de la Escuela de Viena, dos son – entre otras-, las notas esenciales y definitorias de la normatividad jurídica: a) al ser esta expresión del sollen del sentido amplio y englobante del sollen en sentido estricto; b) la previsión de la imposición de una coacción, ya sea o no de carácter sancionatorio. Así, la norma jurídica, en cuanto que norma, viene definida por un sollen, y en cuanto que jurídica, para diferenciarla de

los demás tipos de normas, por la coactividad. (Ramos Suyo, Juan A. "Epistemología Jurídica". Lima, Perú: Editorial San Marcos; Edición 2008. p. 44.)

Para SANTIAGO NINO, dos son los elementos que parecen ser característicos de la forma en que el derecho consigue persuadir a los hombres de que adopten comportamientos no conflictivos y cooperativos y generar un sistema de expectativas que faciliten esos comportamientos: la autoridad y la coacción. (Santiago Nino, Carlos: "Introducción al Análisis del Derecho". 10ma Ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A; 2001. p. 3.)

La teoría jurídica del siglo XIX se manifestó por lo general, acorde sobre el que la norma jurídica es una norma coactiva en el sentido de una norma que ordena una coacción (Hans Kelsen. "Teoría pura del Derecho". 4ta Ed. 9 Reimpresión. Argentina: Editorial Eudeba; Edición 2009. p. 57.), y precisamente por esto se distingue de otras normas; aunque claro está, en nuestro mundo jurídico existen aparte de las normas de coacción, las normas fundamentales y las procesales que también son jurídicas a pesar de mostrarse como no coactivas. Sin embargo como aseguraba ya Kelsen, debe admitirse que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica.

El autor de una norma jurídica (el legislador) supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y por ello se van esforzar por evitarlos. (Hans Kelsen. "Teoría pura del Derecho". Kelsen es preciso, cuando dice que es difícil establecer que la obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción; pues en muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho. Ob. cit. p. 58.)

Es el Estado, que detenta un cuasimonopolio de la fuerza disponible en una sociedad, donde se emplea esa fuerza para persuadir a la gente de actuar de modo de satisfacer fines y objetivos establecidos por los órganos competentes (Santiago Nino, Carlos: "Introducción al Análisis del Derecho". Hay, entonces directivas jurídicas cuya desviación está amenazada con el empleo de la coacción estatal, y hay otras directivas jurídicas que es necesario satisfacer si se quiere contar con la coacción estatal para hacer efectivo un arreglo privado. Ob. cit. p. 5. Concluye este autor diciendo que, cuando se dice



que el sistema jurídico regula el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal, se apuntaba a la nota de la coactividad, pero se presupone este otro rasgo distintivo consistente en la institucionalización del sistema. Es el hecho de que el sistema jurídico no solo regula el empleo de la fuerza sino que lo regula como un monopolio de ciertos órganos, lo que permite distinguirlo de otros sistemas normativos. De ahí que este jurista negara la existencia de un sistema jurídico en la sociedad compuesta por "seres angelicales", quienes no necesitan de la coacción para hacer lo que deben hacer (pues siempre están dispuestos a actuar correctamente, en forma espontánea), pero sí requieren reglas y tribunales para saber lo que deben hacer, tanto en general como en situaciones particulares. Ejemplo que Josehp Raz considera a este sistema de reglas como un sistema jurídico; no obstante el hecho de que en él no incluye reglas concernientes al uso de la fuerza. pp. 105-107. SANTIAGO NINO culmina su obra bajo el criterio de que, la existencia de un órgano jurídico está vinculada al ejercicio de la coacción. Sobre este punto, es atingente citar a KELSEN cuando infiere que: Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Véase en: Hans Kelsen. "Teoría pura del Derecho". Ob. cit. p. 126.), luego, pone esa fuerza a disposición de los particulares para que hagan valer los esquemas de cooperación en persecución de sus fines particulares.

Así podemos decir con seguridad que, la amenaza de pena que nuestro Estado regula en el Código Penal con el objetivo de desalentar la comisión de distintas conductas disvaliosas y peligrosas, es exactamente igual en cuanto a estructura se refiere, a la amenaza de mal que alguien utiliza para lograr una conducta determinada de otra persona –amenaza personal o individual-. (Resalta KELSEN, que la técnica específica del derecho, que consiste en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Véase en: Hans Kelsen. "Teoría pura del Derecho". Ob. cit. p. 58.) Por ello en ambos casos, existe una amenaza con el objetivo de desalentar la realización de una conducta (coacción estatal) (Diferenciando el poder de dos repúblicas antiguas (Roma y Venecia), describe MONTESQUIEU, que en la de Roma se defendía los restos de su aristocracia contra el pueblo, en tanto que los inquisidores de Venecia mantenían su aristocracia contra los nobles. Así, la dictadura en Roma duraba poco tiempo, ya que su objeto era intimidar al pueblo y no castigarlo; creada para un momento dado o para un caso imprevisto, la autoridad del dictador cesaba con las circunstancias que se la habían dado. En Venecia, al contrario, era una magistratura permanente; allí la ambición de un hombre se convierte en la de una familia, la de una familia en varias, necesitándose una magistratura oculta, porque los

crímenes que ha de perseguir y castigar se fraguan en secreto. Es una magistratura inquisidora, porque no tiene que evitar los males conocidos, sino prever o averiguar los que se desconocen. Por último, la magistratura de Venecia fue creada para castigar delitos que se sospechaban, en tanto que la de Roma empleaba las amenazas más bien que los castigos, aún para los crímenes confesados por sus perpetradores. Véase en: Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes”. Ob. cit. pp. 38-39.) o en su defecto de alentarla (coacción individual). Nótese, que la única diferencia existente, se da sobre el sujeto que pone en perspectiva el mal, en un caso es el propio Estado a través de su poder legítimo, en el otro el autor de la amenaza que contiene una condición, de ahí que se diga que se alienta y/o anima a realizar una conducta.

Hasta aquí, puede parecer que el subtítulo en desarrollo -La Coacción Estatal y Coacción Individual- nada tiene que ver con el tema principal de investigación, o quizás sea posible de criticarse que la Coacción Estatal no tiene relación con los objetivos perseguidos; sin embargo como se verá en el siguiente párrafo, la coacción –estatal e individual- siempre ha sido un punto de quiebre por los tratadistas filosóficos en busca de lo que es el Derecho.

El célebre criminalista sajón del Siglo XVII, Benedict Carpzov tenía el problema de los salteadores de caminos que operaban “invitando” a sus víctimas a entregarles su bolsa si querían proseguir su viaje. La concepción filosófica de la coacción veía en la entrega de la bolsa un acto, si bien inducido por miedo, no obstante voluntario. Su traducción en términos jurídicos consistía en considerar dicho acto como una tradición de dinero, susceptible de ser revertida con consecuencias desfavorables para el adquirente bajo el régimen de la “*actio quod metus causa*”, para Carpzov la coacción de la entrega de una cosa bajo amenaza constituye un atentado contra la paz pública tan relevante como el apoderamiento de la misma acompañado del vencimiento de la capacidad de oponer resistencia a ello. (Bascuñán Rodríguez, Antonio. “El Robo como Coacción”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, Año 2002. p. 63.) Como se ve, había ya un desarrollo filosófico jurídico amplio de la coacción en el robo, pero no en la violación, como se verá en lo que sigue, la concepción alcanzada en el delito de robo fue llevada a otros delitos que también eran cometidos mediante coacción, tal

como en el delito de violación sexual. Desde luego en épocas antiguas como Roma y Grecia, ya existía una apreciación de la terminología “*vis*” entendida como fuerza, la que fue aplicada al derecho civil.

La frase “alentar a realizar una conducta”, del cual el investigador sostiene aquí, ya era un tema iusfilosófico entre quienes buscaban definir el Derecho con respecto al concepto de “deber jurídico”. Así Hart, Austin y Bentham opinan cada uno –también de un caso de robo- del caso donde: “Existe una persona que se encuentra coaccionada por las amenazas de un asaltante”. (Santiago Nino, Carlos: “Introducción al Análisis del Derecho”. Ob. cit. p. 190.) La discusión filosófica gira en torno a las afirmaciones de: A.- si el amenazado “tenía la obligación” de entregar el dinero; o, B.- el amenazado (como en los casos de pago de un impuesto) “se vio obligado a hacerlo”. Un análisis, que como veremos más adelante, se centra en aspectos subjetivos y objetivos, para analizar el actuar del amenazado, cuestión fundamental que es propia de estudio por la presente investigación.

Una venerable tradición conceptual proveniente del derecho canónico, afirmaba la distinción tajante entre la “*coactio absoluta*” (posteriormente “*vis absoluta*”), es decir la coacción consistente en suprimir la voluntad del coaccionado, y la “*coactio conditionalis*” (posteriormente “*vis compulsiva*”), es decía la coacción que condiciona gravemente pero deja subsistente la voluntad del coaccionado. (El correlato de esta distinción se encuentra en el Digesto, entre la *vis* y el *metus*, esto es en la doctrina que sostiene la subsistencia de la voluntad a pesar de la coacción intimidatoria. Véase en: Bascuñán Rodríguez, Antonio. “El Robo como Coacción”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, Año 2002. p. 62.)

### **2.3.2.2. Importancia del Medio Empleado:**

Ahora bien, en el desarrollo del “*Iter Criminis*” (El “*Iter Criminis*” en su locución latina literalmente significa “itinerario del crimen”, y suele designarse con ella la investigación de las fases por las cuales pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta la consumación del delito, esto es, todo lo que acaece desde que la idea entra en él hasta que se consigue el logro de sus afanes.), el posible autor de un resultado ilícito, -posible porque se encuentra en el

desarrollo del delito-, se distinguen su participación, su accionar desde el plano horizontal y el plano vertical. En el primero, plano horizontal, se define quién ejecutará el hecho, quién será la víctima, cuáles los medios comisivos y cuál la magnitud de la lesión del bien jurídico, serán criterios decisivos y quien los define todos, desde luego autor (coautor si son varios). En el segundo, plano vertical, hay que distinguir entre coautoría vertical e instigación.

Así, ese posible autor para satisfacer su necesidad delictual vemos que requiere medios comisivos; medios que a la hora de analizar la imputación objetiva, se les suele describir como: “medio empleado, medio comisivo o medio típico”. Por ello, este medio se convierte en un elemento del tipo objetivo, y donde se requiere que exista una relación causal que vincule ese medio con el resultado producido (Sobre la relación causal entre el medio empleado y el resultado, se tiene en la jurisprudencia el R.N. N° 5373-99-Cono Norte-Lima, donde se sostuvo lo siguiente: "Para la configuración del delito de robo, es necesario que exista una vinculación tanto objetiva como subjetiva de la violencia con el apoderamiento; ello implica que su empleo haya sido el medio elegido por el agente para perpetrarlo o consolidarlo."); resultado que solo puede acontecer, si ese medio fue idóneo para crear un peligro o lesionar un bien jurídico protegido por la norma penal, y será idóneo solo cuando posee capacidad suficiente para colocar en riesgo de daño a bienes o personas en forma determinada o indeterminada, contrario sensu el medio será considerado inidóneo por su ineficacia absoluta. (Artículo 17 del Código Penal Peruano: No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiidad del objeto.)

Con respecto a la relación causal existente entre el medio empleado y el resultado, la ejecutoria recaída en el R.N. N° 2924-99 (Rojas Vargas, Raúl. “Jurisprudencia Penal y Procesal Penal 1999-2000”. Lima: Editorial Idemsa. 2000. pp. 521-524.), ha señalado lo siguiente:

“El delito de robo agravado es eminentemente un delito de sustracción, mientras que, por el contrario, para configurar el delito de extorsión, se requiere que sea el propio sujeto pasivo quien haga entrega de una ventaja económica indebida ante la amenaza o

violencia que recaiga sobre él o un tercero; en el supuesto de extorsión, si bien el agente se vale de idénticos medios comisivos, esto no ocurre tratándose de la forma comisiva, la que difiere de la del robo, ya que como hemos sostenido, el delito de robo importa la acción de “sustraer”, mientras que la acción propia de la extorsión, implica la acción de “obligar”, la cual supone la existencia de una voluntad contraria que el agente debe vencer; dicho esto, queda claro que entre el acto de disposición patrimonial y la intimidación o violencia, debe existir una relación causal; que, las precisiones conceptuales expuestas, nos llevan a concluir que resulta técnicamente imposible, que una misma conducta sea calificada como delito de robo y extorsión al mismo tiempo, dada la sustancial diferencia que existe entre los elementos que forman parte del tipo objetivo de cada uno de ellos, quedando claro que cuando hay apoderamiento de parte del agente hay robo y cuando hay disposición por parte de la víctima hay extorsión”.

JAMES REATEGUI SANCHEZ siguiendo la postura de Marquéz Cárdenas, sostiene que en el derecho penal el vocablo “instrumento” tiene dos significados: en primer lugar está referido a los medios típicos (Ejemplo, arma blanca, arma de fuego), que utiliza el sujeto activo para perfeccionar el hecho punible, el instrumento vendría a ser el medio -idóneo- para la comisión de un delito. En segundo lugar el término “instrumento” es un elemento indispensable en la noción de autor mediato. (Reátegui Sánchez, James. “Manual de Derecho Penal Parte General”, Vol. II. Perú: Pacífico Editores, Actualidad Penal; 2012. p. 812.)

Entonces, el sujeto activo al desencadenar su conducta delictiva y para los efectos delictivos perseguidos, también puede hacer uso de una tercera persona llamado “instrumento” (casos de autoría mediata), donde este tercero carece del dominio del suceso, pero produce un resultado en el supuesto de hecho en forma exclusivamente corporal o como un objeto natural. Bajo esta línea interpretativa del Instrumento en la autoría mediata, también existe a lo que se llama “dominio de la voluntad mediante coacción”

donde el hombre de atrás instrumentaliza mediante amenaza, coacción o intimidación a una persona que obra justificadamente. (Código Penal Peruano Comentado. Tomo I, Título Preliminar, Parte General. Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2004. p. 862.)

El modo o el medio empleado tiene importancia para la ley penal, pues para determinados delitos se exige una forma particular de su comisión y donde es la propia norma penal que expresamente lo señala en el tipo; mientras que en otros delitos los medios por los cuales se puede valer el sujeto activo son indeterminados (El autor BENAVENTE CHORRES señala que, con respecto a los medios empleados, existen tipos que individualizan conductas que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que solo pueden cometerse en una circunstancia determinada. A estos últimos se les denomina: tipos circunstanciales. Asimismo cuando el delito se puede ejecutar utilizando cualquier medio, entonces estamos ante tipos de formulación libre, en oposición a los tipos de formulación casuística en los que se requiere el empleo de un medio determinado. Véase en: Benavente Chorres, Hésbert. "La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio". Barcelona: J.M. Bosh Editor; 2011. pp. 177-178.) y no se expresa en el tipo, aquí todos los medios empleados son válidos y serán considerados típicos, siempre y cuando sean idóneos para consumir el fin perseguido por el autor. A su vez existen otros tipos, donde la ley los ha tenido en cuenta como "circunstancias agravantes"; en otros casos el medio empleado es un elemento que permite atenuar un resultado, como en los casos de preterintencionalidad.

### **2.3.2.3. Los Medios Coactivos y Delitos Coactivos:**

Para la realización de la acción material del delito, la doctrina ha distinguido entre: A) Medios físicos o materiales.- cuales actúan directa o indirectamente sobre la integridad física de la víctima; los directos pueden ser un balazo, una puñalada, un veneno; y son indirectos cuando un resultado se causa por medio de un animal, indicarle a un ciego que tome un vaso de veneno. B) Medios morales o psíquicos.- Que son aquellos que actúan sobre la psiquis de la víctima, como es el miedo, el terror, el espanto, las sorpresas, malas noticias, etc. (Torres Neuquén. "Guía de Estudio de Derecho Penal Parte Especial". Buenos Aires, Argentina: Editorial Estudio S.A.; 2007. pp. 14-15.)

La norma penal regulatoria de una acción prohibida, que enumera el empleo de los medios típicos, llega a regular en ciertos tipos penales los llamados “medios coactivos”.

Debemos precisar, que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define como coacción, señalando que es la fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo. (Diccionario De La Real Academia De La Lengua Española. Vigésima Segunda Ed. 2001.) Dicha generalidad, es confirmada por el desarrollado trabajo del Dr. Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, quien expresa que coacción: “Es la fuerza o violencia que se hace a una persona para obligarle a decir o hacer algo, siendo éste alcance el de una coacción punible, porque avasalla la libertad ajena. (Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Tomo II, 24ava Edición. Argentina: Editorial Heliasta. 1996.) Por coacción se entiende entonces, en su sentido usual y cotidiano, que la conducta o medio de coacción, busca la limitación o realización de un determinado acto o suceso por parte de una persona. (La “coacción”, como término correspondiente al lenguaje jurídico, es una palabra de reciente data en el idioma castellano; hasta el Siglo XVIII, los términos castellanos para referirse a la coacción eran los de “fuerza” y “violencia”. El primero deriva del término “força” (del latín fortia), que sustituyó al término latino “vis” en todos los romances de occidente. Véase en: Corominas, Joan Y Pascual, José A. “Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico”. Tomo II. 1984. pp. 103, 972; Tomo IV. p. 823. La fecha convencionalmente asignada a la introducción del término “coacción” en el idioma castellano es el año 1729, que corresponde a la publicación del Tomo II de la edición del Siglo XVIII del Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia Española (1726-1739), en el cual se señala que el término “es voz puramente latina y de poco uso”.)

Son medios comisivos: la violencia, el engaño, la amenaza, el abuso de autoridad, y otros; y en la medida que uno de estos medios comisivos reúnan las condiciones y tiendan a lesionar la libre decisión del sujeto sobre quien recae esta acción, deberán de ser serán consideradas como “medios coactivos”. (Para el autor ANDRES D’ALESSIO, tanto la violencia, las amenazas, abuso de autoridad se configuran como medios coactivos. Véase en: D’Alessio, Andrés José. “Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial (artículos 79 a 306)”. Buenos Aires: Editorial La Ley; 2004. Ob. cit. pp. 193-194.)

Sobre la base de lo antes citado, se esclarece que a las conductas prohibidas o ilícitas del sujeto activo donde utiliza un medio coactivo, se corresponde al llamado “delito coactivo”, delitos que se identifican esencialmente por configurarse sobre la base de determinadas conductas del sujeto activo que, en mayor o menor medida, va a lograr afectar la libertad del sujeto pasivo, llevándolo a limitar o realizar un acto determinado que lesionará un bien jurídico distinto de la libertad personal.

Al respecto FRANCESCO CARRARA ha señalado lo siguiente: “Cuando uno toma a una persona y la retiene a la fuerza para consumir sobre ella un robo, una lesión o un ultraje contra el pudor, es evidente que la libertad de esa persona ha sido impedida y lesionada en el momento en que debía manifestarse, pues habría querido huir, y se lo impidió la fuerza ajena; no hubiera querido padecer ese ultraje, pero esa misma fuerza se lo impuso. Empero, esa violencia privada, inferida a su libertad, no fue en sí misma un fin, sino un medio, y un medio dirigido a lograr un fin que incluía la lesión especial de otro derecho...., El que amenaza a otro con algún mal, con esto lesiona tan sólo la libertad del amenazado; pero si lo amenaza con el fin de obtener dinero, desaparece el criterio negativo del delito de amenaza, y a causa de este fin resulta determinada la clase por el derecho de propiedad, para cuya lesión se empleó la amenaza como medio; y entonces el título especial de amenaza, que como hecho aislado pertenece a la presente categoría de delitos (delitos contra la libertad), queda absorbido en el título de extorsión consumada o tentada”. (Carrara, Francesco. “Programa de Derecho Criminal, Parte Especial”. Vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero). Bogotá: Editorial Temis; 1997. pp. 328-329.)

Se hace la atinencia, de que, cuando hablamos de un delito coactivo, nos referimos no precisamente al delito de coacción propiamente dicha, sino a cualquier tipo penal que para su configuración típica requiere el uso de un medio de coacción.

En relación a la dogmática jurídico penal, los “medios coactivos” tienen relevancia, en que suelen reiterarse, como elementos del tipo objetivo, en distintos delitos de la parte especial; pues como lo dice el



maestro CARRARA, no hay otra forma de llamar a todos los tipos penales que contiene en su descripción un elemento de coacción, sino únicamente como delitos coactivos. (Ibídem, p. 414.) Como así también que poseen especial significado en ciertos ámbitos de la teoría general del delito.

Entonces cabe hacer la atinencia, de que no todo medio empleado, medio comisivo o medio típico, llegan a configurarse como un medio coactivo.

Considero particularmente, que el elemento del “medio empleado, medio comisivo, medio típico o instrumento” del que se vale el autor, constituye una regla de interpretación que debe ser apreciada en todo el contexto del caso en particular, pues exige una valoración no solo en abstracto sino también en concreto, porque un medio por lo general no idóneo puede ser apto en determinadas circunstancias o sobre ciertos sujetos; a su vez medios que objetiva y razonablemente son mortíferos, pueden dejar de serlo por la forma inocua e intencionadamente menos vulnerante con que se lo utiliza.

#### **2.3.2.4. Los Delitos Coactivos en nuestra Legislación Penal:**

La coacción aparece como la infracción base de toda la gama de delitos que se ajustan contra la libre determinación de la voluntad del sujeto pasivo (secuestro, violación de domicilio, violación sexual, robo, extorsión, etc.). (Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo I. Lima-Perú: Editorial Idemsa; 2008. p. 447.)

Los “medios comisivos o coactivos” llegan a identificar distintos tipos penales básicos o, en su caso, configuran las versiones agravadas de determinadas conductas típicas. En el Código Penal Peruano de 1991, vigente en la actualidad, los medios coactivos se presentan como elementos centrales de la estructura típica de un grupo considerable de delitos.

En primer lugar, se encuentra el grupo más frecuente en que el legislador penal recurre a las figuras de la “violencia y amenaza”; a saber,

son los siguientes artículos del Código Penal Peruano de vigente, concordante con las actuales modificaciones: Art. 151, Art. 153, Art. 166, Art. 168, Art. 181, Art. 188, Art. 189, Art. 200, Art. 202, Art. 206, Art. 296-A, Art. 296-C, Art. 415, Art. 354, Art. 355, Art. 365, Art. 413, Art. 414, Art. 415.

En segundo lugar, se ubican los supuestos en que se tipifica solo el medio coactivo más extremo, la “la violencia”, a saber: Art. 283, Art. 315, Art. 338, Art. 348. Y, el Art. 241, que solo tipifica el medio coactivo “la violencia”.

En tercer lugar, se hallan el grupo de conductas típicas que el legislador ha considerado que se configuran con la “la intimidación y la violencia”, siendo los siguientes: Art. 285, Art. 301, Art. 366.

Mientras que en el cuarto grupo, se ubican los delitos que utilizan los medios coactivos “violencia y grave amenaza” en su descripción legal, los siguientes: Art. 170 y Art. 176.

Y finalmente en el quinto y último grupo, se encuentran los supuestos, donde el legislador ha optado por una descripción amplia de medios coactivos o comisivos, como son aquellos casos donde se recurre a “la violencia, intimidación, amenaza, engaño, abuso de autoridad, etc.”, se encuentran los siguientes tipos penales: Art. 153, Art. 175, Art. 179, Art. 196, Art. 202, Art. 243-B, Art. 247, Art. 285. Mientras que los tipos penales, descritos en el Art. 198, Art. 153, Art. 251 y Art. 416, aluden dentro de su descripción típica a otros medios fraudulentos, como forma de comisión delictiva.

Sin dejar de mencionar a los tipos penales regulados en los Artículos 196 y 198, hallamos en su descripción a varios medios comisivos, y a la vez se menciona, como forma de comisión a otros medios fraudulentos.

Cabe hacer la observación al Artículo 369 – Violencia contra la autoridad; que conforme a su nomen iuris, en su descripción típica, no se aprecia como medio de comisión a la violencia y menos a otro medio comisivo.

Nótese que dentro del cuarto grupo de delitos, que describen en su tipo penal a la “violencia y grave amenaza”, son tan solo dos artículos, y acorde con la familia de tipos penales regulados contra la Libertad e Indemnidad Sexual – Capítulo IX del Código Penal, son totalmente distintos del resto de grupos, al menos por la Grave Amenaza; pues el legislador penal peruano ha optado en dicho grupo, distinguir en base a los mencionados medios coactivos (Violencia y Grave Amenaza) como elementos necesarios para la configuración típica de los delitos en concreto, lo que los diferencia del resto de tipos penales. Son mencionados los autores peruanos, que desarrollan a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, y más concretamente los Artículos 170 y 176, como Agresión Sexual mediante Coacción y Actos contra el Pudor mediante Coacción respectivamente – sobresaliendo el término coacción. (Caro Coria, Dino Carlos y San Martín Castro, Cesar. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, aspectos penales y procesales”. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2000. pp. 77-93.)

De igual forma, existe un pequeño grupo de tipos penales, que regulan en su descripción como medios coactivos a la Violencia e Intimidación; cuales se ubican en el tercer grupo antes mencionado, regulación de dicho medio coactivo dada por nuestro legislador que más adelante será desarrollado en nuestra investigación. Acorde con ello, el Artículo 176 del CP – Favorecimiento a la Prostitución, se hace mención al término “...o cualquier medio de intimidación”, al respecto se hace necesario aclarar cuáles son esas clases de intimidación, o es que acaso es posible admitir que el mismo es un término polivalente y ambiguo; sucediendo lo contrario en el Artículo 181 del CP – Proxenetismo, donde se utiliza el término “...u otro medio de coerción”, que es otro término poco entendido de lógica.

#### **2.3.2.5. Delitos particulares con Contenido Coactivo:**

En el estudio dogmático jurídico de los tipos penales -en concreto-, es en el delito de Aborto no Consentido - Art. 116, de nuestra legislación actual, donde aparece la primera referencia a los “medios coactivos”. En ese sentido, para que la comisión del delito de Aborto Consentido se

configure, el consentimiento prestado por la gestante debe ser legal, voluntario y espontáneo y sin ningún vicio que lo invalide, esto es, debe ser emitido por mujer mayor de dieciocho años, sin violencia ni coacciones de algún tipo, caso contrario, estaremos frente a la figura delictiva del aborto no consentido.

También carece de valor el permiso que pudiera prestar una enajenada o débil mental. Igualmente, si el consentimiento es obtenido por violencia, intimidación, amenaza o engaño, desaparece la figura delictiva del delito de Aborto Consentido. (Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. pp. 183-184.) Nótese que existen diversos medios comisivos como formas típicas del delito de Aborto no Consentido, como la violencia, intimidación, amenaza o engaño.

En tanto que, el jurista FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, realiza una interpretación mucho más precisa, al señalar que: El elemento nuclear del tipo penal (aborto no consentido) es que el agente actúe contra la voluntad de la madre mediante violencia física (*vis absoluta*) o coacción (*vis compulsiva*), que sea equiparable a una falta de consentimiento. (Villavicencio Terreros, Felipe. "Derecho Penal Parte Especial". Vol. I. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2014. p. 358.) Nótese que este autor nacional delimita la coacción solo a la vis compulsiva. Con el mismo criterio, se pronuncia el jurista ALONSO PEÑA CABRERA, al referir que, el agente se enfrenta a una gestante, que le ha expresado su negativa a permitir que le practiquen el aborto, por lo que el autor opta por desplegar una violencia y/o amenaza lo suficientemente intensa, para poder doblegar dicha negativa, vis compulsiva, con una fuerza física idónea, v.gr, golpes, amenaza de muerte con un arma de fuego, siendo maniatada, es decir, se encuentra imposibilitada de ejercer mecanismos de defensa. (Peña Cabrera F, Raúl A. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo I. Ob. cit. p. 191.)

No siendo de otra forma, en la dogmática de la legislación argentina respecto del Penalista EDGARDO ALBERTO DONNA, cuando refiere que en la figura en análisis, aparte del engaño a la víctima, de más está decir que entran en estos casos los de violencia (*vis absoluta*) y la coacción (*vis*

*compulsiva*). (Donna, Edgardo Alberto. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores; 1999, p. 76.)

Criterios de interpretación que no cambia en el resto de tipos penales que usan como medios coactivos a la violencia y a la amenaza, ubicados en el primer grupo de delitos antes expuesto en los delitos que solo describen a una de las dos formas de comisión.

Es el delito de Coacción regulado en el artículo 151 del CP, que en su descripción típica, regula la forma de su comisión a través de dos medios coactivos, "violencia y amenaza" términos expresos en su tipo; al respecto el jurista SALINAS SICCHA, refiere que el autor Roy Freyre que prefiere denominar a la violencia y amenaza (regulados en el artículo 151) como la "coacción violenta" y "coacción amenazante" respectivamente; debe entenderse por violencia o como se conoce en doctrina, la vis absoluta o vis phisica o vis corporalis, a aquella fuerza o energía física que el sujeto activo o agente descarga sobre el cuerpo de la víctima con la finalidad de obligarle a realizar lo que la ley no manda o impedirle hacer lo que la ley no prohíbe. Por otro lado, debe entenderse por amenaza o vis compulsiva al anuncio de un propósito de causar un mal que realiza el agente sobre su víctima con la finalidad de doblegar su voluntad. (Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". Ob. cit. pp. 539, 540.) Es atinente hacer mención lo explicado por ALONSO PEÑA CABRERA, cuando indica que, la amenaza es el género y la coacción la especie, o si se quiere, ésta representa un grado más en el ataque contra la voluntad, puesto que quien coacciona se vale también de amenazas o de violencia. (Peña Cabrera F. Alonso Raúl. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo I. Ob. cit. p. 447.)

En el delito de Secuestro, tipificado en el Artículo 152, se describe como su tipificación: "al que sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, ... cualquiera sea la modalidad". En efecto allí se argumenta que "el delito de secuestro, atenta contra la libertad ambulatoria de las personas, es decir, presupone ir contra la voluntad del sujeto pasivo, y al no señalarse la forma de comisión, es que se identifican diversos medios comisivos, no determinados por la ley, pero que, desde

una perspectiva criminalística, son por lo general la violencia, la amenaza y el engaño, y cuyo perfil más nítido se da en los casos de encierro o, internamiento o de detención del sujeto pasivo, mediante los cuales se priva al sujeto pasivo de la facultad de trasladarse libremente de un lugar a otro. (Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". Ob. cit. p. 550.)

Sobre ello, los juristas peruanos no han desarrollado con precisión los medios de los que se valdría un secuestrador, a diferencia del autor SALINAS SICCHA y de JAVIER VILLA STEIN, citado por el primero de los mencionados.

Por su parte, en el delito de Usurpación, respecto de los medios coactivos descritos en el tipo penal - Art. 202; el delito se puede perfeccionar utilizando violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza para despojar a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, y por otro lado se perfecciona con la violencia o amenaza, al turbarse la posesión de un inmueble. Nótese también que el legislador peruano regula de forma expresa diversos medios de coacción; sin embargo corresponde acometer y atacar el error cometido por el legislador con respecto al medio de coacción "violencia" en el delito de usurpación, cual conforme a la modificación por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicado el 19/08/2013, se ha señalado que: "La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 (despojo) y 3 (turbación) se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes".

Conforma ya se conceptualizado a la amenaza en los párrafos anteriores, y contrario a lo que el legislador regula en el delito de usurpación, debe resaltarse que nos encontramos ante una inadecuada fórmula legislativa que distorsiona el aspectos tan básicos como la semántica de la "violencia". Con la modificatoria dada, se sostiene que la violencia que usa el sujeto activo en la usurpación, no solo se ejerce contra los sujetos poseedores de un bien inmueble, sino también sobre los bienes; haciendo una breve revisión a la estructura de nuestro Código Penal y el grupo de delitos en los que se hace referencia a la violencia como medio para cometer el ilícito, saltará a la vista que el concepto de violencia se ha

relacionado a la posibilidad de que sea percibida o recibida por una persona como sujeto pasivo de la acción.

Cuestión que en la doctrina nacional, se ha desarrollado bajo ese criterio; con Bramont-Arias Torres, quien describe a la violencia en la usurpación como la fuerza física que se ejerce sobre la persona, suficiente para vencer su resistencia. (Bramont Arias T., Luís. "Manual de Derecho Penal Parte Especial". Lima: Editorial San Marcos, Especial 1994. p. 282.) SALINAS SICCHA puntualiza que la violencia conocida también como *vis compulsiva*, *vis corporalis* o *vi phisica*, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatárle o despojarle su inmueble. (Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra el Patrimonio". Lima: Editorial Idemsa; 2002. p. 372. Esta posición también ha sido tomada por la jurisprudencia en el Exp. 438-2012-0-1401-JR-PE-01 de fecha 15.10.12.) Atar, amordazar, golpear, empujar, apretar o utilizar cualquier mecanismo, es emplear violencia material. (Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal, Parte Especial". Ob. cit. p. 939.)

En el mismo sentido el Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ-116 desarrolla, que al referirse a la violencia, se señala cualquier género e intensidad de violencia física *vis in corpóreo* -energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima- es penalmente relevante. De lo antes expresado, queda claro que es imposible aplicar este alcance de violencia contra las cosas, fundamento que se corresponde con la postura que la violencia solo puede ser percibida por las personas, y no por las cosas, como lo ha indicado el legislador. Es de verse, que de plano, con la modificatoria dada en el delito de usurpación, lo que se hace es confundir los "actos de violencia", con el concepto dogmático jurídico "violencia"; máxime si en nuestra legislación penal ubicamos el Artículo 348, donde regula: "quien en forma tumultuaria, empleando violencia contra las personas o fuerza en las cosas, se atribuye los derechos del pueblo y peticiona en nombre de esta para exigir de la autoridad la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones, ...". Quedando claro así, que no existe en la lógica jurídica, la violencia contra las cosas, más sí actos de violencia y/o actos de fuerza en las cosas. Acorde con ello, el jurista

MUÑOZ CONDE (Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal Parte Especial". Valencia: Tirant To Blanch; 1999. p. 353.), ha referido que: "... la acción requiere para su tipificación la realización de violencia o intimidación en las personas; es por tanto atípica, o constituye otro delito, la usurpación empleando fuerza en las cosas".

Pasando a otro punto de análisis de los medios comisivos, en los delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Monetario y Financiero, dichos medios de los que se vale el sujeto activo, aparecen sin dudas en torno a las de defraudaciones. Allí el Art. 196 del CP tipifica el delito de estafa construido sobre la figura del engaño.

#### **2.3.2.6. Importancia de la Interpretación de la Grave Amenaza:**

El análisis simple y genérico de los grupos delitos antes enumerados pone de manifiesto la existencia de elementos recurrentes, que fueron utilizados por el legislador penal para la configuración de variadas figuras típicas.

Luego vemos que el concepto violencia, aparece como medio de comisión de la mayoría de delitos en nuestro código penal peruano, lo que lo sindicamos como de vital importancia en una concepción fragmentaria del Derecho penal, derecho que se limita a proteger los ataques más graves a los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal, y que el mismo término se presenta como un concepto atractivo pero quizás un poco común y un poco confuso, tal como se ha visto con la distorsión de la violencia, como la apreciable respecto del delito de usurpación, (Vizcarra Vizcarra, Paúl. "Distorsión de la violencia como medio en el delito de usurpación". Lima: Actualidad Penal. Instituto Pacífico. N° 5; 2014. P. 122.) ante su interpretación en el delito de usurpación, dada su reciente modificatoria (violencia sobre los bienes).

Mientras que en el Derecho Civil, también se regula las formas de coacción "Violencia e Intimidación", en lo que respecta a la Anulación del Acto Jurídico, (Código Civil Peruano vigente de 1984) Artículo 214 del Código Civil, cual prescribe que: "La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico,...". Sin embargo resulta complicado



comparar si los medios de coacción a que hace referencia el Código Civil se corresponden a las interpretaciones dadas en el derecho penal peruano.

El desarrollo doctrinario, como ya se señaló anteriormente, se ha ocupado a lo largo del paso de los años del problema de la delimitación de los términos violencia, amenaza y grave amenaza en el Derecho penal y de su equiparación entre *vis absoluta* - *vis phisica* - *vis corporalis* y *vis relativa* - *vis Compulsiva*, respectivamente.

Sin embargo, no se ha detenido en profundidad a analizar uno de los conceptos ciertamente más complejo, esto es, la “grave amenaza” y su delimitación como medio coactivo y explicar su estructura típica; ello sin quitarle al término jurídico violencia un mínimo de relevancia. Siendo el jurista peruano JOSE CASTILLO ALVA, quien ha desarrollado de forma minuciosa y en profundidad el concepto de violencia en el delito de violación sexual, mismo quien aclara que, la ley penal castiga el empleo de la violencia en razón de ser un medio calificado que se utiliza para doblegar una voluntad libre o la libertad personal en el ámbito sexual; siendo un error grave contemplar que la razón del castigo de la fuerza física en el delito de violación sexual reside únicamente en la producción de lesiones o daños al cuerpo. Semejante punto de vista de ser consecuente llevaría a considerar como bien jurídico protegido en la violación sexual a la integridad corporal y no a la libertad sexual. (Castillo Alva, José Luís. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. p. 75.)

Excepcionalmente existe jurisprudencia que de manifiesto ha otorgado una conceptualización a la grave amenaza, (R.N. N° 3166-2012, de fecha 24/01/2013. Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente. Ayacucho. Sala Penal conformada por los Jueces Villa Stein, Pariona Pastrana, Salas Arenas, Barrios Alvarado, Tello Gilardi.) pero que dicha terminología jurídica penal requiere una interpretación unívoca y de un mínimo consenso sobre su interpretación al momento de solucionar los casos reales – prácticos.

Es notable la expansión mediática que hoy padece el Derecho penal, al mostrarse como los representantes de nuestro congreso, usan al derecho penal de forma abusiva, en la creencia de ser el solucionador de todos los

conflictos intersubjetivos, llegando a configurarse lo que se llama una politización de la penalidad (Pauca Castellanos, Miguel Ángel. "Derecho Penal Constitucional – El derecho penal y su concordancia con la constitución". En: Boletín Peruano de Derecho Constitucional. N° 4. Huancayo; 2013. p. 109.) y no una verdadera política criminal, dejándose de lado la configuración de un derecho penal mínimo, cual busca limitar el poder sancionador *o lus Puniendi* del estado; con todo esto, no sólo es posible hablar de expansión del Derecho penal por la creación legislativa de nuevos tipos penales o por el aumento de las penas a los delitos ya existentes, sino que, también se da una interpretación extensiva de los conceptos penales por parte de los jueces, como lo sucedido con el termino violencia en la figura delictiva de usurpación, lo cual es una forma de acrecentar el ámbito de intervención del Derecho penal. Derecho que se puede expandir, ya sea por una reforma legal que tipifica una conducta cual anteriormente no era constitutiva de delito, como por una interpretación jurisprudencial que amplía el ámbito de aplicación de una norma penal ya existente; situación que no es ajena a nuestra práctica judicial nacional.

Aclaro que, éste no es un trabajo de Política criminal ni se pretende aquí presentar nuevos tipos penales para mejorar el funcionamiento de los delitos contra la libertad sexual. Por el contrario, es un trabajo dogmático de interpretación del tipo objetivo de un delito de la parte especial, que como tantos otros puede realizarse recurriendo a los criterios existentes y logrados por la doctrina de la parte general durante años, que no es otra cosa que la evolución legislativa de nuestro código punitivo.

### **2.3.3. LA GENERACION DE VINCULOS INTERSUBJETIVOS EN EL DERECHO PENAL:**

Cuando un intérprete del derecho se enfrenta a una norma penal cuyo precepto legal llega a incorporar elementos que describen una relación intersubjetiva, relación que crea la concurrencia de conductas en los sujetos intervinientes; las posibilidades de explicación del tipo penal se amplían manifiestamente. Así, las relaciones intersubjetivas descritas en el tipo pueden ser abordadas desde dos perspectivas o puntos de vista; ya sea

desde una posición objetiva y libre de valoraciones personales o desde una perspectiva subjetiva con base en criterios individuales de apreciación. A su vez, la perspectiva subjetiva puede ser abordada desde el punto de vista del sujeto activo, del sujeto pasivo o de un observador externo de la situación como puede ser, por ejemplo el propio juez penal.

El tipo penal de violación sexual, tiene su regulación expresa como delito en el Artículo 170 de nuestra legislación, y donde se representa uno de esos ámbitos en los cuales se describe una relación intersubjetiva. Pues su conducta típica establece una relación entre, dos sujetos como mínimo, con una serie de particularidades. Así pues, de forma muy clara, los elementos normativos violencia y grave amenaza describen una relación entre sujeto activo y sujeto pasivo donde desarrollando un proceso relativo complejo (porque no es un elementos de análisis genérico), se llegará a determinar por completo su configuración y a partir de allí a la existencia de la conducta típica. En la gran mayoría de los casos esa relación inter-partes va a quedar formado a través del uso de las palabras o de gestos que requieren, como en un proceso normal de comunicación, de recepción, aprehensión y efecto (así con respecto a la grave amenaza, el que amenaza se convierte en un sujeto emisor, y el amenazado se convierte en un sujeto receptor).

Ahora bien, ese elemento de relación inter-partes es explicado mediante posturas doctrinarias; cuales como toda otra posturas en el derecho, estos se confrontan, donde es cotidiano que en el desarrollo de las sociedades, las perspectivas del conocimiento aplicables al derecho, fueron desarrollados bajo teorías, que por sui generis se mostraron teorías de niveles objetivos, subjetivos y mixtos; estas conjeturas doctrinarias siempre fueron materias de disertación, discusión y estudio por la dogmática jurídico-penal, (La Dogmática jurídico-penal para ROXIN, es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal. Véase en: Roxin, Claus. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito". Tomo I. Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas; 1997. p. 192.) así como en todos los ámbitos del Derecho en general, posturas que

intentaron resolver problemas concretos o incluso plantearon una forma general de observar, pensar y planear el Derecho (Ramos Sujo, Juan A. "Epistemología Jurídica", Teorías del conocimiento y aplicación al Derecho. Ob. cit. p. 44.); y donde cada postura posee una diversidad de conclusiones intermedias y finales.

#### **2.3.4. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN LA LEGISLACION PENAL PERUANA:**

##### **2.3.4.1. Importancia de conocer la realidad delictiva en los delitos sexuales:**

Al adentrarnos a la investigación del estudio de la grave amenaza como medio coactivo en el ámbito del delito de violación sexual, se hace imperiosa la actividad de realizar una breve descripción de los inicios legislativos de regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que abarca desde el incanato imperial a los primeros códigos penales emitidos en la república peruana, hasta llegar al vigente Código Penal de 1991 y sus posteriores y actuales reformas legislativas.

Considero que es correcto referirnos a la familia de delitos contenidos en el Capítulo IX, Título IV del CP, como delitos contra la libertad e indemnidad sexual *-de lege ferenda-* y no solamente como delitos contra la libertad sexual *-de lege lata-*, al apreciarse distintos tipos penales que han sido tipificados bajo la idea de proteger ambos bienes jurídicos indistintamente del uno y del otro.

El actual estado de nuestra legislación penal en materia de delitos sexuales no puede ser correctamente comprendido sin tener en cuenta sus antecedentes; pero éstos tampoco pueden ser captados en toda su significación si no se consideran los resultados de las sucesivas reformas de la legislación penal. De modo que se hace indispensable desarrollar, al menos de manera sucinta los hitos principales del progreso de las disposiciones penales relativas a los delitos sexuales.

Nadie que conozca la realidad judicial puede negar que los delitos contra la libertad sexual representan, junto al homicidio, las modalidades emblemáticas que caracterizan a las llamadas formas de criminalidad violenta. La importancia de su estudio jurídico crece a medida que se observan las modificaciones dadas por el legislativo, donde agravan las penas a las figuras que integran su contenido y que son en algunos casos los más graves del ordenamiento jurídico y en otras modificatorias se muestran nuevas formas de comisión o nuevas conductas prohibidas que agravan el tipo penal. Cambios legislativos que a lo largo de la existencia del derecho penal peruano se ha dado, ello producto de evitar perjuicios sociales, en este caso a las víctimas, a su familia de ésta y a la sociedad, y más bien son modificaciones encaminadas a otorgar seguridad jurídica.

De modo que, como dijera el jurista JOSE LUIS CASTILLO ALVA, los delitos contra la libertad sexual constituyen la manifestación de uno de los campos que se erigen como núcleo permanente del derecho penal, apareciendo como una de las figuras más importantes, no tanto por su desarrollo jurídico-formal, sino más bien por los factores éticos, psicológicos, culturales y sociales que entran en juego. (Castillo Alva, José Luis. "Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales". Ob. cit. p. 08.)

#### **2.3.4.2. Evolución Histórica de la regulación legal de los Delitos Sexuales:**

- a. Época Colonial:** Durante esta etapa cultural social, hubo una concepción moralizadora de la legislación penal, en el marco de un sistema estratificado, dependiente de una concepción religiosa y moral discriminadora de la mujer, donde su sola presencia en los espacios públicos tenía implicancias deshonestas al extremo de ser controlada, inclusive, por el santo oficio. (Caro Coria, Dino Carlos y San Martin Castro, Cesar. "Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales". Ob. cit. p. 57.)

Un completo trabajo histórico de evolución legislativa de los delitos sexuales, ha sido desarrollado por el autor LUIS TAYLOR NAVAS (Artículo publicado en el Sitio Web: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1999\\_15.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_15.pdf).); investigación que describe el momento de la conquista, explicándonos que los numerosos pueblos

indígenas tenían, de acuerdo con su nivel de evolución, diversas normas consuetudinarias. Normas que los conquistadores tuvieron que tener en cuenta ante la imposibilidad de eliminarlas para sustituirlas con su sistema legal. Substitución que consideraban, sobre todo respecto a las relacionadas con la moral, urgente e indispensable hacer. La evangelización de los paganos era una de las justificantes de la conquista y colonización. El paganismo, el canibalismo y la perversión sexual fueron los tres grandes reproches, los tres pecados capitales, que se imputaron a los indígenas y que cada uno por sí permitía negarles las garantías y libertades que les conferían los Reyes de Castilla. (Por disposición de la Corona, se aplicó a los pueblos conquistados el derecho de Castilla, conforme a la ley de Toro. Así mismo, estableció que se respetasen las normas consuetudinarias indígenas “en cuanto no chocaran con principios capitales de la civilización a difundir o interés básico de la monarquía a consolidar”. Con relación a las Leyes de indias, dictadas en diferentes épocas, las leyes de Castilla cumplían la función de normas supletorias para completar sus vacíos y aclarar su sentido. En el ámbito penal, el derecho castellano, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, fue aplicado de manera amplia. Este hecho explica que en las Leyes de Indias las normas penales no sean numerosas. Sin llegar a constituir un código penal. El Libro siete de esta Recopilación, de los asuntos criminales, contenía disposiciones de carácter penal y moral. El Título octavo de este Libro, De los delitos y penas y su aplicación, preveía normas en las que se describían desordenadamente numerosos comportamientos punibles y se estatúan las penas que debían imponerse a los responsables.)

La superioridad moral y cultural afirmada a priori por los conquistadores no correspondía siempre a la realidad. Si bien, aun como los mismos conquistadores, los nativos practicaban comportamientos sexuales que desde la perspectiva española debían ser considerados como pecados o delitos, también es cierto que reconocían y aplicaban principios sociales y morales que coincidían en cierta manera con los de los conquistadores. Aunque percibidos no de la misma manera, por ejemplo, el adulterio figuraba como un comportamiento prohibido grave, lo mismo que el estupro.

Merece señalarse, igualmente, que las relaciones entre hombres y mujeres, en las sociedades nativas eran naturalmente diferentes a las reguladas conforme a los cánones morales y sociales de los

conquistadores. Entre los nativos, el apoderarse de mujeres constituía un elemento esencial para el prestigio y el poder del hombre. El intercambio de mujeres, según los especialistas, estaba regulado por un código de control sexual bastante preciso. La noción de honor sexual no figuraba entre los cánones de comportamiento de la sociedad indígena. Este factor, entre otros de igual o mayor importancia, permite explicar el tipo de relaciones que mantuvieron los españoles varones con las mujeres nativas. Para ellos, éstas carecían de valor, de honor. Prefirieron vivir en amancebamiento que casarse y cuando contraían matrimonio lo hacía para, mediante la aplicación privilegiada tanto de las normas españolas como de las costumbres indígenas, adquirir derechos posesorios sobre tierras y personas.

El derecho español, producto de la sociedad medioeval, estuvo fuertemente marcado por las concepciones morales y sociales de la Iglesia católica. Por lo tanto, como en toda sociedad colonial, patriarcal y estratificada, los comportamientos sexuales de las personas, en especial de las mujeres, fueron estrictamente regulados. Un papel importante desempeñó la idea de honor, la misma que era determinante para, en general, establecer las diferencias entre los diversos estratos sociales mediante la atribución de privilegios de manera discriminada. En cuanto a la sexualidad, la idea medioeval de honor dio lugar a que se considerara la virginidad, el recato, la lealtad como fundamentos de la honra del hombre y de la familia. Por esta razón, la virtud sexual de las mujeres era celosamente vigilada y controlada.

Además, de acuerdo con la concepción de la Iglesia Católica, las mujeres eran consideradas moral y mentalmente inferiores a los hombres, en razón a su tendencia al mal y debilidad ante las tentaciones; lo que también justificaba que se les sometiera a la tutela masculina, considerándolas así como menores en relación con el padre, el marido o el sacerdote.

Un ejemplo claro del trato diferenciado en el dominio penal es el del adulterio. Si el hombre era el adultero, su comportamiento no era

considerado como deshonroso para su mujer. Lo contrario sucedía si la mujer era la responsable. En este caso, el adulterio era considerado consumado aun si sólo estaba unida en esponsales con un varón. Además, se consideraba que el hombre no sólo tenía el derecho de matar a la mujer infiel, sino también el deber de hacerlo.

El rigor del control de la sexualidad se revela en la intervención de la Santa Inquisición, reprimiendo los casos de homosexualidad, bigamia, sodomía y seducción de mujeres por los curas en los confesionarios (a quienes se les designaba con el término “solicitantes”). El peso de su intervención aumentó en la medida en que tuvo a su cargo los procesos contra quienes blasfemaban contra el “sexto mandamiento”; así como contra la virginidad y el matrimonio.

El sistema colonial estratificado, dominado por una concepción religiosa y moral que discrimina a la mujer, condicionado por los intereses individuales determinantes para avanzar en la escala social, dio lugar a una doble moral especialmente en el ámbito sexual. Doble moral que tuvo como uno de sus elementos esenciales el código de honor. Además de los casos directamente relacionados con las conductas sociales prohibidas, esta situación se manifestó igualmente a través de mecanismos como la segregación física (por ejemplo el encierro en conventos), el sistema de la dote y el concepto de la honra. (Taylor Navas, Op. Cit. Ob cit.)

Con la independencia en pie, sin embargo no se llegó a una ruptura con el sistema social y económico de la colonia, así siguieron teniendo vigencia los criterios descritos con respecto a la sexualidad -en las nuevas Repúblicas Americanas-. Los nuevos gobernantes, de manera parecida a como lo hicieron en su momento los Reyes de Castilla, decretaron que la legislación colonial se continuara aplicando siempre y cuando no contradijera los principios e intereses de la República. Para bien apreciar los alcances de este hecho, hay que recordar que la “escolástica vencida en Europa, se refugió en América” y que “el Perú,



merced al esfuerzo del sacerdocio católico, imperó soberanamente, con todos sus vicios y errores, casi todo el periodo colonial”.

- b. El Código Penal de Santa Cruz de 1836 y 1838:** El Código de Santa Cruz, vigente en el estado Sud-Peruano de la confederación Peruano-Boliviana entre octubre de 1836 y julio 1838, recurrió a diversos rótulos de gran contenido moral y a una desordenada tipificación de las conductas punibles; la que contenía un rígido catálogo de moralidad sexual, donde solo el hombre podía ser sujeto activo de “abusos deshonestos”, siendo víctima principal solo la mujer, el impúber -varón menor de edad- podía ser objeto de delito sexual.

Durante esta época, se otorgó mayor tutela a la mujer “honesta” frente a la “pública, conocida por tal”, dada la desaprobación social (moral) de su conducta pública. Se sancionaba por ejemplo, el abuso de una mujer honesta –previéndose como circunstancia atenuante que la violentada fuera “mujer pública, conocida por tal” – (Art. 421), la seducción con la cópula carnal de una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad y menor de 17 años - (Art. 422), el abuso deshonesto de una “mujer no ramera, conocida como tal”, mediante matrimonio fingido, previéndose una atenuante si fuere “mujer publica conocida como tal” - (Art. 568), entre otras conductas típicas. (Caro Coria, Dino Carlos y San Martin Castro, Cesar. “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. Ob. cit. pp. 59-60.)

- c. Época de la República: Proyecto Vidaurre y Proyecto Oficial de 1859:** Aun cuando se realizó movimientos de emancipación que estuvieron inspirados en las ideas de la ilustración, (Salvat – La Enciclopedia. Políticamente es la época del despotismo ilustrado, que desembocará en la separación de poderes y llevará al parlamentarismo, a la vez a una subordinación del poder religioso al político. Tendencias más avanzadas, que parten de un nuevo concepto de naturaleza, establecerán la doctrina del contrato social,... El movimiento de la ilustración partió de las transformaciones ideológicas del renacimiento y se vio potenciado y vivificado por las revoluciones políticas y económicas que se produjeron en Inglaterra en los siglos XVII y XVIII. Vol. 10. Ob. cit. p. 7940.) las concepciones sociales y morales referentes a la situación social de la mujer y a la sexualidad predominantes en la

colonia siguieron influenciando de diversas maneras el sistema de control social. Esto se refleja, de modo relativamente diferente, en dos de los primeros proyectos de Código Penal. El primero, singular por su originalidad, fue obra de Lorenzo de Vidaurre. Bajo el título de "Violencias hechas a las mujeres", éste prevé diversas disposiciones en las que describe ciertos delitos sexuales. La preocupación sobre la protección de la virginidad, como condición especial de la virtud sexual de la mujer, se refleja cuando reprime a quien "violenta a la que es virgen" (Ley 1). Como castigo, estatuye que el responsable se casará con ella, siendo soltero. Si la ofendida no admite, o él se niega, le dará la cuarta parte de su haber. Si careciese de facultades, será destinado a las obras públicas por todo el tiempo que la ofendida permanezca sin casarse, y a esta se asignará el producto de su trabajo, sacando lo muy preciso para su subsistencia. La consecuencia penal del comportamiento muestra una clara tendencia al reconocimiento del matrimonio como circunstancia que regulariza una situación ilícita, fortaleciendo su preeminencia como institución dentro de la cual deben tener lugar los actos sexuales. Si bien se toma en cuenta la voluntad de la mujer violentada, en caso de negarse a contraer matrimonio la sanción se reduce a imponer al responsable el pago de una renta. La sanción deviene desmesurada, para quien no tiene medios económicos (careciese de facultades) en la medida en que se prevé el trabajo obligatorio en obras públicas y la entrega del producto del trabajo por un tiempo casi indefinido, en la medida en que esta medida durará tanto tiempo como la "ofendida permanezca sin casarse". La pena es atenuada en caso de que la ofendida sea viuda (Ley 5) o soltera (Ley 7) y no sean vírgenes. Se agrava la sanción, por el contrario, si se trata de mujer casada (Ley 11). (En consideración de las circunstancias personales de los autores, se prevén sendas normas para el caso de los clérigos (muchos de ellos quizás "solicitantes") y de los religiosos. En caso que el autor sea un clérigo, se estatuye que " dará las dos terceras partes de su renta o caudal si lo tiene, si careciese de rentas y caudal, será encerrado por quince años en una prisión estrecha" (Ley 3). Y de ser religioso, que "el

monasterio entregará a la ofendida la décima parte de las rentas de un año" (Ley 4). Véase en: Taylor Navas, Luis.)

Las diferencias de castas son tomadas en consideración para describir la infracción y establecer la sanción. Así, la mujer esclava no es considerada como una persona si no como una cosa. Por esto, en la Ley 12, se dice, de un lado, "el que usa una esclava suya" y de otro lado, "se presume la violencia". No siendo persona no se practica el acto sexual con ella, pues éste supone, de acuerdo con la concepción liberal del autor del proyecto, el acuerdo de la mujer (persona libre).

En el caso de domésticas no esclavas, también se utiliza la formula "el que usa de"; pero se considera sólo a la que "sea virgen". De esta manera, se tiene cuidado en señalar que la doméstica como la esclava están casi en la misma relación de dependencia con la persona a quien sirven. A ambas se les usa cuando son sometidas a la práctica del acto sexual. A contrario, es de deducir que el legislador de entonces estimó, al establecer la condición de la virginidad de la doméstica, que si no tenía esta calidad podía ser usada y, por tanto, no "violentada". Este uso es considerado así como un servicio que la doméstica no virgen está obligada a prestar. Como sanción se prevé un monto doble al previsto con respecto a la esclava: "la dotará en mil pesos; si carece de facultades, será destinado a los trabajos públicos, hasta que con el producto de ellos complete la cantidad" (Ley 13).

La dificultad de la prueba de la virginidad (la misma que es supuesta) es transferida al hecho que la mujer esté "públicamente tenida en este concepto". Ficción que, de esta manera, es sólo aparentemente favorable a la ofendida. En cuanto a la violencia, se considera que no existe, "si la mujer pudo gritar, ser oída, y socorrida" (Ley 8), "si la mujer recibió presentes; salvo que si hiciesen con el objeto de matrimonio" (Ley 9) o "si hubo anterior correspondencia amorosa de palabra o por escrito" (Ley 10).

Estas últimas reglas son conformes a la sistemática adoptada por Vidaurre; el mismo que no distingue entre violación y estupro. Sólo ha considerado el hecho de quien “violenta” la ofendida y no el de quien tiene relaciones sexuales mediante engaño. Luego se aprecia una discrepancia en la Ley 14, disposición que regula un caso especial debido a la persona del autor. Esta regla dice: “El tutor o curador que corrompe la pupila, la dotará en la mitad de sus bienes; si no tiene hijos, en la tercera parte; si los tiene, careciendo de bienes, será destinado a obras públicas, y el producto de su trabajo cederá en favor de la ofendida. Si el seductor es el hijo del tutor o curador, o casará con la pupila, o le cederá la mitad de su haber”. Sin embargo, los términos “corrompe” y “seductor” muestran la imprecisión lingüística del autor del legislador o proyectista, ya que sólo puede estar refiriéndose al comportamiento regulado en las disposiciones anteriores (violentar una mujer).

En la Exposición de motivos del Proyecto 1859 (parte IV y V) -del Código español-, se elaboró en este año el primer proyecto de Código Penal presentado al Cuerpo Legislativo. Sus autores afirmaron que: “la comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones; tarea sin embargo tan delicada y difícil, que por sí sola constituye cuánto hay de más trascendental y grave en este ramo”. En el Título VII, Delitos contra la honestidad, de la Parte Especial, se prevé, junto al adulterio, la violación y el estupro. En la definición de este último (art. 316), se consideran como elementos constitutivos el “acto carnal”, la “mujer virgen” y la edad entre “catorce y dieciocho años”. Así, de manera expresa, se hace nuevamente referencia a la virginidad de la víctima; lo que muestra la preocupación de proteger la honestidad o castidad concretizada en la ausencia de relaciones sexuales. Se confirma de esta manera el control sobre la sexualidad de la mujer, ya que implícitamente significa la prohibición de relaciones fuera de matrimonio. Además, se pone en evidencia que la

honestidad sexual está estrechamente vinculada con el honor de la familia y con el temor al nacimiento de hijos ilegítimos. La expresión “acto carnal” se refiere, en consecuencia, tan sólo al acto sexual practicado fuera de matrimonio. De manera consecuente, se prevé también la honestidad como elemento de un caso particular consistente en tener acceso carnal “con viuda honesta o virgen mayor de dieciocho años” (art. 317).

De acuerdo con los criterios imperantes en la época, se prevé entre los delitos sexuales el rapto de doncella. Comportamiento que es descrito diciendo que “el rapto de una doncella, menor de veintiún años con el objeto de casarse, ejecutado con violencia de los padres, guardadores o protectores será castigado con la pena de cárcel en tercer grado” (art. 318). La pena es agravada, en el segundo párrafo de esta disposición, si la finalidad del rapto es “corromper a la mujer”. Es atenuada, por el contrario, cuando se ejecuta “sin violencia de la familia”. La ofendida no es considerada en su propia condición de persona autónoma, sino como miembro de la familia; la misma que sufre una pérdida a consecuencia del rapto. En caso de desaparición de la raptada debido a que el raptor “no entregare la persona robada o no diere razón satisfactoria del lugar donde se halla” (art 320), el autor será castigado como homicida. (Taylor Navas, Luís. Op. Cit. Ob. Cit.)

En el inciso primero del artículo 315, la violencia es definida, primero como “el acto carnal con mujer... a quien se violenta”. Así, violentar significa, vencer la resistencia de alguien recurriendo a medios violentos. Luego se consideran como violación, igualmente: “el acto carnal con mujer menor de catorce años, aunque sea con su consentimiento” (inc. 2); “el acto carnal con mujer que se halla privada del uso de sus sentidos...” (inc. 1) y “con mujer casada de quien se abusa haciéndole creer el delincuente que es su marido” (inc. 3). Por último, se equipara así mismo a la violación el caso de estupro cometido con mujer mayor de dieciocho años. Este caso es descrito como “el acto carnal con mujer honesta a quien se engaña bajo fingidas

promesas de matrimonio” (inc. 4). De una manera más detallada que en el Proyecto de Vidaurre, se estatuye la agravación de la pena en base a la relación especial que une al agente con la víctima (art. 323).

En el art. 324, se establece que “las otras personas que habitualmente o por lucro facilitaren la ejecución de los delitos contra la castidad, serán castigados como cómplices”. A toda condena por violación, estupro o rapto, se le agrega la obligación del condenado a dotar a la ofendida y a mantener la prole (art. 321); la consecuencia de procreación.

La importancia del matrimonio como factor restaurador del orden social perturbado (basado en la disciplina de evitar las relaciones sexuales extraconyugales), se manifiesta en que el agente no es castigado si se casa con la ofendida (art. 322). En esta regla, no se hace alusión a que la mujer debe estar de acuerdo con casarse, como lo hacía el proyecto Vidaurre y lo harán los Códigos de 1863 y de 1924.

- d. Código Penal de 1863:** Bajo una influencia Española. El Código Penal de 1863 constituyó una versión mejorada del Proyecto de 1859 y revisada conforme al Proyecto de la Constitución de 1860; así como legislativamente era superior al Código Penal de Santa Cruz. Pues de modo distinto, el Código Penal de 1863 mejoró la sistemática y la terminología, agrupando los delitos sexuales en el Título 2º (De la violación, estupro, rapto y otros delitos) de la Sección Octava (De los delitos contra la honestidad) del Libro Segundo, pero mantuvo el contenido moral en las rúbricas y la discriminatoria concepción unilateral de la agresión sexual (hombre-autor vs. mujer-víctima, salvo en el delito de sodomía). Caro Coria refiere, que aunque se renunció a la diferencia entre “mujer honesta” y “mujer pública”, con mayor casuística condicionó el grado de tutela según la mujer fuera “virgen”, “doncella”, “casada” o “viuda”, honestas. Ello se aprecia en la definición de los comportamientos punibles, al sancionar por ejemplo la violación de una virgen impúber –aún con su consentimiento-, o a una mujer casada fingiendo el autor ser su marido (Art. 269), el estupro de una

virgen mayor de 12 y menor de 20 años, mediante a seducción (Art. 270), la sodomía (Art. 272). (Caro Coria, Dino Carlos y San Martin Castro, Cesar. "Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales". Lima: Editorial Grijley; 2000. pp. 60-61.) Esta compilación de normas sigue protegiendo la virginidad y la honestidad de la mujer.

Difícilmente se comprende el criterio considerado para tratar de la misma manera las situaciones de la mujer impúber y de la mujer casada engañada, salvo que se tenga en cuenta la importancia que se atribuye a la virginidad y a la protección de la familia representada por la condición de casada de la víctima. Si el carácter impúber de la virgen justifica que se admita que es violentada por suponérsele incapaz para consentir; no sucede lo mismo con la astucia del agente consistente en hacer creer a la mujer casada "que es su marido". (Taylor Navas, Luís. Ob. cit. Loc. Cit.)

Con el mismo cuidado se hace referencia al medio empleado para la comisión del delito. En la definición del estupro; se indica que el agente "estupre" a la ofendida "empleando sólo la seducción" (art. 270). La víctima sólo puede ser "una virgen mayor de doce años y menor de veintiuno". La virginidad es nuevamente mencionada como muestra de la honestidad y castidad de la mujer.

La honestidad sexual es puesta en evidencia como factor determinante para la protección de la mujer, cuando se regula el rapto en el art. 273. En esta disposición, se enumeran las posibles víctimas aludiendo a la "mujer casada, doncella o viuda honesta". Lo que muestra que el matrimonio es el contexto en que las relaciones sexuales son moralmente permitidas, razón por la que se supone que la mujer casada es honesta. La misma suposición vale para la doncella, es decir la virgen (sin experiencia sexual). Pero no así respecto a la viuda respecto a la cual se menciona expresamente que debe ser honesta; dicho de otra manera que haya mantenido relaciones sexuales después de desecho el matrimonio por muerte de su marido. De manera amplia, se prevé en el párrafo segundo de esta norma, que la

pena será atenuada cuando el rapto es cometido en agravio de “otra clase de mujer”, lo que lleva a pensar que se considera, de un lado, las solteras y las divorciadas (honestas o deshonestas) y, de otro lado, las viudas deshonestas. Esto estaría mostrando la particular manera de valorar estas situaciones personales.

Además de las otras reglas mencionadas al presentar el Proyecto de 1859, en el Código Penal se incluyen otras entre las cuales merece destacarse las que establecen la acción penal por querrela en relación con todos los delitos de este Título y las que regulan delitos no previstos en el Proyecto. En cuanto al ejercicio de la acción penal, por ejemplo, se dispone en el art. 278 que “no se procederá a formar causa por los delitos a que se refiere este título, sino por acusación o instancia de la interesada, o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito, debiendo el consejo de familia nombrar a la agraviada, en caso necesario, el correspondiente defensor”. Disposición que es completada indicándose que “si el delito se cometiere contra una impúber que no tenga padres ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo, y procederse de oficio”.

Entre las nuevas conductas delictivas, se prevé la sodomía. De acuerdo con el art. 272, el responsable es reprimido con las mismas penas de la violación y al estupro. Abandonando la referencia al hecho de corromper una mujer, se reprime a quien “habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución de las personas menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, sufrirá pena de cárcel en cuarto grado” (art. 279).

Por último, se regula de manera más completa la medida en que se considera el consentimiento de la mujer concernida y la excepción de pena por matrimonio subsecuente al delito. En el art. 277, se estatuye que “en los casos de estupro, violación o rapto de una mujer soltera, quedará excepto de pena el delincuente, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida a poder de su padre o guardador, o a otro lugar seguro”.



**e. Código Penal de 1924 - Bajo la influencia suiza:** El modelo hispano fue abandonado al reformarse el Código en 1924. Los proyectos fueron elaborados siguiendo los proyectos de Código penal redactados para la unificación del derecho penal suizo. Esto significó un cambio substancial en la legislación penal peruana. Esta mutación se debió al hecho que la Comisión redactora del nuevo Código estuvo conformada por juristas parlamentarios y no por jueces como había sido con las anteriores comisiones. De manera conservadora, estas últimas se limitaron a realizar algunos retoques, de acuerdo sobre todo a los sucesivos intentos de reforma españoles.

En materia de delitos sexuales, en el nuevo Código, se previó un Título dedicado a los Delitos contra las buenas costumbres y a la libertad sexual. Su contenido, casi reproducción fiel de las disposiciones suizas, (Calderón, Grover Ricardo. "Código Penal – Comentado y Sumillado". 1ra Edición. Lima: Afa Editores; 1988. pp. 67-69.) refleja las concepciones imperantes en una sociedad fuertemente marcada por la tendencia a buscar soluciones pragmáticas mediante la adopción de soluciones intermedias. De modo que si en esa parte del Código se nota una cierta modernización, también se percibe un aspecto conservador en la medida en que se mantienen ciertos criterios moralistas. Por ejemplo, los utilizados para determinar qué comportamientos deben ser reprimidos (en particular, en la represión de los atentados "contra el pudor de menores") y que están constituidos por los criterios o prejuicios medios imperantes en la sociedad.

Así, en el Código de 1924, se distingue, en primer lugar, entre violación y seducción. La nota distintiva básica está dada por el medio utilizado por el delincuente. Según el art. 196, la violación se produce mediante "violencia o amenaza grave" (Ibidem, p. 239.); mientras que en el art. 201, el autor debe "seducir" a la víctima. En cuanto al estado personal de ésta última, si bien toda mujer puede ser violada, sólo puede ser seducida una "joven de conducta irreprochable, de más de dieciséis y menos de veintiún años". La honestidad o virginidad de la víctima no

son más tomadas en cuenta, aunque en la práctica judicial en repetidas ocasiones la “conducta irreprochable” fue comprendida como la falta de experiencia sexual, es decir de no haber mantenido relaciones de este tipo. (Ibídem, p. 242.)

La violación fue precisada tomando en consideración ciertas circunstancias especiales. Los casos previstos fueron designados como casos de violación presunta debido a que, por falta de capacidad de la víctima, se presuponía que había sido violentada. Por ejemplo, los casos agravados de poner a la víctima, con el fin de hacerle sufrir el acto sexual, “en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir” (art. 197) o de hacerlo, “conociendo el estado de la víctima”, con una “mujer idiota, inconsciente o incapaz de resistencia” (art. 198). En todos los casos de violación, el hecho debe producirse “fuera de matrimonio”; dicho de otra manera, se considera que el derecho penal no debe intervenir en la esfera privada de marido y mujer. Por más que ésta se oponga y que, mediante violencia, el marido la obligue a practicar el acto sexual, éste no puede ser considerado como autor de violación. Sin embargo, no se sigue diferenciando entre doncella, soltera y viuda, como se hizo en el Código de 1863.

Un caso singular de violación, ya previsto en el Código de 1924, es caracterizado mediante el hecho que el autor explote una relación de jerarquía o dependencia que lo une con la víctima. Según el art. 202, el agente debe aprovechar que la víctima está bajo su autoridad o vigilancia, o que se encuentra internada en un establecimiento especial.

Con relación a la edad de la víctima, el Código de 1924 amplía la protección de los menores de uno y otro sexo. Con este objeto, reprime, por un lado, el acto de “hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años”. La finalidad perseguida era la de garantizar penalmente la integridad sexual de los menores y el desarrollo normal de su personalidad. Por otro lado, amplía la represión a los comportamientos vinculados con la sexualidad pero

que no consisten en el acto sexual propiamente dicho, ni el acto análogo (acto contra natura o sodomía). En el art. 200, se prevé la represión de quien comete “un acto contrario al pudor en la persona de un menor de dieciséis años”. En ambos casos, la pena era agravada, si la “víctima es un discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo, o hijo de su cónyuge, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado” (art. 199, pf. 2 y art. 200 pf. 2).

Una agravante general a todos los delitos sexuales es estatuida en el art. 203. Se trata, primero, de la denominada preterintención. La pena es agravada, si a consecuencia del delito culposamente, se lesiona gravemente a la víctima o se le causa la muerte y el delincuente pudo prever este resultado, muerte o lesiones. Segundo, de la práctica de actos de tortura; es decir innecesarios a la realización del delito sexual y con el fin de hacer sufrir a la víctima. (Ibídem, p. 243.)

La obligación de dar una dote a la víctima, si es soltera o viuda, es regulada, en el art. 204, de la misma manera como en el Código de 1863. Lo mismo sucede, en el párrafo segundo de esta disposición, respecto a la excepción del subsecuente matrimonio entre el agente y la víctima, restituida a una situación que le permita consentir con libertad.

La represión del responsable sigue siendo dependiente de la querrela o denuncia de la agraviada o de la persona que la tenía a su cuidado al momento de producirse el delito. Debido a la previsión de los casos agravados por la preterintención, se dispone que la acción será de oficio cuando se haya producido el resultado muerte o lesiones graves, previsto pero no querido (art. 205). Un segundo caso de ejercicio de la acción pública es previsto para los casos de menores de dieciséis años que no tengan padres ni guardador o cuando el autor sea un ascendiente, guardador u otra persona encargada de su cuidado (art. 205, pf. 3).

La severidad de la represión de los delincuentes sexuales fue aumentada mediante sendas modificaciones de algunas disposiciones del Código de 1924. La Ley 17388 de 1969, de manera no sistemática, previó un delito denominado de asalto (a mano armada, con concierto o banda) “con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura, aun cuando los agraviados sean mayores de edad”. En caso de muerte de la víctima, la pena era la de muerte. En 1971, por Ley 18968, esta pena fue reemplazada por la de internamiento.

Tres años más tarde, mediante la Ley 20583, se estableció nuevamente la pena capital para los responsables de violación (acto sexual o acto análogo) de menores de siete o menos años de edad. Se agravó la pena para quien practica un acto contra natura en la persona de un menor de catorce años y, finalmente, se estatuyó la pena de penitenciaría no menor de diez años si la víctima era mayor de siete años y menor de catorce.

- f. **Código Penal de 1991 y sus posteriores modificaciones:** Son sobre todo, las disposiciones del Código de 1993, relativas a los delitos sexuales, que no fueron fundamentalmente diferentes a las respectivas del Código de 1924. El esquema del Título en las que han sido reunidas y las clases de delitos tomadas en cuenta son los mismos. Se consideran la violación y la seducción, así como el acto contrario al pudor. Las circunstancias agravantes son casi las mismas, comprendiendo el caso de la preterintención.

En cuanto a la severidad de las penas, la adopción del nuevo Código significó un retorno a criterios menos severos que los incorporados mediante las modificaciones aportadas al Código de 1924, sobre todo en relación con los atentados contra los menores y a los casos agravados como el hecho de actuar a mano armada.

El abandono de los criterios morales subsistentes en la legislación derogada se evidencia, en primer lugar, en la substitución del título que hacía referencia a las “buenas costumbres” por uno que se limita

a referirse únicamente a “la libertad sexual”. En segundo lugar, tanto en la mención del acto análogo junto al acto sexual y en la descripción de todos los casos de violación, como en la supresión del requisito de la “conducta irreprochable” en el tipo legal del delito de seducción (art. 175).

Si bien con respecto a este último delito, se considera que su realización consiste en la práctica del acto sexual, el medio utilizado debe ser el “engaño”. Esta circunstancia es lo único que permite seguir calificando el comportamiento incriminado de seducción, ya que la víctima es designada con la expresión “persona de catorce años y menos de dieciocho” –sin discriminación de sexo-. Sólo una interpretación restrictiva de la expresión “practicar el acto sexual”, en el sentido de identificar el sujeto activo del delito con el sujeto activo del acto biológico, tradicionalmente atribuido al hombre, permitiría seguir hablando de seducción en razón de la manera astuta de actuar del delincuente. Por ello, una mujer también puede, mediante falsas promesas, convencer a un varón (en el rango de edad) para que tengan relaciones sexuales consistentes en el acto sexual propiamente dicho.

La interpretación de la definición contenida en el art. 175 en el sentido que no se trata más de la seducción, es reforzada por la modificación de esta disposición, mediante la Ley N° 26357 del 23 de setiembre de 1994. Junto al acto sexual, se menciona ahora el acto análogo y se sigue considerando como víctima a toda persona sin distinción de sexo. La finalidad perseguida es la de proteger a los varones.

El fenómeno social de la delincuencia sexual ha provocado siempre un intenso rechazo de parte de las personas, quienes han exigido, por considerar sobre todo grave las agresiones contra los menores, una severa represión de los autores. Esta actitud justificada de parte de la población ha sido aprovechada e incitada por ciertos medios de comunicación. Mediante una técnica caracterizada por el favorecer el escándalo y la desmesura, las personas han sido alarmadas e

incitadas a la vindicta. Con fines políticos, sobre todo, se han propuesto una serie de reformas legislativas en el ámbito de los delitos sexuales en general. Esta actitud es sólo un aspecto de la política difundida de recurrir a medidas legislativas de carácter penal con el fin de demostrar que se reacciona contra la delincuencia. Desde 1995, se han presentado en el Parlamento, en ejercicio del derecho a la iniciativa, más de 250 proyectos de ley tendientes a modificar el Código Penal hasta el año 2006. Muchos de estos proyectos se refieren al derecho penal sexual.

La nota distintiva de todos estos proyectos es la tendencia a aumentar la severidad de las penas previstas, desde cadena perpetua hasta la pena de muerte, e incluso se busca la punición agravada para quienes prestasen servicio público.

Con este objeto, se ha denunciado la frecuente impunidad de los responsables, la falta de protección de las víctimas mujeres y menores por no apreciarse debidamente la gravedad de los atentados contra su sexualidad, el hecho de que se consideren estos atentados como formando parte de la esfera íntima de las víctimas, todo lo que supone que el Estado no cumple su función de garantizar y promover la libertad e integridad sexuales de las personas. Del mismo modo los proyectos de ley buscan que las penas privativas de libertad impuestas siempre sean de carácter efectivo.

En los últimos años, 2011-2015 se reflejan proyectos propuestos por movimientos feministas, para atenuar sensiblemente la orientación discriminante en detrimento de las mujeres. Propuestas que implican un riesgo de recurrir excesivamente a medidas represivas superadas y contrarios a los principios penales.

Sin proponer un cambio tan claro, se ha propuesto definir mejor las expresiones ya utilizadas en el Código Penal. Así, en el Proyecto N° 1702, se establece la norma interpretativa siguiente: Entiéndase comprendido dentro de acto análogo no sólo el acto sexual contra

natura efectuado por un varón, sino al realizado por cualquier persona y con cualquier otro medio cuya finalidad sea la misma. Esta propuesta se justifica afirmándose que los jueces interpretan restrictivamente la noción de acto análogo, “dejando desprotegidos a quienes son víctimas de conductas que tienen la misma finalidad delictiva, pero que son calificadas de lesiones y sancionadas con una pena menor, o simplemente quedan impunes por ser cometidas por una mujer, dándose un trato desigual ante la ley a quienes cometen el mismo delito pero por otros medios”.

Debido a que el desarrollo del proceso penal, se requiere una participación activa de la víctima -carga excesiva para algunos-, por volver a enfrentarse a sus agresores, ser sometidas a tratamientos ofensivos (interrogatorios que revictimizan, exámenes médicos – siempre o en su mayoría dudosos-, cuestionamiento de sinceridad, contradicciones, etc.), se ha reclamado se modifiquen las normas procesales para garantizar mejor los derechos personales de las víctimas y evitar los perjuicios psíquicos que pueden producirse. Llegándose a proponer que ciertos actos procesales, como la confrontación o la presencia de la víctima, sólo tengan lugar a pedido de ésta o con su consentimiento previo. Al respecto existen acuerdos plenarios que tratan esta problemática, así como la intención de eliminación de la doble victimización con el Código Procesal Penal del 2004, recientemente vigente en el departamento de Junín –agosto del 2015-.

- g. El antes y después de la política penal sexual:** La evolución legislativa de los delitos sexuales antes descritos, se corresponden a un resumen o información incompleta; que no permite apreciar de manera clara las concepciones morales, políticas y penales referentes a la criminalidad sexual y al tratamiento desigual de los sexos.

Para alcanzar a comprender de modo cabal las razones que han impulsado a los legisladores penales -como responsables del sistema de control penal a tratar de esa manera los comportamientos

calificados de delitos sexuales-, es necesario no obviar el contexto social en el que se elaboraron y aprobaron las disposiciones legales.

Si bien el pensamiento político de antaño era precario a comparación de la legislación actual, como se dijo, se correspondía a un determinado pensamiento o ideología estatal mayoritaria o como dependencia de los sistemas europeos. En tanto que en la actualidad la política estatal en materia sexual –creo-, no ha mejorado, pues nunca falta la presencia de los parlamentarios o aspirantes congresales que desmesurada y ridículamente postulan sus propuestas en materia sexual contrarios a los derechos fundamentales (desde penas de muerte hasta vasectomías), lo que queda claro que solo usan al derecho penal como populismo político, y ello no es más que politización del derecho penal mismo, olvidándose de las verdaderas políticas –políticas criminales-. (Para una mayor comprensión de la Politización del Derecho Penal véase en: Paucar Castellanos, Miguel Ángel. “Derecho Penal Constitucional – El derecho penal y su concordancia con la constitución”. En: Boletín Peruano de Derecho Constitucional. N° 4. Huancayo; 2013. pp. 109 ss.)

### **2.3.5. LOS DELITOS SEXUALES Y SU INTERPRETACION DENTRO DE LA DOGMATICA PENAL:**

#### **2.3.5.1. Evolución del Bien Jurídico protegido:**

Un bien jurídico se corresponde como todo interés vital ya sea de un individuo o de una comunidad; siendo la vida social la que genera el interés, y donde es función del derecho reconocerlos como tales, regularlos como bien jurídico y otorgarles la protección debida. Esto teniendo en cuenta la función principal de nuestro Código Penal, cual es la exclusiva protección de bienes jurídicos merecedores de tutela penal. (Artículo IV, del Título Preliminar del Código Penal – Principio de Lesividad: La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.)

En la reforma penal de 1991, el expreso reconocimiento del principio de ofensividad en el Art. IV del CP, avalado por la doctrina y la



jurisprudencia, exigió que la pena opere ahora sólo por motivos de utilidad social, es decir, como respuesta frente a la lesión o puesta en riesgo de un interés social que permite la realización individuo. (Caro Coria, Dino Carlos y San Martín Castro, Cesar. "Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales". Lima, Perú: Editorial Grijley; 2000. p. 62.)

La libertad sexual como bien jurídico que la norma penal busca proteger, se constituye en sentido positivo-dinámico como la capacidad de las personas de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, y en sentido negativo-pasivo como la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir. (Ibídem, pp. 67-68.)

Es por ello, que la denominación "Violación de la Libertad Sexual" contenida como nomen iuris de la familia de delitos de contenido sexual, es imperceptible y mala, pues normalmente es ésta nomenclatura la que va a poner en tela de juicio el bien jurídico que los tipos penales buscan resguardar. Y es mala justamente porque incorpora ilícitos que atentan contra la "indemnidad o intangibilidad sexual" de menores de edad; de la misma forma, la expresión "violación", comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración vaginal o anal y, en estricto mediante el uso de violencia o amenaza, lo que concluye relevancia a la sanción de conductas como el acto bucal o la coacción para que la víctima realice un determinado comportamiento sexual. (Ibídem, p. 64.)

Así, el primer punto de crítica en este apartado, es totalmente verificable en la práctica judicial, donde es cotidiano y normal, apreciar diversos escritos fiscales (sean denuncias formalizadas, formalizaciones de investigaciones preparatorias, acusaciones y otros requerimientos fiscales) donde se alude siempre a la expresión "Violación de la Libertad Sexual" en casos donde la víctima son menores de edad y donde la norma no protege dicho bien jurídico Libertad Sexual, sino la "indemnidad sexual o intangibilidad sexual" (Salinas Siccha, Ramiro. "Los delitos de acceso carnal sexual". La indemnidad o intangibilidad sexuales, proceden en principio de la doctrina italiana y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años sesenta y principios de los ochentas. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2005. p. 33.) conceptos que vía la doctrina española llegó al Perú

y que no solo se presenta como bien jurídico en el tipo penal de Art. 173, sino también en otros tipos penales donde el sujeto pasivo, valga la redundancia, es menor de edad (claro está, que no me refiero a la mayoría de edad de una persona con capacidad y goce de derecho; sino a la edad utilizada por el legislador penal para establecer su incapacidad mental para comprender el sentido y consecuencias de una práctica sexual, ello aun cuando exista tolerancia del acto sexual por parte de la víctima y/o esté de acuerdo con realizar un acto sexual) – (Art. 176-A) o cuando las personas por su incapacidad mental, no comprenden el sentido y consecuencias de una práctica sexual – (Art. 172); que por lo visto en la práctica judicial actual hasta el 2016, dicho error de diferenciación solo se da a nivel del Ministerio Público y no así en los juzgado del Poder Judicial.

Diferencias entre libertad e indemnidad sexual que conforme al jurista Caro Coria, no se hallaban en las sentencias desde el año 1994 a 1998, pronunciamientos que no renunciaban a una difusa descripción moral y en otros casos se desconocía la noción de indemnidad sexual, pues se atribuía libertad sexual a los menores de edad. (Caro Coria, Dino Carlos y San Martin Castro, Cesar. “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. Ob. cit. p. 71.)

Por ello, vuelvo a hacer la atingencia de que el “*nomen iuris*” correcto del Capítulo IX del Título IV del Código Penal debe de ser “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual”; los mismos que son configurativos como aquellos valores e intereses vitales que el legislador penal intenta otorgar protección jurídica de aquellas conductas voluntarias que buscan lesionarlas. Delimitación de los Bienes Jurídicos en los delitos sexuales que la jurisprudencia las considera en ese sentido.

“En los delitos contra la libertad sexual -violación- el legislador busca proteger el derecho la libertad sexual, entendida en un doble sentido: un derecho a la libertad, a la autodeterminación sexual en los mayores de edad y un derecho a la indemnidad e intangibilidad en los menores de edad; debiendo encontrarse probado fehacientemente en el proceso penal la afectación del bien jurídico con la utilización de todo los medios de prueba, a través de la

constatación correspondiente a la verdad de todas las circunstancias fácticas que son de importancia para la obtención de la sentencia”. (Ejecutoria Suprema del 27/09/2004, R.N. N° 11-2004-JUNIN.)

Cabe realizar un merecimiento a la calidad doctrinaria desarrollada en Argentina, con respecto al nomen iuris que abarca los tipos penales sexuales, (en nuestra legislación se regula en el Capítulo IX, bajo el nombre de “Violación de la Libertad Sexual), donde se describe a dicho conjunto de delitos sexuales como “Delitos contra la Integridad Sexual”, asimismo la legislación argentina considera que el bien jurídico a protegerse es precisamente la Integridad Sexual. Al respecto el Jurista argentino ANDRES J. D’ALESSIO, explica que: “La doctrina nacional considera que la Integridad Sexual debe ser entendida como la libertad sexual del individuo, esto es, con su autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que se ataca también cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción”,... “En suma la Integridad Sexual, se presenta entonces como más apropiado para abarcar tanto la libertad sexual de los individuos adultos, como la indemnidad sexual de aquellas personas que careciendo de ella son merecedores de igual o mayor protección, por su estado de vulnerabilidad”. (D. A’lessio, Andrés José. “Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial (artículos 79 a 306)”. Buenos Aires: Editorial La Ley; 2004. pp. 156-158.)

Quedando claro que el concepto de integridad sexual no es el mismo al de la libertad sexual.

#### **2.3.5.2. La Orientación y Estructura Legislativa usada por el Legislador Penal:**

- a. Las alternativas elegidas por el legislador:** En el presente, nuestro Código Penal estructura la tipificación de las conductas disvaliosas abarcables en el Derecho penal sexual dentro del Libro II, Título IV, Capítulo IX, “Violación de la Libertad Sexual”, donde se ubican los siguientes artículos: Arts. 170, 171, 172, 173, 173-A, 174, 175, 176, 176-A, 177, 178, y 178-A.

Acorde a los fines de la presente investigación, el legislador peruano distingue aquellas conductas sexuales donde el autor acomete a su víctima utilizando violencia o grave amenaza, que la tipifica como violación sexual – (Art. 170), queda claro que soy de la postura que el nomen iuris de este tipo penal debe de ser “Agresión sexual mediante coacción” (Caro Coria, Dino Carlos y San Martin Castro, Cesar. “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. Ob. cit. p. 77.); luego están aquellas conductas sexuales no consentidas pero realizadas sin el recurso a la violencia ni la grave amenaza, que tipifica como Acceso Carnal Presunto o Violación insidiosa (Castillo Alva prefiere llamarlo así) - (Art. 171); después el delito de Acceso Sexual abusivo - (Art. 172), claro está que estos dos últimos tipos penales tienen distinta modalidad de comisión respecto del Art. 170; para luego regularse el delito de Acceso carnal sexual sobre un menor de catorce años de edad (Castillo Alva y Ramiro Salinas Siccha) o llamado también Abuso sexual de menor (Caro Coria) o llanamente Violación de menores (Alonso Peña Cabrera). Le sigue a estos tipos penales, el delito de Violación de persona bajo autoridad o vigilancia – (Art. 174); el delito de Seducción – (Art. 175), tipo penal donde el medio coactivo es el engaño; continuando así con el delito de Actos contra el Pudor – (Art. 176), ilícito donde también la violencia y la grave amenaza operan como medios coactivos, correspondiéndole el nomen iuris de “Actos contrarios al pudor mediante coacción”, nombre de ocurrencia propia del presente investigador; para llegar hasta el delito de Actos contra el pudor en menores de catorce años de edad – (Art. 176-A); y finalmente acabar con las formas agravadas por el resultado, regulados en los Artículos 173-A y 177 respectivamente.

La diferencia del Tipo penal ubicado en el Art. 170, del Art. 173, es que en el tipo de acceso carnal sexual en menores de catorce años, la tipicidad penal de la conducta no está condicionada al despliegue de la violencia y/o de la amenaza u otros medios viciados de la voluntad, -como medios comisivos- pues la ley penal no le reconoce

a los menores “libertad sexual”; por tales motivos, cualquier contacto de esa naturaleza, ha de ser encajado bajo los contornos normativos del Art. 173 del texto punitivo. Si es que se advierte que el agente hizo uso de dichos medios comisivos, el juzgador ha de tomarlos en cuenta, al momento de la determinación e individualización judicial de la pena, decidiendo por una penalidad de mayor intensidad penológica. (Peña Cabrera F, Alonso R. “Los Delitos Sexuales”. Lima, Perú: Editorial Ideas; 2014. p. 291.) Contrario sensu, de no apreciarse medios coactivos al momento de la comisión del delito, como dijera el jurista JOSE LUIS CASTILLO ALVA refiriéndose al consentimiento de los menores; que en el sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo-generales que deben presidir toda construcción o planteamiento jurídico-penal nos obliga a mantener un criterio flexible y abierto en este punto. Si bien ello no supone de alguna manera la exoneración de responsabilidad penal al autor del hecho, no existe ningún inconveniente para que en la fase de determinación judicial de la pena reciba un tratamiento más benigno y se le imponga una pena atenuada. (Castillo Alva, José Luís. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. pp. 298-299.) A esto, debemos sumarle, que la ley (acceso carnal sexual de menores) solo pone como exigencia típica, que el sujeto activo dirija su conducta hacia la perpetración del “acceso carnal sexual”, esto es, el acceso del miembro viril a las cavidades vaginal, anal y bucal, y/o introduciendo partes en el cuerpo u objetos sustituidos del pene en las dos primeras vías., prescindiendo de todo elementos típico complementario. (Peña Cabrera F, Alonso R. “Los Delitos Sexuales”. Ob. cit. p. 292.) De modo que aquí, no importa saber si la violencia, grave amenaza u otros medios como el engaño, etc., resultaron idóneos al ser ejercidos por el sujeto activo contra la víctima menor de catorce años de edad, para así afectar su indemnidad o intangibilidad sexual; formas comisivas que si importan ser analizados en el delito de Acceso Carnal Sexual – (Art. 170), ello a fin de determinar su afectación al bien jurídico protegido libertad sexual y su respectiva consumación, pues

los mencionados medios coactivos son elementos integrantes que configuran el tipo objetivo.

El otro tipo penal, que interesa hacer mención de forma genérica acorde a los objetivos perseguidos por esta investigación, y sin adentrarnos al desarrollo principal de la grave amenaza; es el delito de Actos contra el pudor – (Art. 176, tipo subsidiario al de la violación sexual). Ilícito penal que conforme a la descripción concreta de la conducta prohibitiva hecha por el legislador, se limita a reprimir las practicadas mediante violencia o grave amenaza, (Código Penal Peruano: Artículo 176 – Actos contra el Pudor. El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el Artículo 170, con violencia o grave amenaza realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.) a lo que es correcto señalar que también es un delito donde media la coacción, pues a través del empleo de ambos medios comisivos, se intenta realizar sobre el sujeto pasivo o se le obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios a su pudor, sin intención de tener acceso carnal. FRANCISCO CARRARA, señalaba ya respecto de este tipo penal que: “Son ultrajes violentos contra el pudor todos aquellos actos impúdicos que sin constituir tentativa de violación carnal se cometen sobre una persona, contra la voluntad de ella”. (Carrara, Francesco. “Programa de Derecho Criminal, Parte especial”. Vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero). Bogotá: Editorial Temis; 1997. p. 1542.)

Bajo tal premisa creemos que es asertivo el ejemplo dado por los juristas CARO CORIA Y SAN MARTIN CASTRO, al señalar que sería atípico el hecho de drogar a la víctima de 16 años para luego desnudarla y acaricias sus órganos sexuales. (Caro Coria, Dino Carlos y San Martin Castro, Cesar. “Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. Ob. cit. 95.)

Del mismo criterio es el jurista SALINAS SICCHA, al referir que los medios violencia y grave amenaza que de modo explícito aparecen en

el supuesto de hecho del tipo penal en comentario, necesariamente deben concurrir juntos o por separado para perfeccionarse el delito, si llega a verificarse que el agente no hizo uso de alguno de estos recursos para someter a su víctima, el delito no se configura. (Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. p. 920.)

En tanto que la postura tomada CASTILLO ALVA, aun cuando es contraria a las posturas antes citadas, es sumamente relevante, al explicar que la exigencia de la violencia o grave amenaza no debe entenderse como si se requiriera el mismo grado o la misma entidad que la necesaria en el delito de violación sexual para doblegar la voluntad de la víctima. Si las acciones sexuales recogidas en los actos contrarios al pudor constituyen por lo general conductas de menor gravedad respecto a las contenidas en el delito de violación sexual es lógico que el grado de la violencia o la grave amenaza sea menor en estos casos. (Castillo Alva, José Luís. "Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales". Ob. cit. p. 468.)

Por ello el presente investigador acorde con el razonamiento del jurista peruano precedido, no halla la explicación correcta, de porqué el legislador peruano cuando se refiere a los actos contrarios al pudor violentos y específicamente a la violencia psicológica –los cuales tiene normalmente una menor entidad en el injusto- sigue conservando la alusión a la "gravedad" de la amenaza, cuando una sistemática legislativa correcta y la naturaleza de las cosas recomienda simplemente exigir en esta sede la concurrencia de una amenaza, prescindiendo de la referencia a la gravedad de la misma.

Por otro lado, con respecto a las agravantes situadas en el Art. 176 – Actos contra el pudor; se aprecia únicamente a diferencia de otros autores peruanos, a CASTILLO ALVA quien es de la postura, que dichas agravantes constituyen respecto al primer párrafo de dicha disposición figuras penales autónomas que no requieren de modo alguno la ejecución de una conducta violenta o de una grave

amenaza, de haber querido alcanzar el legislador la mencionada meta debería haberlo señalado expresamente. (Ibídem, p. 469.)

Razonamiento que como se ha dicho, no ha sido compartido por ningún otro autor de nuestro ámbito legislativo, pues los juristas SALINAS SICHA, ALONSO PEÑA CABRERA, desarrollan las mencionadas agravantes bajo las premisas del primer párrafo del artículo en observación.

Por nuestra parte, respecto de este apartado entendemos que los medios comisivos violencia o grave amenaza, deben concurrir siempre en el tipo penal de actos contra el pudor, de no presentarse dichos medios como los utilizados por el agente criminal contra su víctima, el tipo penal nunca se perfeccionaría; ello es así, porque formamos parte del llamado estado social democrático de derecho, (Art. 43 de la Constitución Política: La república del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes.) donde penalmente los bienes jurídicos de naturaleza individual o colectiva no son protegidos por lo general contra toda forma de ataque o lesión, pues el derecho penal dejaría de ser la última ratio o la última línea de defensa del ordenador jurídico. (Reátegui Sánchez, James. "Derecho Penal y Política", La influencia de los acuerdos políticos en las decisiones jurídico-penales. Perú: Asociación Casa Editora Blancas; 2011. p. 54.) Y por tanto en aplicación de los principios rectores del derecho penal, como el de taxatividad, legalidad penal, intervención penal mínimo, exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad y fragmentariedad, aquellos actos contrarios al pudor de la víctima realizados sin la violencia o la grave amenaza sería atípico.

Bajo esta perspectiva legal, no se equipara el acto "sorpresa" con los actos de violencia o grave amenaza como equivalentes funcionales, pues aquellos tocamientos indebidos realizados en el área del transporte del servicio público, en el cual el agente sin necesidad de



recurrir a la violencia o a la grave amenaza, realiza un acto sexual (tocamientos lujuriosos, frotamientos, masturbación, coito entre los muslos, lamer las partes pudendas de la mujer) sin el consentimiento de la víctima; aquí no hay consentimiento pero tampoco hay desdoblamiento de la voluntad de la víctima, y que conforme a la redacción del tipo resultan totalmente atípico

En lo que respecta al tipo de Actos contra el pudor en menores de 14 años, el análisis es similar al concluido en el apartado referente al Acceso carnal sexual en menores de 14 años.

Es pertinente recordar que, los tipos de Agresión sexual mediante coacción - (Art. 170) y de Actos contra el pudor – (Art. 176), deben entenderse como dispositivos complementarios que protegen todo el contenido de la libertad sexual. A esto, aun cuando somos de la observación que no debe requerirse una grave amenaza como la exigida en la agresión sexual por parte de los Actos contrarios al pudor, el legislador penal al considerar la libertad sexual como bien jurídico protegido, lo llevó necesariamente a construir dichos tipos penales en base a medios comisivos de ataque a dicho bien jurídico, donde específicamente la violencia y la grave amenaza son los medios adecuados en ese sentido, y que a través de esos elementos normativos más la forma concreta de la finalidad del comportamiento del agente agresor, es que se desarrolla efectivamente la conducta sexual penada, cual influirá especialmente a la hora de realizar el juez penal la determinación e individualización judicial de la pena; pues se han considerado socialmente disvaliosas y merecedoras de un castigo penal a ambos medios comisivos que usa el delincuente. De estos dos tipos penales el de Violación de la libertad sexual se configura como el más característico en este sentido.

- b. De las agravantes de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual:** Las circunstancias agravantes basan su legitimidad de existencia en el orden jurídico, porque reposa en el mayor disvalor del injusto, sea porque los medios empleados por el agente delictual

revelan una mayor peligrosidad, o porque se provoca una mayor afectación a los intereses vitales de la víctima, o en su caso porque el resultado final refleja una mayor lesión al bien jurídico, resultado que no fue perseguido y/o querido por el sujeto activo.

Las consecuencias consideradas agravantes, se encuentran glosadas en el Art. 177 del Código Penal, y que se aplican cuando hay un exceso en el desvalor del resultado, ello con arreglo a los principios de lesividad u ofensividad; es un tipo penal que pune el resultado preterintencional, donde el dolo del autor dirigió la búsqueda de la producción de un resultado, y se produjo otro resultado, no abarcado por la esfera cognitiva, pero previsible según los factores concomitantes del caso concreto; de modo que ese “otro resultado” no deseado por el autor le es imputable a título de culpa. Por ello, si el factor final del autor (otro resultado) comprendía, el dolo directo en cuanto a la violación sexual (acceso carnal) y también dolo eventual con respecto a las lesiones graves, no podrá imputársele delictivamente esta preterintencionalidad, (Peña Cabrera F, Alonso R. “Los Delitos Sexuales”. Lima, Perú: Editorial Ideas; 2014. p. 430.) por la ausencia de culpa con respecto al segundo resultado, configurándose en este último supuesto un concurso ideal de delitos.

Esta agravante por el resultado, se aplica a los tipos penales ubicados en los Arts. 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A; al considerarse circunstancias agravadas tanto cuando se produce la muerte de la víctima o se le produce lesión grave, o cuando el autor procedió con crueldad al momento de dar concreción a la realización típica. En tanto que las agravantes por el resultado del Art. 173, se describen en los Art. 173-A y 177.

## **2.3.6. AMENAZA, GRAVE AMENAZA E INTIMIDACION DESDE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CIVIL:**

### **2.3.6.1. La Coacción como parte de la Realización Material del Delito:**

Como ya se ha señalado en el apartado correspondiente, la amenaza y la grave amenaza, son medios de coacción, y a su vez un medio de coacción se configura como un medio empleado o medio de comisión del que se vale el autor para la realización de la acción material del delito.

La coacción, también existe como delito en nuestro Código Penal, (Art. 151 del Código Penal Peruano: El que mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que a ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años.) tipo penal que no es materia de análisis en esta investigación, sin embargo describiremos determinadas características del delito de Coacción por estar ligado a los objetivos de nuestro estudio.

Las coacciones son en muchas ocasiones medios comisivos de otros delitos, quedando absorbidos por ellos; por ejemplo, en la violación sexual se requiere un mínimo de violencia o intimidación comprendido en el tipo. Y cuando las coacciones no son medios comisivos de otros delitos, en las cuales, de la violencia resultan lesiones, se produce un concurso de delitos.

Bajo esta premisa, cabe hacer la diferencia que poseen los medios coactivos, como la amenaza, la grave amenaza, y la intimidación, así como de otros medios coactivos regulados en nuestro vigente código penal.

Se ha señalado ya, que en el delito de Aborto no Consentido – Art. 116, aparece la primera referencia a los “medios coactivos”. Si bien es cierto que de la redacción misma no se aprecia medio comisivo alguno, la dogmática es unánime al señalar que la comisión del mismo se configura cuando se vicia el consentimiento de la gestante, la misma que ocurre cuando se usa la violencia o se coacciona a la gestante.

### **2.3.6.2. Las Amenazas En El Actual Código Penal:**

Preponderantemente el legislador ha optado en la mayoría de la descripción de los tipos penales de la parte especial, el medio coactivo “amenaza”, a saber: Art. 151, Art. 153, Art. 166, Art. 168, Art. 181, Art. 188, Art. 200, Art. 202, Art. 206, Art. 296-A, Art. 296-C, Art. 415, Art. 354, Art. 355, Art. 365, Art. 413, Art. 414, Art. 415.

En todos estos tipos penales antes citados, a la hora de realizar la interpretación de la amenaza, se ha citado lo siguiente:

- *En el Delito de Trata de Personas – Art. 153* (Art. 153 del Código Penal Peruano: El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República, o para su salida o entrada del país recurriendo a la: violencia, la “amenaza” u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fine de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción de tráfico de órganos o tejidos humanos será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años...); *el jurista RAMIRO SALINAS SICCHA, refiere que: “La amenaza consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física de la Víctima, cuya finalidad es intimidarlo y, de ese modo, no oponga resistencia a la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique. Para determinar si la amenaza ha sido suficiente para intimidar a la Víctima, en un caso concreto, será indispensable verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada”.*

Podemos apreciar que la amenaza abarca un mal inminente para la vida o la integridad física de la víctima; luego para determinar su idoneidad esta debe verificarse en la psiquis del sujeto pasivo.

- *El mismo autor en el Delito de Perturbación de Reunión Pública – Art. 166*, (Art. 166 del Código Penal Peruano: El que, con violencia o “amenaza”, impide o perturba una reunión pública lícita, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días multa.) *indica que: “... la amenaza grave logra dispersar a las personas, desactivando de ese modo la reunión. Es decir, logra que la reunión no cumpla sus objetivos”.*

En este tipo penal se caracteriza que la amenaza “grave” es la que logra dispersar a las personas; de modo que una amenaza menos grave, no lo haría, al menos eso es lo que nos indica el comentario. Nótese que el tipo penal taxativamente no exige una amenaza grave, como si lo hace el delito de violación sexual.

- *En el Delito de Coacción Laboral – Art. 168: “La amenaza (vis compulsiva) (Art. 168 del Código Penal Peruano: Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o “amenaza”, a realizar cualquiera de los acto siguientes: 1. Integrar o no un sindicato, 2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución....) consiste en el anuncio de un mal futuro si no se realiza determinada conducta. La amenaza puede recaer directamente sobre el sujeto pasivo o sobre un tercero estrechamente ligado con aquel”.*

Lo relevante del comentario, corresponde a que la amenaza puede ser directa o indirecta, esto es, bien puede dirigirse sobre el sujeto pasivo o un tercero con el cual tenga un vínculo cercano la víctima.

- Volviendo con el jurista SALINAS SICCHA, *indica respecto del Delito de Extorsión – Art. 200*, (Art. 200 del Código Penal Peruano: El que mediante violencia o “amenaza” obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años. La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del

delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito. El que mediante violencia o “amenaza”, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años....) *que la amenaza: “Consiste en el anuncio de un mal perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarlo. No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz. La intimidación es una violencia psicológica. Su instrumento no es el despliegue de una energía física sobre el sujeto pasivo, sino el anuncio de un mal. La amenaza o promesa directa de un mal futuro, puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique..., la amenaza se constituye en un anuncio de ocasionar un mal futuro cierto..., Para evaluar y analizar el delito de extorsión debe tenerse en cuenta el problema de la causalidad entre la acción intimidante y el acto extorsivo, la constitución y las circunstancias que rodean al sujeto pasivo..., Al contrario de lo sostenido por ciertos tratadistas, la ley no exige que la violencia o amenaza sea en términos absolutos; es decir, de características irresistibles; invencibles o de gravedad inusitada; basta que el uso de tales circunstancias tenga efectos suficientes y eficaces en la ocasión concreta para lograr que la víctima entregue una ventaja indebida cualquiera”.*

- Sin embargo al desarrollar el mismo Delito de Extorsión, el autor PEÑA CABRERA, ha sostenido que: “Ha de entenderse a la extorsión, como aquella violencia física y/o amenaza grave que el agente concretiza en la esfera de libertad de la víctima, para que ésta le entregue una ventaja patrimonial ilícita; en definitiva, el agente es coartado en su capacidad decisoria, fruto del temor en que se ve envuelto, de no verse vulnerado en sus bienes jurídicos fundamentales. En la extorsión hay, (...), un ataque a la libertad de

la persona, que se lleva a cabo mediante una intimidación (propia o engañosa), la que tiene por finalidad forzar o constreñir su libre determinación en cuanto a la disposición de sus bienes o de los que están a su cuidado”. (Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo II. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008. p. 409.)

Vemos que existe una discordancia al momento de interpretar a la amenaza, donde el primer autor, explica que es un peligro inminente (que va a suceder prontamente), para luego indicar que la ley no exige que la amenaza sea invencible o de gravedad inusitada. En tanto que el segundo autor, enfatiza en que la extorsión se configura como la amenaza grave que el agente concretiza en la esfera de la libertad de la víctima; asimismo indica que la amenaza se lleva a cabo mediante una intimidación. La diferencia primordial de las posturas de ambos autores radica sobre la gravedad de la amenaza y que la amenaza se desarrolla mediante una intimidación.

- Por otro lado en el Delito de Usurpación – Art. 202, (Art. 202 del Código Penal Peruano: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años: 1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble....) *SALINAS SICCHA explica que: “La amenaza consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarlo. No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz. La intimidación es una violencia psicológica. Su instrumento no es el despliegue de una energía física sobre el sujeto pasivo, sino el anuncio de un mal. La amenaza o promesa directa de un mal futuro, puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique”.*
- *En el mismo tipo penal PEÑA CABRERA, es del criterio que: “... ha de aceptarse la postura que apunta hacia una caracterización compleja del bien jurídico tutelado, en la medida que la violencia y/o amenaza que emplea el agente, ataca de forma concreta la libertad*

*personal, la vida, el cuerpo y la salud del sujeto pasivo*". (Peña Cabrera F, Alonso R. "Derecho Penal - Parte Especial". Tomo II. Ob. cit. p. 441.) "...**Segundo medio comisivo vendría a resultar el uso de la "amenaza", al cual importa el empleo de una vis compulsiva, dirigida a coartar la esfera decisoria de la víctima bajo un estado de plena libertad, mediante el anuncio de realización de un mal inminente sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima o de tercera persona relacionada con la misma. Anuncio de un mal inminente, futuro y de idónea concretización, cuya seriedad ha de analizarse caso por caso, de conformidad con las características concomitantes al hecho punible**". (Ibídem, p. 445.) *Continua este autor, indicando que: "El empleo de la amenaza, requiere consigo la inmediata respuesta del agraviado, mediante la resistencia. Si ésta es vencida estaremos frente a un medio idóneo para la comisión del delito"*.

Ambos autores recatar que la amenaza es un en perjuicio de la vida de la víctima; pero es PEÑA CABRERA del criterio que esa amenaza también puede ser dirigida contra a libertad personal y la integridad física del sujeto pasivo; luego él mismo indica que la amenaza requiere una respuesta, cual es la resistencia de la víctima, cuál será el medidor de la idoneidad de la amenaza. Al respecto el tipo penal expresamente no indica que el agente dolosamente venza la resistencia del sujeto pasivo, lo que consiguientemente determinaría lo idóneo que pudo ser el mal puesto en perspectiva de la víctima.

- En la Agravante de Daños - Art. 206, (Art. 206 del Código Penal Peruano: La pena para el delito previsto en el artículo 205º será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando: ..., 3. La acción es ejecutada empleando violencia o "amenaza" contra las personas...,) fundamenta PEÑA CABRERA que: "...*por lo que para alcanzar dicho cometido, el autor puede ejercer una violencia física o una amenaza grave sobre un individuo, a fin de vencer sus resistencia y así, poder destruir el bien mueble*". (Peña Cabrera F, Alonso R. "Derecho Penal - Parte Especial". Tomo II. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008. p. 471.)



Nuevamente se enfatiza, en que la amenaza debe de ser grave, la misma que debe de vencer la resistencia de la víctima.

Con criterios similares se ha interpretado los Arts. 296-A, 296-C, 415, 354, 355, 365, 413, 414, 415.

- Hemos hecho la atinencia de que la Coacción como delito se encuentra tipificado en el Art. 151, (Art. 151 del Código Penal Peruano: El que, mediante “amenaza” o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.) donde en su descripción legal se describe, que el sujeto activo para obligar a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe, éste se vale tanto de la violencia como de la amenaza; veamos cómo se ha resuelto el mismo en la jurisprudencia.

“La amenaza es aquella acción que debe producir en el sujeto pasivo un temor o compulsión, por lo que se ve obligado a obedecer al agente, realizando una conducta que éste le indica; debiendo ser tal temor consecuencia de una amenaza suficientemente idónea acerca de un mal inminente. La violencia física, en cambio debe ser suficientemente marcada para generar la anulación de la voluntad de la víctima, quien se ve obligada a realizar una conducta no querida”. (Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la corte Superior de Justicia de Lima del 19 de junio de 1998. Exp. 1310-1998.)

“En tal sentido, la violencia debe ser entendida como la fuerza física sobre otra persona, suficiente para vencer su resistencia, pudiendo recaer igualmente sobre bienes, ya sea muebles o inmuebles, siempre que estos tengan alguna conexión con el sujeto pasivo del delito y en el caso de la amenaza viene a ser anuncio del propósito de causar un mal a otra persona mediante palabras, gestos, actos con la misma finalidad”. (Ejecutoria Superior

de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la corte Superior de Justicia de Lima del 08 de junio de 1998. Exp. 1379-1998.)

“Se acredita el delito y la responsabilidad penal del procesado, al haber éste amenazado con arma de fuego al agraviado para que desista de continuar con los trabajos que efectuaba para la instalación de luz”. (Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la corte Superior de Justicia de Lima del 19 de noviembre de 1998. Exp. 3857-1998.)

“Los insultos no configuran el delito de coacción, salvo que se acredite que mediante ellos, los actores, ejercieron violencia o amenaza a la víctima, obligándola a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe”. (R.N. N° 3719-2001-Cusco.)

- Así también corresponde realizar un breve análisis respecto del delito de Chantaje – Art. 201, (Art. 201 del Código Penal Peruano: El que, haciendo saber a otro que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente o a un tercero con quien esté estrechamente vinculado, trata de determinarlo o lo determina a comprar su silencio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.) donde el jurista SALINAS SICCHA, siguiendo el criterio de Bramont-Arias Torres/García Cantizano, advierte que: *“El delito de chantaje gira en torno a la intimidación de la que es objeto el sujeto pasivo, mediante la amenaza de la divulgación de un hecho o conducta que pueda perjudicar a él o a un tercero con quien está estrechamente vinculado. Es decir, se le anuncia al sujeto pasivo el propósito de causarle un mal, que en este caso está referido a la publicación, denuncia o revelación de un hecho o conducta, si no hace un desprendimiento patrimonial a favor del sujeto activo. “...la amenaza como medio para lograr que la víctima compre el silencio del agente, requiere las condiciones generales de toda amenaza; es decir, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad que se haga*

*efectivo el mal que encierra la amenaza. El sujeto pasivo debe creer que con la entrega de lo exigido por el agente, se evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea. La entrega del patrimonio debe ser producto de la voluntad coaccionada del sujeto pasivo. El contenido de la amenaza lo constituye el anuncio de un mal; es decir, el anuncio de publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta perjudicial o desfavorable al sujeto pasivo. "...La verdad o falsedad del hecho o conducta es indiferente para configurar el chantaje. Basta que origine el temor en la víctima de ser perjudicado y a consecuencia de tal temor, se pretenda o se compre el silencio del agente para estar ante el delito de chantaje. "...En tanto que conducta es toda cualidad o una forma de comportarse dentro de la comunidad que al sujeto pasivo le interesa mantener en reserva o secreto. Ocurre, por ejemplo cuando el agente descubre que su víctima tiene preferencias homosexuales y amenaza con publicarlo".*

- Por su parte el autor PEÑA CABRERA, indica que: *"En definitiva, lo que se pretende dañar es el honor o la intimidad si no hay respuesta definitiva del sujeto pasivo. (Peña Cabrera F, Alonso R. "Derecho Penal - Parte Especial". Tomo II. Ob. cit. p. 425.) El menor viso de una violencia física o de amenaza grave, la conducta ha de ser calificada como extorsión. La amenaza supone un acto de incidencia psicológica, que el legislador la ha concebido como un acto de determinación, que a su vez da lugar a una obligación de prestaciones recíprocas. Por un lado, el sujeto pasivo se compromete a pagar un precio a cambio del silencio del agente y, éste último a no propalar el hecho que puede perjudicar al primero. Indudablemente, la amenaza constituye una fuerte presión sobre la víctima a fin de que convenga en pagar el silencio del agente. Aquí el temor a la revelación pública de un hecho que atenta contra el honor de la víctima o de una persona ligada a ésta, constituye el factor más importante". (Ibidem, p. 428.)*

Los puntos importantes de ambos comentarios, son respecto a que la amenaza gira entorno a la intimidación, y que se puede perjudicar incluso a un tercero que esté vinculado estrechamente hacia la víctima; luego, que la víctima crea que el mal anunciado se va a hacer efectivo. Más importante aún es la denominación de la amenaza que da a lugar una obligación recíproca, cuál debe ser acatado tanto por el sujeto activo como del sujeto pasivo.

### **2.3.6.3. La Grave Amenaza en el actual Código Penal:**

Ahora que ya conocemos la interpretación usual hecha hacia la amenaza en distintos tipos penales, veamos cual ha sido la interpretación dogmático - jurídico que se le ha dado a la grave amenaza como medio coactivo que como ya sabemos, este medio de comisión solo se encuentra regulado en dos tipos penales.

- En el delito de Violación Sexual - Art. 170, SALINAS SICCHA (Salinas Siccha, Ramiro. "Los delitos de acceso carnal sexual". Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2005. pp. 57-58.) *explica que: "La amenaza grave consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarlo y se someta a un contexto sexual determinado. No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz, ... su instrumento es el despliegue del anuncio de un mal. La amenaza o promesa directa de un mal futuro, puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique. En este ámbito la amenaza es condicional, la condición es de carácter sexual: para evitar el mal anunciado, el sujeto pasivo amenazado tiene que someterse al acceso carnal que le impone el agente. De ese modo, se distorsiona o perjudica el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo destinatario de la amenaza, ... El mal a sufrirse, mediata o inmediatamente, puede constituirse en el daño de algún interés de la víctima que le importa resguardar, como su propia persona, su honor, sus bienes, secretos o personas ligadas por afecto, etc. La amenaza grave, aparte de lesionar el proceso de formación de la voluntad de la persona, pone en peligro los bienes*

*sobre el que recae el mal anunciado. No es necesario que la amenaza sea seria y presente. (Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. p. 776.) Solo será necesario verificar si la capacidad psicológica de resistencia u oposición del sujeto pasivo ha quedado suprimida o substancialmente disminuida o mermada. ... requiere las condiciones generales de toda amenaza, es decir, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad que se haga efectivo el mal con que se amenaza. El acceso carnal sexual debe ser producto de la voluntad coaccionada del sujeto pasivo, (Ibídem, p. 777.) ... la ley no exige que la fuerza o amenaza grave sean en términos absolutos, es decir, de características irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada". (Ibídem, p. 778.).*

- ALONSO RAUL PEÑA CABRERA, (Peña Cabrera F, Alonso R. "Los Delitos Sexuales". Lima, Perú: Editorial Ideas; 2014. pp. 210-211.) señala que: *"Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente, ... No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz, ... Fundamos nuestra afirmación en el hecho que la amenaza es un problema de causalidad entre la acción intimidante y el acto sexual".*
  
- TOMAS ALADINO GALVEZ VILLEGAS y WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR, (Gálvez Villegas, Tomas Aladino y Delgado Tovar, Walther Javier. "Derecho Penal Especial Tomo II". Lima: Jurista Editores; 2012. p. 402.), *explican que: "Son dos las modalidades de comisión de este delito, siendo la primera la Violencia, ... y la segunda la Grave Amenaza, la cual implica el anuncio del propósito de causar un mal posible e inminente, que infunde en la víctima temor, de forma que se vea constreñido a tener acceso carnal, siendo que la amenaza debe*

*revestir un especial grado de seriedad y gravedad que produzcan en la víctima una inhibición de su voluntad ante el temor de sufrir un daño”.*

- Para JOSE LUIS CASTILLO ALVA (Castillo Alva, José Luís. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. pp. 94-97.): *“la grave amenaza consiste en a conminación de palabra o de obra de causar un daño ilícito, inminente, posible y verosímil a la víctima y que le infunde temor, ... implica el anuncio de un mal, ... no requiere ser absoluta ni irresistible, ... basta que sea de cierta entidad e idónea para doblegar la voluntad de la víctima, ... una amenaza simple o que no revista la gravedad exigida por la norma carecerá de virtualidad típica; solo la grave amenaza cumple con el requisito y logra realizar el peligro que la norma considera necesario para la incriminación de la conducta”.*
- DINO CARLOS CARO CORIA, (Caro Coria, Dino Carlos y San Martin Castro, Cesar. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, aspectos penales y procesales”. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2000. p. 79.) *resalta: “...es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia...”.*
- FLAVIO GARCIA DEL RIO, (García Del Rio, Flavio. “Delitos Sexuales”. Perú: Ediciones Legales; 2004. p. 08.) en términos sustentados por Castillo Alva, agrega que: *“Una de las características más importantes de la grave amenaza es que la producción del mal dependa de la voluntad y decisión del autor directo, del coautor o autor mediato de la violación sexual, ... este mal debe ser determinado, es decir debe señalarse de manera más o menos clara el tipo o clase de daño que se pretende causar o se va a dejar producir; asimismo debe ser probable y verosímil”.*
- CARLOS SHIKARA VASQUEZ SHIMAJUKO, (Vásquez Shimajuko, Carlos Shikara. “El delito de violación sexual en el Código Penal peruano: algunos apuntes acerca

del acto sexual, el acto sexual análogo, la violencia y la amenaza”. En: Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Tomo N° 292. Trujillo: Normas Legales; 2000.) *señala que: “La amenaza es el anuncio de un mal grave e inminente o de un daño injusto que infunde miedo a la víctima produciéndole una inhibición de su voluntad, lo que conlleva a que ésta realice lo que el intimidador quiere. Se produce, entonces, una alteración en el proceso normal de motivación,... la amenaza debe ser grave, es decir que el mal que se anuncia debe ser de tal entidad que infunda temor a la víctima, ... no es necesario que la amenaza sea irresistible; debe medirse por su eficacia, no por su cantidad”.*

- Para el penalista de antaño MANUEL ESPINOZA VASQUEZ: *“La grave amenaza es otro de los medios que utiliza el agente para coaccionar la voluntad de la mujer y obligarla a practicar actos libidinosos violentos (delicta carnis), contra la voluntad manifiesta de la agraviada. La intimidación que es el efecto psicológico y moral de constreñimiento de la voluntad, proveniente de la grave amenaza, funciona a veces en forma autónoma y otras coadyuvando con la fuerza física, ... Son necesarios para que se configure la intimidación o la grave amenaza: la gravedad seria de la amenaza, debe ser inminente y posible, para que produzca convicción en la víctima, que el sujeto cumplirá con sus amenazas. Además debe producir miedo torturante en forma inmediata ante la posibilidad cierta de la realización del daño lanzado por el sujeto contra la agraviada o algún familiar”.* (Espinoza Vásquez, Manuel. “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Médico-legales y criminológicas”. Trujillo, Perú: Marsol Editores; Edición 1983. pp. 35-37.)
- Para el maestro Penalista LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES señala que: *“Más problemático es la delimitación de la grave amenaza. La intimidación puede ser grave tanto si recae sobre la víctima como sobre un tercero vinculado a ella. Pero pareciera que la gravedad ha de tener en cuenta las circunstancias objetivas en que se encuentra la víctima, ya que sin ellas es imposible determinar la intimidación, que tiene por objeto vencer la resistencia de su*

*voluntad. La gravedad tiene que medirse en relación al efecto que determina sobre la resistencia o voluntad de la víctima. Desde esta perspectiva también puede haber una intimidación mediante el empleo de fuerza sobre las cosas, o más concretamente, mediante la conminación de un mal que recaiga sobre cosas. Como en toda intimidación, el mal anunciado ha de ser real y posible, de lo contrario perdería su carácter de grave”.* (Bramont Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María Del Carmen. “Manual de Derecho Penal Parte Especial”. Ejemplos de amenazas serían: donde la persona que padece claustrofobia, es encerrada de manera prolongada en condiciones gravosas; o cuando el sujeto, cuyo hermano es terrorista y nadie lo sabe, es intimidado con la amenaza de denunciar al hermano. Respecto de la amenaza sobre las cosas, sería ejemplo: con la amenaza de arrasar con la cosecha, único sustento de una mujer viuda y sus hijos. 2da Edición. Perú: Editorial San Marcos; 1996. p. 213.)

El orden en el que se hallan estas interpretaciones doctrinarias solo se corresponden a una forma aleatoria elegidas por el presente investigador, o al menos son estos autores quienes se han preocupado por delimitar jurídicamente cuando se está frente a una amenaza típica del delito de violación sexual. Dichas explicaciones a las que han arribado los distintos juristas al respecto, aun cuando parezca lato que han llegado a la misma conclusión respecto de los requisitos que debe poseer una amenaza para ser calificada de grave, ello no debe detenernos en la búsqueda de los objetivos de la presente investigación, que es delimitar la estructura y la interpretación del elemento normativo en análisis –amenaza grave-. Es notable pues, que las concepciones arribadas al respecto no difieren mucho en cuanto a las amenazas requeridas por otros tipos penales y su estructura, e incluso se aprecia la persistencia de interpretarlo bajo criterios subjetivos, con la excepción del jurista de antaño Luis Bramont Arias Torres, para quien la gravedad debe medirse en cuanto a las circunstancias objetivas; luego la mayoría doctrinaria es del criterio que no pueden caer bajo amenazas bienes patrimoniales donde una vez más difieren con Bramont Arias Torres; finalmente se trata de explicar a la amenaza a través de un segundo elemento, que es la intimidación. Es factible señalar que la mayoría de los penalistas también han analizado la grave amenaza con



respecto a otro requisito, pero que a su vez no es exigido por el tipo penal, “la resistencia de la víctima”, donde algunos admiten que la amenaza debe vencer la resistencia de la víctima, mientras que otros niegan tal circunstancia.

Particularmente soy de la opinión que es el jurista Manuel Espinoza Vásquez, el autor quien nos otorga un concepto más preciso, de lo que vendría a configurarse como amenaza típica, y que el legislador lo ha querido así con miras a proteger el valor e interés jurídico libertad sexual solo a través de la exigencia de que este medio de coacción debe de ser grave.

Que el jurista Bramont Arias Torres considere dable que la amenaza requerida en el delito de violación sexual se corresponde a ser interpretado desde un análisis o “postura objetiva”, no quiere decir que sea mal intérprete de la norma y menos que ha errado al momento de tratar los delitos sexuales; aun cuando la mayoría doctrinaria no acepten de típicos los ejemplos otorgados por Bramont Arias (amenazas recaídas en bienes materiales. Ejemplo: Destruir la cosecha que sirve de único sustento a la mujer viuda con hijos). Considero personalmente que estos casos si son abarcables por el tipo y ser considerados como grave amenaza. Ello es así, porque si bien la mayoría de los doctrinarios señalan que la amenaza debe de ser interpretada teniendo en cuenta criterios subjetivos, que entrañan adentrarnos a la psiquis del sujeto pasivo que ha sido amenazada para delimitar la entidad grave de la misma. Es un hecho pues, que amenazar a alguien con destruir su bien inmueble -cosecha- que sirve de único sustento a la mujer que afronta la responsabilidad de padre de sus menores hijos o tener un contacto sexual, también se corresponde a la profundidad de la psiquis de la víctima; pues esa víctima luego de recepcionar la amenaza, la va considerar grave teniendo en cuenta su estado económico patrimonial, la necesidad vital de los alimentos de sus hijos huérfanos de padre, la necesidad de sobrevivencia de ella y la necesidad de no perder ese único bien inmueble que le otorga sustento; entonces una vez que pondera su estado económico-social, es lógico que va a sentirse despavorida y

atemorizada ante tal amenaza, consecuentemente nada impide que pueda tomar la decisión del camino a la oferta sexual puesta en su perspectiva por parte de su agresor. Sin embargo llegar a esta conclusión es propio de los siguientes puntos a tratar en el presente trabajo.

#### **2.3.6.4. La Grave Amenaza en la Jurisprudencia Nacional:**

Veamos algunos casos y pronunciamientos judiciales existentes respecto a la grave amenaza.

*“...La amenaza debe revestir un especial grado de seriedad y gravedad que produzcan en la víctima una inhibición de su voluntad ante el temor de sufrir un daño,... se aprecia una contradicción respecto al momento de comisión en el que supuestamente el encausado Jhon Edwin Quispe Ochoa habría cometido, esto es, de si la llevó o no mediante una grave amenaza a un hotel y si una vez allí el encausado ingresó con la agraviada a una de las habitaciones donde finalmente yace (la Obliga) a tomar una bebida que hizo ponerla inconsciente... No acreditándose que el encausado haya usado una violencia y/o grave amenaza típica para quebrantar la oposición de la agraviada”. (Corte Superior de Justicia de Junín – Sentencia recaída en el Exp. 1406-2012-Huancayo, de fecha Diez de Octubre del año Dos Mil Catorce. Instrucción en la vía sumaria seguida contra Jhon Edwin Quispe Ochoa, como presunto Autor de la comisión del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual, en agravio de la menor con identidad reservada Y.M.P.P (15).)*

*“Allí arribaron como a las siete de la noche. Es el caso que el imputado Angulo Gonzáles, aprovechando que Jazmín Pinto y Reynaldo Cainamari se alejaron, insinuó a la agraviada tener relaciones sexuales, ofreciéndole todo tipo de ayuda para que acepte. Como la agraviada N.P.P.T. se negó, la amenazó con dejarla en la espesura de la selva y frente a su insistencia y amenazas de dejarla sola en la selva, la agraviada llorando aceptó, lo que aprovechó el encausado para hacerla sufrir el acto sexual, quien además le exigió que no cuente nada de lo dicho a su hermana Jazmín Pinto Martínez. Ya, al llegar al fundo, el encausado*

*convenció a la agraviada para que se quede a dormir con él, ocasión en que le hizo sufrir el acto sexual vaginal y anal”.* (R.N. N° 2854-2013 – Loreto. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de Octubre del Dos Mil Trece. En este caso, la Sala Penal de Loreto declaró responsabilidad penal y Condenó a Raúl Angulo Gonzales como autor del delito de Violación Sexual (Artículo 170 – Primer Párrafo del Código Penal) en agravio de N.P.P.T. a siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como al pago de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada. Luego la Corte Suprema vía Recurso de Nulidad reformando la sentencia, declaró Absolver al imputado de la acusación fiscal y mandó archivar definitivamente la causa.)

*“El representante del Ministerio Público, argumenta en su acusación de fs. 202/206, que se tiene como hecho probado que el día 30 de abril el procesado le solicitó a la agraviada ingresar a su dormitorio, y que una vez dentro, el acusado Bily Reynaldo Calderón Vargas le insinuó a la agraviada ir a su dormitorio, donde la forzó a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, amenazándola con matarla con un cuchillo, configurándose así la grave amenaza, y que el abuso sexual está demostrado con el Certificado Médico Legal N° 5533-LS de fojas 15, donde los peritos que suscriben concluyen en 1.- himen: desfloración antigua, 2.- ano: no signos contranatura, así como del Protocolo de Pericia Psicológica N° 5558-2011-PSC obrante a fojas 16, ... Una de las modalidades de comisión de este delito es la grave amenaza, la cual se interpreta como esa amenaza que logra vencer la voluntad de la víctima cuando siente que un bien jurídico superior a su libertad sexual corra peligro inminente, ya sea de su misma persona o de un tercero cercano a su círculo de parentesco y que en definitiva se configure una intimidación típica”.* (Corte Superior de Justicia de Junín – Sentencia recaída en el Exp. 2771-2011-Huancayo, Cinco de Junio del año Dos Mil Catorce. Instrucción en la vía sumaria seguida contra Bily Reynaldo Calderón Vargas, por la presunta comisión del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual en agravio de persona de identidad reservada de iniciales L.L.A.T. En esta sentencia se resuelve la inocencia del imputado bajo el fundamento 2.14 que literalmente expresa: En definitiva, analizados en conjunto los medios de prueba ofrecidos por las partes en este proceso, se tiene que en el caso de autos nos encontramos

frente a una Simulación de Violación, y del cual las falsas acusaciones, que la agraviada alega en contra de la persona de Bily Reynaldo Calderón Vargas, como chantaje de uno de los padres de la agraviada -Luz América Tenicela de Atencio- y como una venganza familiar, al quedar establecida que el procesado Bily Reynaldo Calderón Vargas en su calidad de Gobernador del Tambo, llevó a trámite un proceso conciliatorio sobre separación/divorcio entre la madre de la agraviada y la expareja de ésta, y del cual al verse afectada la madre de la agraviada, indujo y obligó a su hija –Leidy Luz Atencio Tenicela- a denunciar al procesado por un presunto delito de violación sexual, quedando demostrada la inocencia del acusado con la suscripción del documento denominado “Declaración Jurada”, donde la agraviada señala nunca haber sido abusada sexualmente por el acusado, y que los hechos los denunció porque su madre la obligó; y esa coacción por parte de su señora madre se apreció a lo largo de las diligencias a nivel procesal, que conjuntamente con las Declaraciones Testimoniales de las personas de Wilson Salomé Flores, Kaatherine Lizbethh Prieto Baldeón, Gabriela Adriana Camayo Casa, quienes conocen al acusado Bily Reynaldo Calderón Vargas, quien siempre ha actuado conforme a sus atribuciones como Gobernador del distrito del Tambo, por consiguiente ante la simulación de la comisión de un delito, debe de emitirse un fallo de inocencia a favor del acusado.)

*“Sin embargo la Violencia alegada por el Fiscal no está probado de autos, pues la misma agraviada a nivel policial solo llegó a señalar que el procesado la llevó a un hotel –sin hacer mención a la violencia y/o grave amenaza-, ya en el hotel le obligó a tener relaciones sexuales, se le puso encima y le bajó el pantalón; momentos descritos en los cuales no se aprecian que el acusado Jesús Manuel haya ejecutado alguno de los medios coactivos que requiere el tipo penal contra la agraviada, pues señalar que “la obligó”, es un hechos insuficiente para determinar la gravedad la acción que obligaba a la agraviada a actuar de la forma contraria a su voluntad y vulnerando su bien jurídico libertad sexual; en tanto al no quedar probado que haya existido violencia y menos haberse determinado que la violencia -aparente- sea típica, esto es que pueda doblegar la voluntad de la agraviada de iniciales A.B.V., correspondería absolver al acusado de los cargos formulados en su contra”. (Corte Superior de Justicia de Junín – Sentencia recaída en el Exp. 4123-2012-Huancayo, Enero del año Dos Mil Quince. Instrucción en la vía sumaria seguida contra Jesús Manuel Soto Hilario por la*

presunta comisión del delito contra La Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual en agravio de Persona de Identidad Reservada de iniciales A.B.V. (16.)

*“La tercera vez fue en el mes de mayo aproximadamente hace una semana en su casa sobre la cama del denunciado, se tiene que la menor agraviada no contaba nada a sus padres porque el denunciado la amenazaba con matar a su mamá si contaba algo y por el temor que tenía la menor callaba, este temor en la menor fue a consecuencia de la actitud violenta del denunciado quien agredía constantemente a su mamá, a su papá y a sus tíos conforme se corrobora con la constancia de caso de denuncia por violencia familiar realizada en la Primera Fiscalía de Familia, teniéndose que el denunciado infundió un temor no solo en la menor sino en toda su familia, lo que hacía que aguanten las acciones criminosas de este;... Para el presente caso, la menor de iniciales confesó que había sido víctima de violación sexual en varias oportunidades pero que no denunció desde un primer momento por las amenazas”.* (Formalización de la denuncia penal por el Ministerio Público - Fiscalía Provincial Penal de Huancayo, de fecha 30 de Mayo del Dos Mil Catorce. Interpuesto contra Renán Máximo Ruíz Cano, como presunto Autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual de Menor de Edad en grado de tentativa, en agravio de R.R.P.O.)

*“El juez atenderá en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurarse el resultado del proceso- y a su idoneidad que la ley permite probar con el medio el hecho por probar-). Si para el acceso carnal medio únicamente grave amenaza –en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho*

*objeto de imputación*”. (Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-115, Lima 6 de diciembre del 2011, fundamento N° 20.)

*“Que no obstante lo acotado, es indudable que la pena concreta que le debía corresponder al procesado es de diez años de pena privativa de libertad, pues no se puede soslayar la naturaleza de los hechos, incluso las graves amenazas que propaló contra la agraviada, cuando lo amedrentó con atentar contra su vida si formulaba denuncia, además de amenazarla con cortar el rostro de su hermano, ...”*. (R.N. N° 3465-2013 – Cusco. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Diecisiete de Julio del Dos Mil Catorce.)

*“Se imputó que el treinta de enero del dos mil cuatro, a las diecinueve con veinte horas, aproximadamente, cuando la agraviada A.P.R.A. y don Cesar Alipio Ccorimanya Condori transitaban por el malecón ribereño de Ilo, fueron abordados por los encausado Don Diego Yuri Martínez Oré (absuelto) y don Víctor Alberto Paxi Choque –con quienes se intersecaran antes-, quienes los amenazaron de muerte y con el uso de cuchillos fueron conducidos a orillas del río. Ccorimanya Condori fue amarrado de pies y manos con una soguilla. Así, mientras uno de los encausados lo vigilaba, el otro mantenía relaciones sexuales con la agraviada bajo amenaza de herirla con un arma blanca, quien incluso eyaculó en el interior de su vagina. Luego, cambiaron de roles, y quien vigilaba a Ccorimanya mantuvo relaciones sexuales con la víctima contra su voluntad, bajo amenaza. Posteriormente, le quitaron la soguilla a Ccorimanya y lo ataron con las hileras de las zapatillas de la agraviada y les sustrajeron a ambos sus teléfonos celulares, un reloj, cincuenta dólares y quinientos nuevos soles. Tras la denuncia, los denunciados fueron capturados”*. (R.N. N° 824-2013 – Moquegua. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Once de Julio del Dos Mil Catorce.)

*“Los objetos antagónicos objeto de impugnación se centran en determinar. a) si en dichas relaciones sexuales mediaron, para su comisión, violencia o grave amenaza, o si se produjeron con el*

*consentimiento de la menor, pues el encausado ha sostenido que estas se dieron en un contexto de enamorado, ... Dicha circunstancia da cuenta de un acto de complicidad vinculada a la relación sexual recientemente sostenida y, a su vez, a la necesidad de ocultársela a su progenitora, lo que efectivamente advierte que entre ambos existía una relación ajena o amenaza o coacción y orienta a que las relaciones sostenidas no fueron contra la voluntad de la menor". (R.N. N° 734-2015 – Callao. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de Mayo del Dos Mil Dieciséis.)*

*"En el dos mil diez cuando la menor tenía catorce años de edad, y transitaba por la cuadra veintidós, del jirón Chaco, en San Martín de Porres, fue interceptada por el sentenciado, quien la obligó a subir a un vehículo, en que realizaba entrega de gas, para luego conducirla a un lugar desolado, y mediante violencia física y bajo amenaza con arma de fuego, abusó sexualmente de ella. La agraviada decidió contarle lo sucedido a su señora madre, quien luego realizó la denuncia respectiva, ... Además precisó que no contó lo ocurrido debido a las amenazas que el acusado hacía contra su vida y la de su madre, y que incluso, cuando este la violaba, no gritaba ni resistía porque tenía en su poder un cuchillo o un arma de fuego". (R.N. N° 3577-2013 – Lima Norte. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Uno de Agosto del Dos Mil Catorce.)*

*"El procesado aprovechó que vivían juntos y que la menor estaba bajo su cuidado y protección para obligarla bajo amenazas de muerte para lograr el acceso carnal en reiteradas oportunidades. La última agresión sexual se produjo el 22 de noviembre del 2007, en represalia porque había tomado conocimiento de que ésta tenía una relación sentimental con Tomás Zapana Mamani. El Representante de Ministerio Público refiere que los hechos atribuidos están relaciones con graves amenazas por parte del encausado hacia la agraviada para lograr mantener acceso carnal, lo que explica que los informes médicos concluyan que la menor no evidencia signos de violencia genital ni extragenital". (R.N. N° 3197-2013 – Moquegua. Sala Penal*

Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Diecinueve de Marzo del Dos Mil Quince.)

*Asimismo nos encontramos con el Recurso de Nulidad, N° 3166-2012 - AYACUCHO, cual es pieza primordial de esta investigación, toda vez que la misma ha llevado al investigador a analizar la estructura e interpretación de la grave amenaza como medio de coacción, requerida por el tipo objetivo de violación Sexual. Sobre todo se ha tenido en consideración este pronunciamiento porque la misma Corte Suprema ha precisado los conceptos de “violencia” y “grave amenaza” en la violación sexual, donde literalmente dice:*

*“... En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual... Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a interés de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe de producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente. La intimidación como medio comisivo alternativo, ha sido definida por la jurisprudencia española como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa, que genera dicha intimidación,... Le esencia del artículo ciento setenta del código penal radica en el empleo de la violencia absoluta o compulsiva para la perpetración del abuso sexual”. (R.N. N° 3166-2012 – Ayacucho. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de Enero del Dos Mil Trece.)*



### 2.3.6.5. La Intimidación en el Actual Código Penal:

A las formas coactivas de la amenaza y la grave amenaza, se agrega una tercera modalidad coactiva, cual es la Intimidación; concretamente son cuatro los tipos penales que regulan este medio de comisión (Arts. 179, 285, 301, 366), los mismos que han sido interpretados de la siguiente forma.

*Delito de Favorecimiento a la Prostitución – Art. 179*, (Art. 179 del Código Penal Peruano: El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. La pena será no menor de cinco no mayor de doce años cuando: 1. La víctima es menor de dieciocho años. 2. El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación....) **PEÑA CABRERA explica lo siguiente:** “Violencia es todo medio de ejercicio físico que se ejecuta sobre el cuerpo de la víctima o de un tercero vinculado a ésta, a fin de doblegar su mecanismo de resistencia y así, poder realizar la actividad típica; mientras que amenaza grave, es el anuncio de ejecutar un mal inminente y real sobre la víctima, si es que no acceder a sus deseos delictivos, con aptitud para vencer la oponibilidad de la víctima”. (Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo II. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008. p. 54.)

*En el delito de Consumo Involuntario de Drogas mediante Coacción o engaño - Art. 301*, (Art. 301 del Código Penal Peruano: El que, subrepticamente, o con violencia o intimidación, hace consumir a otro una droga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa....) **PEÑA CABRERA refiere:** “La intimidación supone el ejercicio de una coacción psicológica que efectúa el actor sobre su víctima, mediando la amenaza de un peligro de inminente producción sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima; su vida, libertad personal y su salud. Una amenaza que debe ser seria, actual e idónea, para poder anular la capacidad decisoria del sujeto pasivo. Han de descartarse la amenaza futura, aquella inidónea por los medios empleados, así como aquella que se dirige de forma confusa e indeterminada; es decir, la intimidación debe ir aparejada con actos concretos objetivables”. (Peña Cabrera F, Alonso R.

*“Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo IV. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008. pp. 143-144.)*

Aquí cabe resaltar respecto de que la amenaza debe ser determinada, o que esté aparejada a actos concretos objetivables o pasibles de realización por el autor.

#### **2.3.6.6. El Peligro Inminente en el Código Penal:**

Analizados brevemente la definición y comentarios otorgados a los medios coactivos precedidos en los párrafos superiores; corresponde de igual forma realizar una breve revisión a lo que nuestro código penal taxativamente lleva regulado como “el peligro inminente” en tipos específicos.

Específicamente en los delitos de Robo (Art. 188 del Código Penal Peruano: El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.) y Robo de Ganado (Art. 189-C del Código Penal Peruano: El que se apodera ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno, aunque se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.), se reprocha la conducta del autor que realiza contra el sujeto pasivo una “amenaza con peligro inminente para su vida o integridad física”; veamos cual ha sido su interpretación.

- El autor RAUL PEÑA CABRERA, indica respecto del bien jurídico que: *“Si hemos de partir, que el robo al igual que el hurto constituye un atentado contra el patrimonio, contra los derechos reales inherentes a la propiedad, cuando se produce el desapoderamiento del bien mueble; debemos agregar algo más en el caso del Robo, pues es de verse que el plus de disvalor radica, en que la sustracción*

*del bien se realiza mediando violencia y/o amenaza grave sobre las personas, por lo que la libertad, la vida, el cuerpo y la salud también son objeto de tutela en este tipo penal” (Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo II. Ob. cit. p. 334.);... La amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física; debe ser entendida, por tanto, como aquel anuncio serio, inmediato y de gran probabilidad de cometer un atentado contra la vida y/o salud de la víctima”. (Ibídem, p. 212.)*

- Por su lado, el autor SALINAS SICCHA, explica que: *“El robo es un delito de apoderamiento mediante sustracción al igual que el hurto, pero con empleo de violencia y/o grave amenaza sobre las personas, para de tal modo anular su voluntad de defensa y obtener la sustracción/apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio (Salinas Siccha, Ramiro. “Derecho Penal Parte Especial”. 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. pp. 1076-1077.);... la amenaza como medio facilitador del apoderamiento ilegítimo consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física de la víctima o de un tercero, quedando descartado otro tipo de males”. (Ibídem, pp. 1076-1087.)*

Resaltan en ambas opiniones doctrinarias respecto del robo, la equiparación de la amenaza con peligro inminente para la vida o integridad física, que es un requisito esencial en este delito patrimonial, con una “grave amenaza”; término último que taxativamente el tipo no lo señala, pero que no intentamos decir que sea equívoco tal afirmación.

- Volviendo con PEÑA CABRERA, siguiendo el criterio de Gonzales Rus, expresa que: *“Por intimidación, ha de entenderse aquella conducta que supone el anuncio de un mal con el fin de conseguir el efecto psicológico de constreñir la libre formación de la voluntad, referida a la disposición patrimonial, del sujeto pasivo de la acción de apoderamiento;... Entonces, al hablarse de una amenaza inminente, debe entenderse que el mal que se pretende realizar ha de concretizarse de forma inmediata, si se dice que la amenaza es*

*un mal a futuro, no desplegará los efectos que se espera de la misma, de incidir en un plano psicológico concreto, reduciendo, por tanto, las mecanismos de defensa de la víctima;... La amenaza debe ser también seria, es decir, idónea para poder provocar el estado que se describe en la norma (inminente peligro para la vida o integridad física), con una navaja se coloca en el cuello, exigiendo el dinero; no podrá ser reputada como "seria", cuando la amenaza se realiza mediando un instrumento ineficaz (un palito de fósforo, un mondadientes); pero sí lo podrá ser un tenedor o un cuchillo. Así tampoco, el empleo de maleficios, brujería o cualquier aspecto carente de materialidad (espiritual), propio de la metafísica:... La ley quiere que la amenaza o amago sea anuncio de un daño grave e inminente, relacionado con la vida o la integridad física, pues las amenazas de otra índole (secuestro, contra el honor, etc.), no se encuadran". (Peña Cabrera F, Alonso R. "Derecho Penal - Parte Especial". Tomo II. Cuestión importante es que la víctima sea susceptible de ser intimidada, a efectos de lograrse el estado de angustia que el tipo exige. Ob. cit. p. 213.)*

Aunque con similares criterios se ha interpretado el Delito de Robo de Ganado; el presente jurista en este caso, es de la opinión que la intimidación es aquella conducta que supone el anuncio de un mal; sin embargo al analizar otros tipos penales donde se describe al medio coactivo amenaza, el mismo es del criterio que la amenaza es un medio para llegar a la intimidación. Después se determinará que el mal contenido en la amenaza requerido por el tipo, debe poder concretizarse de forma inmediata, de ahí que se regule bajo el término "inminente"; y por último que la amenaza debe de ser seria o idónea. Mientras que el jurista Salinas Siccha es mucho más preciso al aclarar la finalidad de la amenaza y la calificación de eficacia de la misma, diciendo:

- *"La finalidad es intimidarlo y de ese modo, no oponga resistencia a la sustracción de los bienes objeto del robo. No es necesario que la amenaza sea invencible sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa*

*directa de un mal futuro, puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique”;... La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, su contexto social o familiar que le rodea o el lugar donde ocurre la amenaza puede ser decisiva para valorar la intimidación”. (Salinas Siccha, Ramiro. “Derecho Penal Parte Especial”. Ob. cit. pp. 1076-1077.)*

Nótese que mientras para Peña Cabrera determinados actos de amenaza no pueden configurarse como la requerida para el tipo, por carecer “objetivamente” de ser idóneos para constreñir, obligar o exigir un bien patrimonial del sujeto pasivo; para el penalista Salinas Siccha esa idoneidad o eficacia de la amenaza puesta en perspectiva de la víctima se puede medir o determinar según las condiciones y circunstancias existenciales de la víctima (análisis subjetivo).

#### **2.3.6.7. Las Similitudes Advertidas:**

Nos queda decir, que en la parte especial del derecho penal peruano, si bien existen distintos tipos penales, cada uno creado con la finalidad de proteger un determinado bien jurídico, lo que es acorde con el principio de lesividad, y donde cada tipo regula una forma en particular de los medios coactivos, como son la amenaza, la grave amenaza y la intimidación; sin embargo tanto la doctrina como los pronunciamientos existentes al respecto, determinan más que similitudes tanto conceptuales como de estructura de los tres conceptos jurídicos antes señalados, o propiamente llamados elementos normativos del tipo; y las han definido como si fueran lo mismo, con alguna u otra variante de sus requisitos propios de la forma de comisión como delito. Así, casi en todos los tipos penales antes referidos en este capítulo, el medio coactivo “amenaza” se la interpreta como una “grave amenaza”; sucediendo lo mismo con el elemento normativo “intimidación” y en otras veces se ha determinado como requisito medio de una intimidación a la amenaza o grave amenaza. De igual forma los juristas citados no comparten el mismo criterio a la hora de establecer, que bienes jurídicos pueden ser materia de una grave amenaza, pues para algunos

pueden abarcar todo los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, que van desde el honor, el patrimonio y la vida; mientras que para otros tan solo serían materia de una amenaza típica, aquellos que se dirigen a la vida, la salud y la integridad persona. Por último, se advierte que la doctrina nacional no llega a determinar con claridad al menos interpretativamente, de cómo medir las amenazas, pues para algunos esta se mide mediante datos o criterios objetivos, mientras que para otros desde datos o criterios subjetivos, criterios que muy bien los operadores del derecho deben de conocer a la hora de enfrentarse frente a casos de amenazas en violaciones sexuales y no menospreciar que cada criterio interpretativo de la “grave amenaza” tiene matizaciones propias que permiten solucionar los casos concretos bajo una forma distinta a las otros criterios.

Por nuestra parte, insistimos que los tipos penales dados por el legislador, tienen una propia estructura típica, que los hace muy distintos del restos de tipos penales existente y/o vigentes y donde, claro está que sus medios coactivos regulados en cada uno de ellos, no puede ser interpretado como si fuera el mismo, si es en el propio texto del tipo que con su terminología, nos da a entender que existen amenazas, luego amenazas más graves; por lo tanto no puede equipararse estructuralmente la amenaza requerida en la Coacción con la grave amenaza requerida en la Violación Sexual, sucediendo lo mismo con respecto a la amenaza requerida en el delito de robo. Sin embargo, aun cuando existan diferencias claras entre los tipos penales, esencialmente desde los bienes jurídicos que intentan dar protección, no debemos negar que las similitudes estructurales de las distintas amenazas con la amenaza que se exige en la Violación Sexual, son y tienen que ser similares, pues en el fondo estamos tratando a la “amenaza” entendida como vis compulsiva desde el derecho romano, desde su aspecto histórico, social, terminológico y propiamente jurídico.

Lo antes mencionado nos aclara la diferencia y a la vez la similitud con la que debe entenderse a la amenaza del robo con el de la violación sexual, y decimos diferencia y similitud porque en el primer delito se exige un peligro inminente contra la vida o la integridad física del sujeto pasivo,

mientras que en la segundo, al menos como se encuentra redactado el tipo penal no exige el peligro inminente que puede encerrar el mal de la amenaza, sin embargo la doctrina y la jurisprudencia denotan que la amenaza característica de la violación sexual debe de ser inminente.

Por otro lado, somos de la consideración que los tipos penales redactados bajo el medio de coacción “intimidación”, deben ser aclarados, en el sentido de si el legislador quiso regular la amenaza en vez de la intimidación o si efectivamente ha sido esa la intención legislativa, y decimos que debe ser aclarado porque la propia doctrina como se ha visto llega a diferentes acepciones, en concreto, no es lo mismo amenazar que intimidar, o en su caso, la amenaza es solo una forma de intimidar.

#### **2.3.6.8. Los Medios que anulan la Voluntad en el Derecho Civil:**

Muy bien sabemos de buena tinta, producto de las enseñanzas en nuestras aulas universitarias, que existen dos sistemas jurídicos, el de Corte Americano-Europeo llamado “*Common law*”, el Anglo-Sajón llamado también “*Derecho Romano-Germánico*”, llamado también “*Civil law*”. De los cuales nuestro sistema jurídico asienta sus bases en el Derecho Romano-Germánico. Dicha delimitación no refleja una superioridad del primero ante el segundo, puesto que cada sistema jurídico tiene sus componentes a nivel legal, pudiendo ser la constitución, la ley ordinaria, los decretos del poder ejecutivo, etc. También a nivel jurisprudencial existe pluralidad: pronunciamiento de los tribunales superiores, de apelación, de primera instancia. Y no menos variados son los elementos de derivación doctrinal (algunos compartidos y mayoritarios, otros minoritarios, excéntricos o fatalistas). Por ello el presente trabajo al tratar el estudio de la “Grave amenaza”, este al ser un elemento normativo del tipo objetivo (norma creada por el legislador) buscamos vía fuente doctrinaria elaborar y otorgar una solución a la interpretación del mismo, que sea capaz de superar a otras interpretaciones existentes y se muestre como el más idóneo para determinar una decisión del juez con respecto a los casos prácticos de violación sexual. (La expresión sistemas Jurídicos, referida a la comparación jurídica, se debe al jurista francés René David en 1960, quien utilizando factores de ideología y modo de producción

de las reglas, identificó cuatro familias de derecho o *grandes sistemas*: a) *Romanogermánico*: En el que se incluyen los ordenamientos jurídicos que se han desarrollado en el continente europeo a partir del siglo XII, al sur de la actual Dinamarca y al oeste del límite oriental del Sacro Imperio Romano, y que después se han difundido por las posesiones controladas principalmente por España, Francia y Alemania, en tres continentes. b) *Common Law*: Que tuvo su origen en la colonización normanda de Inglaterra (siglo XI) y que, posteriormente, se extendió a las posesiones (Irlanda) y colonias (Estados Unidos, Canadá no Francés, Australia, Nueva Zelanda) inglesas; c) *Tipo Socialista*: Comenzado por la Revolución Bolchevique de 1917, radicado de los territorios rusos con el poder soviético y extendido luego a los Estados (de la Europa centrooriental, de Asia y de África) que, tras la segunda Guerra Mundial, optaron por la colectivización de los recursos productivos y por el monopolio del poder de un partido de inspiración comunista; d) *Filosóficos o Religiosos*: Derecho Musulmán, Hindú, Hebreo, Derechos de Extremo Oriente, de África, etc. Véase: Ajani, Gianmaria; Anderson, Miriam; Arroyo Amayuelas, Esther; y Pasa Bárbara: “*Sistemas Jurídicos Comparados – Lecciones y Materiales*”. (Trad. Beatriz Gregoraci Fernández). España: Ed. Universidad de Barcelona; 2010. p. 31. Posteriormente lleno de críticas a la clasificación de este jurista, se realizaron otras divisiones acorde con la política e ideología del actual siglo XXI. Sin embargo por el tipo de formación tradicional se reduce a la división genérica tan solo en el *Common Law* y el *Derecho Romano-Germánico*.)

SALINAS SICCHA citando al penalista Peruano de antaño Roy Freyre, sostiene que: “*la amenaza no es más que la violencia moral conocida en el derecho romano como vis compulsiva, la misma que vendría a ser el anuncio del propósito de causar un mal inminente que ponga en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de una persona,...*”. (Salinas Siccha, Ramiro. “Derecho Penal Parte Especial”. Ob. cit. p. 1086.)

Pues bien, la importancia de analizar el derecho civil en este punto, ha sido producto del pronunciamiento de mencionados juristas en materia penal, que a la hora de analizar el tipo objetivo del delito de Violación Sexual – Art. 170 del CP, han criticado lo que se conoce como “vis compulsiva”, al considerar inadecuado e inaplicable dicha terminología civil dentro de la Dogmática del Derecho Penal; refiriendo también que existen formas de vis absoluta –violencia o fuerza física- que no anulan completamente la voluntad, es decir no son absolutas, y por otro lado, existen también formas de vis compulsiva –grave amenaza- que sí estarían en condiciones de anular la voluntad de la víctima, generando no una compulsión, sino una



anulación absoluta de la víctima. (Martínez Zúñiga, Lisandro. "Derecho Penal Sexual". 2da Ed. Bogotá; Editorial Temis; 1977. p. 187.)

Una segunda cuestión que nos obliga adentrarnos al terreno del derecho civil, es referente al consenso arribado en el Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-115-Lima, de fecha seis de diciembre del dos mil once, fundamento 20, referidos a la forma de interpretación de la grave amenaza desde artículos del código civil que regulan la anulación del acto jurídico.

Por ello, es importante adentrarnos al campo del Derecho Privado, a fin de descubrir los medios coactivos que anulan la voluntad de un sujeto. Desde luego, el presente investigador, no tiene la intención de llevar a cabo un riguroso análisis o estudio profundo de las coacciones en el derecho privado y menos hacer una crítica a éste ámbito tan amplio del derecho; más solo realizaremos un breve examen a la regulación existente al respecto y que como se verá, nos servirá para delinear la grave amenaza como medio coactivo, sobre todo respecto de su estructura como elemento normativo-social.

**a. La manifestación de la Voluntad:** Cuando hablamos de acto jurídico, ("Estructura, elementos y requisitos del Acto Jurídico". El elemento esencial, básico, fundamental del Acto Jurídico es la voluntad, explica ANIBAL TORRES, de otro modo manifestado; como sabemos para que exista voluntad jurídica se requiere que concurren los siguientes requisitos: el discernimiento, la intención, la libertad y la exteriorización mediante la manifestación (declaración y comportamientos). En: Lecturas académicas de la UPLA. p. 103.) hablamos de manifestación de voluntad; pues la manifestación de la voluntad es la parte más esencial del acto jurídico, sin ella no habrá consentimiento y sin consentimiento no habrá acto jurídico. (Ferdinand Cuadros, Carlos. "Acto Jurídico – Curso Elemental". En: Lecturas Académicas de la UPLA. p. 53.) En el Derecho Civil, se ha determinado que el sujeto pasivo desarrolla un proceso subjetivo que es la voluntad interna, la misma que para exteriorizarse desarrolla un segundo proceso, llamado proceso objetivo, cual consiste en la manifestación de la voluntad, y ésta a su vez se expresa mediante la acción consistente en un acto físico; luego el

sujeto activo puede impedir lo que quiere y lo que no quiere el sujeto pasivo a través de la realización de su acto físico voluntario.

La decisión de voluntad y expresión voluntaria de la misma equivalen a libertad. Libertad de intención de obtener un resultado, que se traduce en una declaración sin coacción. Voluntario es aquello espontáneo, sin nada superior que lo impela de manera extraña al propio querer. El comportamiento humano no voluntario obedece fundamentalmente a dos razones: o se actúa sin querer, sin darse cuenta, sin percatarse de lo que se hace pero por razones atribuibles al propio sujeto; o bien dándose cuenta y sabiendo lo que realiza, pero sin quererlo, luego es por razones ajenas al sujeto o, lo que es igual, que no hay libertad. (Código Civil Peruano Comentado, por los 100 mejores especialistas. Tomo I, Título Preliminar, Personas y Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 882.)

- b. Antecedentes Legislativos en materia civil respecto de los vicios de la Voluntad:** En nuestro Código Civil de 1852 no se utilizó el vocablo intimidar, pero en su Art. 1241 se proclamó la nulidad de los contratos que se celebraron por fuerza o violencia, sea que la empleara una de las partes o un tercero. Por su parte, en el Código de 1936 se distinguió la violencia de la intimidación, pero lo asimiló en cuanto a sus efectos, posición que ha sido mantenida por el código civil vigente; pero en el proceso de reforma de éste cuerpo normativo se planteó la exclusión de la violencia física, puesto que se trata de un supuesto en que no existe manifestación de la voluntad. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Explica que, en la concepción romana, la violencia física o vis absoluta resulta del empleo de una fuerza material que reducía a la víctima a un estado pasivo, convertida en un mero instrumento de la voluntad y, por lo tanto el acto obrado carecía de existencia como acto jurídico. En el código Napoleón la idea de la vis absoluta como excluyente del consentimiento y destructor de la voluntad, no fue del todo receptado en su codificación civil. Ob. cit. p. 216.)

El Código Civil no llega a definir las clases de violencia, en tanto que el Art. 214 de este cuerpo normativo, vigente en la actualidad, llega

a regular la anulación del Acto Jurídico, donde expresamente prescribe lo siguiente:

*Art. 214: Anulación por violencia o intimidación: La violencia o la intimidación son causales de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervengan en él.*

En los Códigos Español y Argentino llegaron a enfatizar la diferencia entre la violencia física de la violencia moral en cuanto a sus efectos, pues la violencia física hace la inexistencia al acto y la violencia moral solo lo hace anulable.

Entonces, con seguridad podemos decir, que no solo existe la violencia física o vis absoluta, sino también la violencia moral o vis compulsiva a la que el código civil la ha denominado bajo la nomenclatura jurídica de “intimidación”.

Si bien la denominación intimidación no es sinónimo de amenaza, en el derecho privado se ha regulado esta forma de anular el acto jurídico, pues mediante ésta el sujeto activo impide un acto voluntario de la víctima. Ahora bien, la diferencia alcanzada por los legisladores extranjeros respecto de la violencia física y la moral, nos ayuda a entender una diferencia clara de los medios de coacción “amenaza y grave amenaza” en el delito de Violación Sexual; básicamente ante un acto violento con la finalidad de acceder carnalmente a la víctima, ésta no otorgará consentimiento alguno y menos mostrará voluntariedad a que la accedan carnalmente; en cambio ante una amenaza grave la víctima va a emitir un pronunciamiento de si acepta o no tener un contacto sexual con el autor de la amenaza, donde su pronunciamiento puede ser tácito (asintiendo sin poner resistencia o no intentar escapar) o expreso (asentimiento verbal donde llega a un acuerdo con el autor de la amenaza). Lo antes arribado será tratado con más claridad en el punto correspondiente.

**c. Delimitación Conceptual en el Derecho Privado:** La violencia física denominada por los romanos como la vis absoluta, consiste en

el empleo de la fuerza bruta contra otra persona que hace la declaración, (Explica MONTESQUIEU, que los Romanos consideraban a la citación judicial como una especie de coacción física, y no se podía ir al domicilio de un hombre para emplazarlo. Véase en: Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes”. Editado por Chantal López y Omar Cortés. 1ra Ed. Cibernética completa. Biblioteca virtual Antorcha; 2006. p. 532.) de tal suerte que la priva de la libertad y la imposibilita para defenderse. La intimidación conocida en el derecho romano como vis compulsiva o violencia moral, que consiste en la coacción ejercida por medio de amenazas, que producen en la persona a quien van dirigidas una perturbación angustiosa (miedo), que pueden obligarla a practicar un acto no querido por ella. (Idrogo Delgado, Teófilo. “Teoría del Acto Jurídico”. Lima, Perú: Idemsa Editores; 2004. p. 241.)

La intimidación consiste en infundir un temor en un sujeto, y por ese medio se da una manifestación de voluntad forzada, en cuanto es consecuencia de haber cedido ante la amenaza que le infunde en temor, por eso, constituye un genuino, es decir una autentico vicio de la voluntad. (Vidal Ramírez, Fernando. “El acto jurídico”. Ob. cit. p. 221. Como ya se conoce en materia de derecho romano, Ulpiano definió el concepto de justicia en los siguientes términos: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la justicia es la constante y decidida voluntad de reconocer a cada uno su derecho). Esto implica que las características de la voluntad han de ser: constante, permanente, firme, inalterable, que no se perturbe ni por promesas, ni por halagos, ni por amenazas; y perpetua, es decir, de ayer, de hoy, de mañana, en una palabra, de siempre. Véase en: Padilla Sahagún, Gumesindo. “Derecho Romano”. 4ta. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores; 2008. p. 30.) Sin embargo los comentaristas del Código Civil refieren que la intimidación es distinta de la violencia física (compulsiva) o de la violencia moral (impulsiva). (Código Civil Peruano Comentado, por los 100 mejores especialistas. Son características de la intimidación: a) La existencia de una amenaza que cause miedo o temor. b) El mal en que consiste la amenaza debe ser inminente y grave (además de injusto, de lo que trata otro artículo). c) El mal puede recaer sobre la persona o bienes de la víctima o los parientes que la norma indica, si bien, tratándose de otros parientes, se verán las circunstancias. Tomo I. Ob. cit. p. 885.)

La doctrina distingue la intimidación por constreñimiento corporal de la intimidación por amenaza. pero ambas tienen un mismo fin, esto es infundir temor, miedo; en tanto que existirá intimidación por constreñimiento corporal cuando alguien hubiese obligado al agente a practicar el acto, ya sea por medio de cualquier ofensa física en su persona y malos tratamientos, o por medio de su privación de libertad, mediante retención violenta; por su parte existirá intimidación por amenaza cuando alguien hubiese obligado al agente a practicar el acto por amenazas injustas de hacerle un gran mal inminente o verosímil en su persona, libertad, honra o bienes, en la persona o bienes de su conyugue, descendientes o ascendientes. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 221.)

Esta última diferenciación entre Intimidación por Constreñimiento Corporal de la Intimidación por Amenaza realizada en el ámbito del Acto Jurídico, muy bien nos entabla hacia un concepto más claro de lo que vendría a ser la grave amenaza en los delitos sexuales, donde sería incorrecto hablar de alguna forma de constreñimiento.

Asimismo la jurisprudencia ha enmarcado que existe un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento:

*"Para que la intimidación vicie el consentimiento y produzca la anulación del contrato se exigen como requisitos fundamentales, el empleo de amenaza de un daño inminente y grave capaz de disminuir la libertad de uno de los contratantes; que esa amenaza determine la declaración de voluntad o, lo que es igual, que exista un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento, y por último, que esa amenaza revista carácter antijurídico". (Código Civil Peruano Comentado, por los 100 mejores especialistas. Tomo I. Ob. cit. p. 886.)*

**d. Elementos de la Intimidación Civil:** La noción contenida en el Art. 215 del Código Civil, (Art. 215 del Código Civil: Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los

bienes de unos u otros. Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.) establece que la Intimidación regulada en el Art. 214, para su configuración requiere de los siguientes elementos: a) amenaza; b) el mal; y, c) el temor. A su vez, estos elementos deben conjugarse con las pautas establecidas en el Art. 216 (Art. 216 del Código Civil: Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.) del Código Civil, que autoriza legalmente al Juez, para calificar la intimidación, basarse en los aspectos de la víctima, como la edad, el sexo, la condición de la persona y otras circunstancias.

Notemos pues, como el legislador civil no solo ha regulado la anulación del acto jurídico mediante medios coactivos, solo en un articulado genérico; sino que regula la forma y requisitos que debe tener el medio de coacción “intimidación”; así como ha regulado los aspectos en los cuales el juzgador civil debe apreciar al momento de calificar aquél medio coactivo “intimidación”. Si bien lo mismo no se hizo con el medio coactivo violencia, la regulación de las exigencias y formas de valoración de la intimidación, precisan los aspectos de la estructura de esa forma de coacción de la libertad; punto que en el derecho penal de la parte especial no ha sido visto al parecer de necesidad de regular cuando se está frente a una “grave amenaza” por parte del legislador penal; y que como se ha visto, tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia llanamente interpretan la amenaza con la amenaza grave como si fueran el mismo elemento normativo.

La intimidación es un efecto, es decir tiene una causa que es la amenaza. Si no existe esta no se producirá la intimidación y por lo tanto quienes celebran un acto jurídico sin la concurrencia de la amenaza, no podrá alegar que su voluntad estuvo viciada y por lo tanto deba anularse tal acto.

La amenaza consiste en anunciar la intención de causarle un mal deliberado ya sea en la persona, en los familiares o los bienes que tiene

una considerable importancia patrimonial. En tal sentido se puede amenazar la vida de la persona, su integridad física, el honor, la intimidad, la libertad. Si se trata de los bienes que tiene que ver con la existencia de los mismos o su funcionamiento adecuado. Es decir la amenaza debe ser grave inminente. (Romero Montes, Francisco Javier. "Curso del Acto Jurídico". Editorial Portocarrero S.R.L; 2003. p. 285.)

- Apreciamos de relevante, el criterio de que sin amenaza, no puede alegarse que la voluntad estuvo viciada. Luego, vemos que en materia civil el mal con la que se amenaza e incluso puede recaer sobre los bienes materiales de la persona a quien se intimida; situación última que ha sido negado en el derecho penal sexual en los juristas.

Para JOSE LEON BARANDIARAN, no interesa la persona del que amenaza, puede tratarse de una persona con toda su capacidad o de un incapaz. Lo que interesa es el anuncio del mal factible y que el amenazado se sienta presionado. (León Barandiarán, José. "Manual de acto jurídico". Lima 1961.)

Para FERNANDO VIDAL RAMIREZ, la intimidación debe ser consecuencia de una amenaza, la cual debe estar dirigida a obtener una manifestación de voluntad en un determinado sentido, que es el impuesto por quien la utiliza. Si no existe amenaza no se configura la intimidación. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 221.)

- Otro punto importante otorgado por los doctrinarios civilistas, es la capacidad de la persona que emite el mal; así como respecto de la amenaza que es dirigida a obtener una manifestación de voluntad en un determinado sentido.

A su vez la amenaza, el mal y el temor, regulados en la legislación civil, para ser admitidos como elementos de la Intimidación, deben poseer determinada forma, por el cual serán definidas de carácter jurídico, a saber:

- o *El carácter Grave de la Amenaza:* La amenaza puede estar dirigida tanto a la persona de quien se obtiene la manifestación, como la persona de su conyugue, de su pariente y demás personas con las

que se presume que guardan relación de afectividad, o a sus bienes o a los bienes de estos. (Ibídem, p. 225.)

La gravedad de la amenaza radica en que ella deba determinarse de la voluntad del sujeto intimidado. (Romero Montes, Francisco Javier. "Curso del Acto Jurídico". Ob. cit. p. 287.)

Lo último es un indicativo, que finalmente la gravedad no corresponde a lo que objetivamente es apreciable como "grave", sino que esa valuación de la amenaza ha de ser analizada desde la perspectiva de la víctima, lo que es un análisis subjetivo.

- *El carácter Injusto o Ilegítimo de la Amenaza:* Esta amenaza es injusta o ilegítima cuando consiste en un hecho contrario al derecho, o cuando no representa el ejercicio regular de un derecho así por ejemplo el acreedor que amenaza a su deudor con tomar represalias personales si no le paga o el acreedor que entabla un proceso judicial no para obtener el pago sino para agravar de manera ilícita la condición del deudor, haciéndole reconocer obligaciones mayores o el pago de intereses. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 226.)

La amenaza por lo mismo que tiene una finalidad intimidatoria, es injusta o ilegítima. El Civilista de antaño José León Barandiaran señalaba como sobresaliente, que la calificación de injusta a la amenaza, cual se da justamente por los medios de que esta se vale, esos medios que hacen que el ejercicio del derecho sea anormal o abusivo. (Romero Montes, Francisco Javier. "Curso del Acto Jurídico". Ob. cit. p. 289.)

- *El carácter Grave del Mal:* El mal como causa de la intimidación de la manifestación de voluntad, debe ser considerable y muy grave. Se trata de poner a la persona en una alternativa de brindar su consentimiento o de sufrir el mal, en esa situación, el intimidado podrá escoger el mal menor, que a criterio del que intimida debe ser la celebración del acto jurídico. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 227.)



JOSE LEON BARANDIARAN sostenía que, el mal grave produce una impresión decisiva en el ánimo del sujeto, llevando a formular la declaración, pues no impera el criterio objetivo sino subjetivo, es decir que el temor producido haya perturbado la voluntad del sujeto. (León Barandiarán, José. "Manual de acto jurídico". Ob. cit. Loc. cit.)

Aquí el ilustre maestro civilista José león, aclara que el mal grave es cuando uno perturba a un sujeto. Así el mal, solo es grave cuando se muestra como una impresión decisiva en el ánimo del sujeto pasivo, llevando a formular alterada formulación de la voluntad.

La gravedad del mal consiste que en realmente pese al amino del amenazado y no debe ser una simple molestia o contrariedad, el amenazado debe sentirse fuertemente presionado por el mal que se cierne sobre una persona o bienes o sobres las personas y sus bienes materiales, con las cuales guardan las más estrechas vinculaciones afectivas. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 229.)

- *El mal debe ser Inminente:* El mal es inminente cuando el efecto del mismo es próximo, más o menos inevitable que amenaza nuestra vida, nuestra integridad corporal o la de los seres queridos. La intimidación está dada por la ocurrencia del mal no sea remota y que supere a la víctima en su posibilidad de contrarrestarla. Es decir, la amenaza podría, de no ser inminente, ser evitada, ya sea por propios medios de la víctima o recurriendo a la fuerza pública. Para FERNANDO VIDAL RAMIREZ, la intimidación del mal no se refiere a que debe de realizarse en un futuro inmediato, sino que se trate de un mal que no puede evitarse en el intervalo de tiempo que medie entre la amenaza y su ejecución. Esto quiere decir, que la circunstancia debe analizarse en cada caso. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 228.)
- *El Temor Fundado:* El mal que conlleva la amenaza debe producir temor. Pero no cualquier temor configura la intimidación como vicio de la voluntad. En el derecho romano solo se consideraba la

intimidación si se apreciaba objetivamente. (Romero Montes, Francisco Javier. "Curso del Acto Jurídico". Ob. cit. p. 287.)

El Código Napoleón introdujo el criterio que la intimidación fuera suficiente como para impresionar a una persona razonable, con lo cual mantuvo el tradicional criterio objetivo, pero aludiendo a la consideración de la edad, el sexo y la condición de la persona, lo cual corresponde a un criterio subjetivo. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 231.)

El temor es el elemento subjetivo que consiste en llevar perturbación violenta del ánimo o del cuerpo, es decir conmocionar a la persona, ante la presencia de un mal y al que con dificultad se puede resistir. Como lo señala el Art. 215 del Código Civil, para que haya intimidación se refiere a la existencia de un fundado temor, el mismo que será determinado teniendo en cuenta los aspectos relativos a la víctima, como son su edad, el sexo, la condición de su persona y demás circunstancias (Ibídem, p. 230). En otras palabras, no habrá intimidación si no está de por medio ese fundado temor.

Una vez más, recalcamos el criterio subjetivo del que es parte nuestro código civil, al realizar una calificación de la idoneidad de la intimidación desde el plano de la víctima. Pues así como en la antigua Roma, bien pudo el legislador delimitar que la eficacia de la intimidación pudiese ser analizada desde un plano objetivo o en su caso como en el Código de Napoleón bien pudo adoptar un criterio tanto objetivo como subjetivo (criterio mixto). Al respecto no ha sido posible recolectar fuentes que logren explicar cuál fue el motivo de regular el Artículo 216 del Código Civil, netamente bajo un criterio subjetivo.

Aunque a decir del jurista JUAN ESPINOZA ESPINOZA, el criterio optado por la legislación civil peruana con respecto a la intimidación, se corresponde a un criterio mixto. (Este autor JUAN ESPINOZA, señala que los Arts. 215 y 216 del CC Peruano, son modelo del Art. 1435 del CC Italiano, partiendo del análisis del requisito de "aptitud a impresionar a una persona", señala que la ley parecer valorar una manera bastante objetiva a la intimidación, pero que la no norma se corrige inicialmente introduciendo criterios

subjetivos. Véase en: Espinoza Espinoza, Juan. "Acto jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial". Lima, Perú: Gaceta Jurídica; 2008. pp. 453-454.)

El temor debe estar dirigido a la persona intimidada, a la de sus parientes, y a la de terceros. Por eso el Art. 215 dispone que debe existir el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su conyugue o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de uno u de otro. Pero el código también contempla la posibilidad de comprender a otras personas.

Por otro lado, de una lectura rápida al Art. 217 (Art. 217 del Código Civil Peruano: La amenaza de un ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.) del Código Civil, nos permite apreciar, que no existe intimidación si se está frente a un Temor Reverencial.

Este temor reverencial lejos de proceder de la violencia, encuentra su causa en los sentimientos del amor conyugal o filial y en los de la sumisión respetuosa y consiente del inferior al superior. (Vidal Ramírez, Fernando. "El acto jurídico". Ob. cit. p. 232.) Si el temor no deriva de la amenaza de un mal, si no solo de un profundo sentimiento de respeto ilimitado o de ciega obediencia hacia otra persona, se configura el temor reverencial.

En materia sexual, difícil sería determinar que hubo acceso carnal sexual contra una menor de 14 años edad, por parte de su padrastro, quien nunca la violentó y menos amenazó; sin embargo el padre político constantemente violenta, agrede y amenaza a la madre de la menor, y donde por miedo a ser agredida como lo fue la madre, la víctima consciente que éste familiar la acceda carnalmente. Al parecer este hecho es uno de respeto ilimitado o ciega obediencia por la existencia de un temor, que es el temor reverencial.

#### **2.3.6.9. La Contradicción entre las Expresiones "Vis" con respecto al Derecho Romano:**

Hasta aquí pareciese, y con muy claridad, que las expresiones "vis absoluta y vis compulsiva", son propios del derecho romano; sin embargo se ha ubicado la obra de GUMESINDO PADILLA, quien asegura que la

intimidación (“*metvs*” en romano), en la Roma republicana, corresponde a una acción procesal, donde el pretor concede la “*actio quod metus causa*” (acción por causa de miedo) a quien ha celebrado un acto bajo el influjo del miedo y a causa de ello haya sufrido una pérdida patrimonial. (Padilla Sahagún, Gumesindo. “Derecho Romano”. 4ta. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores; 2008. p. 172.) Ésta fórmula de pretensión procesal fue introducida, dice este autor, por un pretor del 80 al 79 a. de J.C. llamado Octavio, de ahí que se conozca como fórmula octaviana.

Sobre ello, Ulpiano aclara en base al Digesto 4, 2, 3, pr., que antiguamente el Edicto contenía la expresión “*quod vi metusve causa*” (lo que por causa de violencia o miedo). Donde la Jurisprudencia clásica consideró posteriormente, que era innecesario el distingo, “*quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur*” (porque lo que se hace por violencia atroz, parece que se hace también por miedo), es decir, si alguien realizó un negocio bajo el influjo de la violencia física, como golpes, tortura, etc., lo hizo por miedo a sufrir más dolor; de la misma manera que quien realiza un negocio bajo el influjo de una amenaza, lo hace por miedo de que ésta se cumpla, de tal manera que, finalmente la intimidación o miedo sufrido es la causa por la que se ha realizado el negocio, sin que para ello importe el medio empleado para infundir tal miedo. Entonces, la acción del “*metvs*” se concede tanto para el caso de violencia o para el caso de intimidación. Por lo que en roma resultó vano, ocioso y perezoso, el distingo que se hace modernamente al hablar de “violencia física” y “violencia moral o psicológica”, en el tema de los vicios del consentimiento.

Por el ello Gumesindo Padilla cita textualmente, que las expresiones “*vis absoluta* (violencia física) y *vis compulsiva* (violencia moral o psicológica) son ajenas al Derecho romano.

Los requisitos de Ulpiano –conforme al Digesto-, y los concurrentes que se exigía por la jurisprudencia romana para la concesión de la acción por el “*metvs*”, eran: 1. La ilicitud de la intimidación (es la que se hace contra las buenas costumbres (*quae adversus bonos mores fiat*), 2. Evitación de un mal mayor (el intimidado se obliga para evitarse un mal mayor, esto es,

las consecuencias que acarrearía el cumplimiento de la amenaza o el sufrimiento de la violencia, son mucho más graves que las consecuencias que sobrevendrían a causa de la celebración del acto forzado, por lo que el miedo le hace optar por el mal menor.), 3. Que la intimidación haya sido dirigida a un hombre sereno (requisito propuesto por Gayo: es decir, no se pide que el intimidado haya dado públicas y repetidas muestras de valentía, sino que no las haya dado de medroso), y 4. La actualidad de la intimidación (para acogerse al edicto, la amenaza debe ser inminente, no una mera posibilidad, aunque ese mal ciertamente puede ser futuro). (Padilla Sahagún, Gumesindo. "Derecho Romano". Ob. cit. pp. 172-173. Los remedios procesales para reprimir el metus serán: a) *Actio quod metus causa*. La concede el pretor a quien ha sufrido un detrimento patrimonial a causa del miedo, *in quadruplum intra annum in simplum post annum*, pasado el año adquiere carácter perpetuo. b) *Restitutio in integrum*. Antes de transcurrido un año, la víctima podía escoger entre el ejercicio de la *actio quod metus causa* (cuadruplicaria) o una acción con ficción que rescinde el negocio mediante *restitutio in integrum*. c) *Exceptio quod metus causa*. Si bajo el influjo del *metusse* hubiese obligado alguien, sin haber cumplido aún lo prometido, procede la *restitutio in integrum*. pp. 173-174.)

Si bien el jurista mexicano asegura que las expresiones "vis absoluta y compulsiva" no son propias del derecho romano; parece ser, que el desarrollo de la acción del "metus" y sus requisitos de procedencia, fueron tomados por los doctrinarios en materia civil, así como por los doctrinarios en materia penal solo con respecto a los requisitos de la acción del "metus" (tanto para explicar la amenaza en el delito de violación sexual, como para otros delitos). Por nuestra parte, consideramos que las terminologías "vis" provienen del mundo griego, donde ya se conocía la "*vis naturae*" (fuerza de la naturaleza - terremotos, derrumbes), "*vis maior – vis magna*" (fuerza mayor - ataque de atracadores, enemigos de guerra).

#### **2.3.6.10. Predominancia de un Criterio Subjetivo en el Derecho Privado:**

Finalmente utilizando de asidero a los artículos expresos en materia de Anulación del Acto Jurídico, podemos decir que existe un criterio subjetivo, cual delimita la idoneidad del medio coactivo "intimidación"; a lo

que equivale decir, que nuestro Código Civil no se ha decidido por la prevalencia de un criterio objetivo, pues dispone que la apreciación de la intimidación debe hacerse tomando en cuenta consideraciones o datos, como la edad, sexo, condición de la persona y otros concernientes a la víctima inferida con el mal anunciado. De la misma forma, existe un artículo en específico que delimita la estructura jurídica de la intimidación, al expresar que esta solo existe cuando la amenaza es inminente, grave y logre infundir un temor en el sujeto pasivo. Situaciones jurídicas y/o legislativas que no han sido apreciados por parte del legislador penal a la hora de delinear los tipos penales referidos a la libertad e indemnidad sexual, que como reiteramos, complica la situación de determinar cuándo se está frente a una grave amenaza requerida por el tipo objetivo de violación sexual y cuál es la estructura e interpretación que se le debe dar a dicho elemento normativo-social.

### **2.3.7. LA ESTRUCTURA DE LA GRAVE AMENAZA:**

#### **2.3.7.1. De la Terminología Fuerza a la Grave Amenaza:**

Habíamos hecho mención ya, que el cuerpo legislativo del Código Penal de 1863 se mostraba como una versión mejorada del Proyecto del Código Penal de 1859 y revisada conforme al Proyecto de la Constitución de 1860, y que por su contenido de normas prohibitivas y punitivas se advertía como sobresaliente en relación a la sistemática y terminología que era usada en cuanto a los delitos sexuales, lo que lo diferenciaba lejanamente del Código de Santa-Cruz del año 1836.

Ahora bien, como se expresara en el párrafo de la evolución legislativa de los delitos sexuales en nuestro país, este cuerpo normativo de 1863 venía dominado por la influencia legislativa española.

Para definir la violación, el citado Código de 1863 recurrió de manera expresa a la naturaleza del medio empleado por el delincuente para vencer la resistencia de la mujer. Así en su Art. 269, expresaba al pie de la letra: "que viole a una mujer empleando fuerza o violencia". Al respecto, el término "fuerza" se refiere a la amenaza por oposición a la fuerza física

designada como violencia. Además, se equipara a estos medios el hecho que el responsable actúe privando a la mujer "del uso de los sentidos con narcóticos u otros medios" (Taylor Navas, Luís. En [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1999\\_15.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_15.pdf).); posibilidad jurídica última que en la actualidad es negado por el sector mayoritario. Así con los comentarios hechos al Código Penal de 1991, autores como CARO CORIA y SALINAS SICCHA negaran la posibilidad típica, siendo de distinto criterio el jurista CASTILLO ALVA. En el párrafo segundo de esta disposición – (Art. 269), se regulan como violación dos casos que se distinguen tanto por la condición personal de la víctima como por la manera de proceder del agente.

Deducimos, que es, desde este momento en nuestra historia de la evolución legislativa donde en el delito de Violación Sexual y sobre todo en el ámbito de su interpretación normativa, o en concreto de la definición de los elementos normativos contenidos en el tipo, es que nace la concepción de la equiparación de “fuerza” a “vis” (Salvat - La Enciclopedia. Vol. 20. Colombia: Salvat Editores; 2004. p. 15742.); o como se quiera entender en una acepción más justa, su interpretación o glosa doctrinaria. Así, se logra apreciar que en el CP de 1863, el término “fuerza” se equipara a la “amenaza” (Salvat - La Enciclopedia. “Amenaza es dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro”. Vol. 01. Colombia: Salvat Editores; 2004. p. 544.), la misma que es diferente o contraria a la “violencia”. (Salvat - La Enciclopedia. “la violencia está generalmente considerada como una agresión física, pero ésta no es la única forma de violencia, es solo una forma...”. Vol. 20. Ob. cit. p. 15725.)

Si bien la equiparación de los términos fuerza-amenaza, es incorrecta al no corresponderse ni siquiera como sinónimos; sin embargo es desde donde se inicia la postura de los doctrinarios a su interpretación bajo los alcances del recurso “vis” (tanto en la expresión “fuerza” como en la violencia).

Época desde la cual también se empieza a regular en esta figura delictiva, a ambas terminologías como los medios coactivos para la configuración del mismo.

Así, en la ubicación del tiempo y lugar de vigencia del C.P., antes citado, tanto la violencia como la fuerza constituyen los únicos medios coactivos a los que ha recurrido el legislador penal peruano en el contexto del delito de violación – (violación sexual).

Luego vemos como en la regulación del CP de 1924, se deja de lado al término “fuerza”, cual como se dejó dicho se equiparaba a la amenaza; es razonable entender que este cambio se debió justamente a que había sido un error equiparar el concepto fuerza al de una amenaza cualquiera, por lo que el legislador al percatarse de dicho desliz y desacierto, aunado a otras necesidades político criminales y sociales, es que realiza una reforma, trayendo así a luz al nuevo ilícito penal de Violación con el Código Maúrtua, cual quedó transcrito de la siguiente forma: “Artículo 196.- Será reprimido con penitenciaria o prisión o menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio”. (Calderón, Grover Ricardo. “Código Penal – Comentado y Sumillado”. 1ra Edición. Lima: Afa Editores; 1988. p. 239.)

Esta nueva estructura del tipo sexual, fue producto de tener en cuenta a varios antecedentes legales, a saber: 1. Código Penal de 1863, Art. 269; 2. Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1877, Art. 355; y, 3. Proyecto de reforma del Código Penal de 1916, Art. 179 así como la gran mayoría de artículos tanto de la parte general como especial”. (Ibídem, p. 64.) Pero tales precedentes tomados en cuenta a la hora de construir el nuevo ilícito por parte del legislador penal, no solo fueron de índole nacional, sino que se tuvo un fuerte predominio del precepto referido a la Violación Sexual del Código Penal Helvético del país europeo Suizo, (Hurtado Pozo, José. “Manual de Derecho Penal Parte General I”. Así, pues, tenemos que los modelos utilizados por el legislador son, en orden de importancia, los Proyectos suizos de 1915 - 16 y 1918, el Proyecto italiano de 1921 y el Código de la misma nacionalidad de 1889, el Código argentino de 1921, el Código uruguayo de 1889 y el proyecto sueco de 1918. La influencia más intensa e importante es la helvética. Sin exagerar se puede afirmar que se la encuentra en todos los títulos del Código, desde los primeros artículos concernientes al principio de legalidad hasta en las reglas del último libro, consagradas a la regulación de la entrada en vigor del Código y de su aplicación. 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, 1987., Pg. 47.) de ahí que los juristas de entonces explicaran esa influencia de



forma radical, al mencionar que había una ley extranjera (principalmente esa atribución le era mérito al Código Penal Suizo de 1918).

### **2.3.7.2. Las Exclamaciones Vis Absoluta y Vis Relativa:**

Entendida ya por los preceptos explicados en líneas anteriores, que fue con el Código Penal de 1863 donde se usa la locución de “vis” como interpretación a los medios comisivos del delito de violación regulado en aquel entonces; lo que no quiere decir que es desde aquella época en que nace esa interpretación o forma de glosar a los verbos fuerza y violencia.

Así, la táctica –llamémoslo así- usada por distintos autores-doctrinarios, al expresar su opinión en relación al delito de violación sexual, explicaban que la vis absoluta y la vis relativa, eran posibles vías de coacción. Estas locuciones se remontan a la antigüedad tanto en el mundo de la Filosofía como en el mundo del Derecho, y a partir de esa época histórica hasta el presente han sido múltiples los intentos por lograr delimitar sus diferencias y conceptualizaciones propias. Llegando a realizarse una referencia a la violencia física como “*vis absoluta, violencia compulsiva, vis corpori illata*”, mientras que para la violencia moral o “*moralis*”, se ha optado a la denominación de violencia condicional, violencia causativa, “*vis relativa*”, “*vis et metus*” o “*vis animo illata*”. Como puede verse, hay una contradicción respecto al criterio de la doctrina nacional de interpretar a la amenaza como “*vis compulsiva*”.

En el mundo europeo, suele suceder que la doctrina intenta encontrar y establecer la correcta distinción entre “*vis absoluta y vis relativa*” buscando las características concretas de la primera que no existan en la segunda. Bajo ese punto, ciertos juristas parten de la existencia de un elemento común que viene dado por la violencia - (*vis*), diseñando así la diferencia entre ambos, bajo el carácter de irresistibilidad de la violencia física.

Otros juristas europeos explican la diferencia en la existencia de una acción física inmediata en los supuestos de hecho de la “*vis physica*” que llega a excluir por completo todo acto voluntario; mientras que otros

consideran que realizar una distinción entre las dos exclamaciones es irrelevante para efectos prácticos.

GUNTHER JAKOBS, señala que la coacción con *vis absoluta* es la intervención directa, mientras que la coacción con medios de efecto meramente compulsivo es la intervención a través de la víctima que consiente. (Jakobs, Gunther. "Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 290. JAKOBS entiende a la amenaza como una sub especie de la violencia, por ello habla de la coacción como vis absoluta. Véase en: Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Lima: Palestra Editores; 2000. p. 396.)

Tanto la violencia, la intimidación, como las acepciones fuerza y amenaza han sido consideradas, entre autores españoles y por FRANCESCO CARRARA, como equivalentes funcionales y como tales merecedores de igual relevancia jurídico penal como medios coactivos. (Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal, Parte especial". Vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero). Señala que no hay razón para distinguir, en cuanto a la noción y a la pena, entre violencia moral y violencia física. Bogotá: Editorial Temis; 1997. p. 252.) No debe entenderse dicha similitud funcional en el tipo, como si todos esos términos coactivos tuvieran una igual equiparación de relevancia jurídica penal, pues su distinción se debe a las distintas formas delictivas existentes en nuestro código penal y su delimitación del marco penal.

Es por eso, que por más que fuese la determinación de la pena que diferencia a la violencia y a la grave amenaza en cada caso en concreto, al ser valorados por el juez penal; es necesario determinar el ámbito de interpretación de la grave amenaza, como medio coactivo. Como ya ha sido señalado anteriormente en nuestro Código Penal vigente, solo son dos tipos penales los que han sido estructurados por el legislador de 1991 bajo los medios comisivos de violencia y grave amenaza - (Art. 170 Y Art. 176); sin embargo son muchos los tipos penales que han sido estructurados bajo la violencia y amenaza como medios comisivo.

### **2.3.7.3. El Problema de la Grave Amenaza como Medio de Coacción:**

Ya se había dejado entre dicho, que un amplio desarrollo dogmático de la interpretación de la “violencia”, fue estudiado por el jurista CASTILLO ALVA (Castillo Alva, José Luís. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. p. 75.), estudio que abarca los puntos inquietantes de la violencia “típica” requerida por el tipo penal del Art. 170 del CP y donde por consiguiente plantea las correspondientes problemáticas en torno a dicha expresión.

Para el penalista reconocido en el mundo del derecho penal, la violencia física desde el momento que actúa sobre el cuerpo del sujeto pasivo para vencer su voluntad y la decisión contraria al acto sexual, también supone el desarrollo de un efecto semejante al de una grave amenaza que obra y opera en el proceso de formación de la voluntad, el cual tiene una estructura y un trasfondo netamente psicológico. De allí que la violencia o la grave amenaza si bien poseen una distinta composición ontológica en cuanto al desarrollo del comportamiento –en una la fuerza y en la otra la puesta en perspectiva de un mal- finalmente terminan por desplegar un efecto igual en la psique y en la consciencia del sujeto pasivo como es el de inhibirlo a prestar o continuar la resistencia o conminarlo a tolerar el acto sexual u otro análogo en virtud a la brusca alteración y estrechamiento de los ámbitos de autodeterminación. (Ibidem, p. 76.)

Se logra advertir así, que ambos medios comisivo conllevan un fin común, que es la de acceder carnalmente a la víctima alterando la voluntad de ésta; pero que ambos términos son muy distintos en cuanto a su real composición (filosófico-ontológico).

Así, la grave amenaza como figura especial o exclusiva (al presentarse solo en el ámbito sexual) del derecho penal parte especial, es que, tiene la suficiente entidad y relevancia práctica como para ser examinada con independencia de otros medios coactivos existentes ya en nuestra actual legislación penal. Dicho esto, la demarcación del concepto

de grave amenaza resulta ser más compleja y liada que la delimitación de la figura de la violencia, al ser la primera una figura restrictiva o requerida solo en dos tipos penales; término jurídico que ha sido poco estudiado por parte de nuestros juristas. Precisamente el estudio de esta investigación se basa en el producto final de creación de la norma estipulada en el Art. 170 del CP, dada por el legislador penal y en específico la “grave amenaza” como medio de coacción requerida por el tipo; pues para comprender a cabalidad su estructura o composición y de comprender que es aquello que lo diferencia de la “violencia”, es que hemos acudido a las distintas concepciones que de este término ha sido desarrollado en otras legislaciones penales; por lo que debemos continuar con el estudio del mismo, a través de la hermenéutica jurídica (Ramos Suyo, Juan A. “Epistemología Jurídica”. La Hermenéutica es, en tanto que método y objeto de reflexión, se aplica a la filosofía desde el Romanticismo. A partir del siglo XVIII se han elaborado variadas teorías de la interpretación y la comprensión, algunas completamente opuestas como las de Dilthey y Gadamer, que han dado lugar a una rica polémica filosófica con implicaciones que desplazan esta disciplina hacia el terreno de la ética y la filosofía política. Editorial San Marcos; Edición 2008. p.28.) para lograr su descripción (Ibidem. La Descripción, es la emisión o función de la Teoría del conocimiento, se puede cumplir en lo esencial con la descripción del fenómeno del conocimiento. En lógica tradicional es el discurso que significa el ser de una cosa mediante sus caracteres accidentales. Se trata de una definición menos perfecta o incompleta mediante el cual, sin embargo, se puede distinguir una cosa de otra. p. 242.), y su correcta interpretación integral, (Ibidem. La Interpretación en derecho, es la averiguación, esclarecimiento y declaración del sentido de una cosa, de un hecho, de una institución o de un texto legal, oscuro, dudoso o incompleto, para saber bien su relación con el derecho (su condición judicial), las obligaciones, derechos y expectativas que de la cosa, situación o texto dimanen. La interpretación más relevante por su trascendencia y generalidad de las leyes, es realizada: a) para aclarar el alcance y contenido exacto de la norma; b) para evitar la arbitrariedad de su aplicación; c) para evitar las aplicaciones deformantes de la ley; y, d) para no llegar a la creación subrepticia del derecho por vías irregulares y sin garantías de legalidad. Interpretación de la ley se denomina auténtica si la efectúa el legislador en cuanto tal, judicial (usual) si la hacen los órganos jurisdiccionales, y doctrinal si corre a cargo de los juristas, según los principios de su ciencia. pp. 243, 244.), a la que solo llegaremos a través del análisis del carácter dogmático-normativo de la jurisprudencia (Ibidem. La Jurisprudencia parece a medida que la llamada ciencia jurídica tomaba mayor seguridad en sus conocimientos, como consecuencia de la utilización de una técnica más depurada, se iba independizando de la filosofía; de este modo

se sustituye la filosofía por la jurisprudencia. En términos más concretos y corrientes, se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicar a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada. p. 349.), y de las teorías (Ibidem. La Teoría: Los conceptos de “verdad” (episteme) y “opinión” (doxa) eran en la antigüedad clásica conceptos que marcaban distintas calidades y niveles de conocimientos incompatibles entre sí. Teoría es toda conceptualización explicativa de una realidad dada. Toda teoría es un sistema, pero no todo sistema es científico; el sistema no tendrá que ser necesariamente riguroso o altamente formalizado. Tampoco se exige que sea completo, vale decir, que abarque la totalidad del campo temático propuesto por determinada ciencia. p. 446.), que en el derecho penal existen; cuales nos permitirán resolver los casos prácticos planteados en la presente investigación mediante el uso del razonamiento (Ibidem. El Razonamiento: En el pensamiento de Sshopenhauer: “El hombre sano no corre el peligro de inferir falsamente, pero sí, en gran medida, el de juzgar falsamente”. Tal general es la sana razón, como rara la correcta capacidad de juicio. Nadie errara al hacer inferencias, la dificultad y el peligro de equivocare están en la formulación de premisas. En filosofía y lógica razonamiento, es el proceso en virtud del cual partiendo de unas premisas se llega, por razón de la estructura formal de las mismas, a un nuevo enunciado llamado conclusión. El razonamiento admite dos consideraciones: una psicológica, o estudio de la actividad mental que realiza este proceso, y una lógica, o estudio formal del mismo. p. 453.) que es propio y natural de todo abogado y/o jurista, para llegar finalmente a nuestra propuesta de interpretación y emitir nuestra conclusión de dicho estudio, cuál deviene en ser el producto de la reflexión alcanzada.

Para establecer cuando nos encontramos ante una verdadera “grave amenaza”, es fundamental para los efectos prácticos a la hora de resolver los casos judiciales en acciones lesivas de la libertad sexual, determinar si los elementos concretos que integran esa estructura han aparecido o no en el hecho sub litis de pronunciamiento judicial; de tal modo que solo así, podrá afirmarse la existencia de una conducta con relevancia jurídico penal o si ella es la conducta querida por el legislador para efectos punibles. Luego de determinarse la estructura de ese medio de coacción, recién se pasará a analizar por separado cada uno de dichos componentes y juzgar así, si ellos han podido ser idóneos o inidóneos y por último condenar una culpabilidad bajo la tipicidad general existente.

### **2.3.8. POSTURAS DOCTRINARIAS QUE DETERMINAN LA ESTRUCTURA E INTERPRETACION DE LA GRAVE AMENAZA:**

Si bien ya se ha cumplido con describir a la amenaza y la grave amenaza desde el punto de vista dogmático y jurisprudencial, en donde ambos elementos normativos se expresan en causar un mal, difiriendo el uno del otro precisamente por lo “grave” o lo que es lo mismo, la intensidad del mal. Sin embargo, es menester señalar que existe otra diferencia, que conjuntamente a la intensidad de mal, nos permite ampliar la visión general de la amenaza típica del Art. 170. Esa segunda diferencia es con respecto al contenido propio de una amenaza, así existen: A) Las llamadas Amenazas no condicionales: Aquellas que van dirigidas contra un bien jurídico predominante, la que busca afectar su seguridad, pues el amenazante nada espera obtener de su amenaza, sino sólo infundir temor acerca de su seguridad en el amenazado (Ejemplo: Amenazar a alguien con matar); y, B) Amenazas condicionales: Aquí el mal anunciado por el que amenaza, se muestra en la exigencia de algo, lo que se convierte en una condición de la realización del mal, puesto que existen dos bienes jurídicos donde uno es preponderante. (Ejemplo: El que amenaza con lesionar a otro si no le entrega su cartera). (Politoff L. Sergio; Matus A. Jean Pierre, Y Ramírez G. María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial”. 2da Edición. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2007. p. 197.)

Claro que cuando hablamos de amenazas en general, nos referimos a aquellas relevantes jurídicamente o las que le importen al derecho penal.

Habiendo quedado más que claro, que tanto la violencia y la grave amenaza se muestran como equivalentes funcionales tanto en el delito de Acceso Carnal Sexual como en el delito de Actos contra el pudor en nuestra compilación penal; pero que, es la grave amenaza en su forma autónoma que constituye la estructura central del injusto de las citadas “amenazas condicionales”. A decir del penalista CARO JHON, una cosa es determinar la estructura del injusto de las amenazas condicionales y otra cosa es establecer el grado de intensidad o energía que debe tener esta última (la amenaza condicional) para poder afirmar que estamos ante una verdadera

restricción de la libertad jurídica de la víctima. (Pastor Muñoz, Nuria. "Sobre la estructura de la amenaza condicional como agresión contra la libertad". En: Eduardo Montealegre Lynett /José A. Caro John (Editores), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro - Homenaje al Prof. Gunther Jakobs en su 70 Aniversario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2008. p. 480.)

Entonces, vemos como se distinguen dos opciones de análisis (1. la amenaza en sí, y 2. La intensidad de la amenaza), cuales son esenciales al momento de estudiar la estructura de las amenazas condicionales.

Como ya lo dijera Salinas Siccha Ramiro con respecto a la grave amenaza en la violación sexual, es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del operador jurídico en el caso concreto. (Salinas Siccha, Ramiro. "Los delitos de acceso carnal sexual". Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2005. p. 59.) Sin embargo a esta cuestión de eficiencia, mejor llamado a nuestro entender calificación de la amenaza, si bien no existe en la norma adjetiva una delimitación propia de las amenazas –al menos en el derecho penal-, considero que tal calificación no puede quedar al criterio libre de cada operador, sobre todo de los jueces y fiscales penales, pues ello supone echar suerte el caso a los criterios de calificación de la amenaza ante el Juez X o Juez Y o ante el Fiscal W o Z, pues cada uno posee un criterio delimitador de cuando se está ante una amenaza grave típica y cuando no, lo que conforme a lo advertido en nuestra justificación ocasiona para el ciudadano denunciado-procesado y a la comunidad entera una tremenda inseguridad jurídica, sobre todo en un delito a la vista de todos delicado como lo es la violación sexual. Por ello en los puntos siguientes se busca explicar cuáles son esos "criterios" que vienen a configurarse como fundamentos para la delimitación, interpretación y calificación de la amenaza para efectos de tipicidad en el acceso carnal prohibido, los cuales han sido desarrollados por la doctrina, las que en definitiva sirven de asidero a toda incriminación, acusación, absolución y sobre todo en la defensa que se haga respecto del análisis de un elemento normativo complejo, como lo es la grave amenaza.

#### **2.3.8.1. Concepción lusfilosófico sobre el Caso del Asaltante:**

Antes de adentrarnos a los criterios doctrinarios que interpretan la “grave amenaza”, creo que este es el espacio que se debe otorgar a los iusfilósofos que se han dedicado tiempo en la búsqueda de entender, qué es el Derecho. Como ya pusieramos de manifiesto en el punto de la Coacción Estatal e Individual, Hart, Austin y Bentham discuten sobre el concepto de deber jurídico, desde el caso del asaltante, que es como sigue: “Existe una persona que se encuentra coaccionada por las amenazas de un asaltante”. (Santiago Nino, Carlos: “Introducción al Análisis del Derecho”. 10ma Ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A; 2001. p. 190.) La discusión filosófica es determinar, si el que ha sido amenazado (a) “tenía la obligación” de entregar el dinero, o (b) “se vio obligado a hacerlo” -como en los casos de pago de un impuesto-. Y como dejáramos entredicho, el análisis iusfilosófico se centra en aspectos subjetivos y objetivos; ya que como dijera Santiago Nino, no es fácil determinar la vinculación del deber jurídico con hechos empíricamente verificables.

Así, sobre el caso del asaltante antes citado, los iusfilósofos advierten que las afirmaciones de las situaciones (a) y (b), aunque apreciable que es su distinción lingüística, puede encubrir una diferencia conceptual relevante.

Hart, sostiene que la afirmación "se vio obligado a entregar el dinero", es un enunciado sobre hechos psicológicos del agente, sobre su creencia de que si no entrega el dinero sufrirá algún daño y su deseo de no sufrir tal daño, aun a costa de la pérdida del dinero. En tanto, que para la afirmación "tenía la obligación o el deber de entregar el dinero", no es suficiente ni necesaria la ocurrencia de ciertos hechos psicológicos; pues puede ocurrir, que el agente no tenga ningún temor de sufrir un daño (por ejemplo, si sabe que su evasión de impuestos no será descubierta –no olvidemos que se relaciona la coacción estatal con la individual-) y, sin embargo, ser posible afirmar que tenía una obligación (de pagar el impuesto, en el ejemplo).

Pero son Austin y Bentham, quienes llegaron a advertir, que el concepto de obligación no se relaciona con estados psicológicos, y por ello



postulan definir aquel concepto en relación, no a la “creencia subjetiva” de que se sufrirá un daño si no se actúa; sino a la “probabilidad objetiva” de que una persona que no actúa de cierta manera sufrirá un mal. Sobre esta segunda concepción dice Santiago Nino que, alguien tiene la obligación, por ejemplo, de pagar a su acreedor siempre y cuando sea probable que, en caso contrario, será objeto de una sanción. (Ibidem. Esta concepción de Austin y Bentham ha parecido a muchos como un gran hallazgo que permite definir en términos de hechos empíricamente verificables el concepto de deber jurídico. p. 191. Hart criticando a la postura de Austin y Bentham, asegura que, decir que alguien tiene un deber no sirve sólo para predecir que será sancionado, sino para justificar esa sanción. En efecto, sería absurdo que cuando un juez justifica su decisión de sancionar a alguien que omitió, por ejemplo, prestar auxilio a un herido, diciendo que tenía la obligación de ayudarlo, interpretemos sus palabras como si hubiera dicho que lo sanciona porque era probable que lo fuera a sancionar.)

En esta disputa por delimitar el deber jurídico (para explicar la relación de individuo y estado), Hart toma de trascendente un criterio subjetivo en el caso del asaltante, mientras que Austin y Bentham resaltan el aspecto objetivo como superior lejanamente al criterio de Hart.

La cuestión fundamental que lleva a los filósofos a sus conclusiones, señalo una vez más, es la referida al deber jurídico, donde la regla es acudir a las normas para calificar las conductas.

En la Teoría pura del Derecho se vislumbraba las obligaciones y libertades que tenían los sujetos con respecto a otros; HANS KELSEN explicaba que, la libertad está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada; también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo (imponer, obligar) a hacer lo que está prohibido. (Hans Kelsen. “Teoría pura del Derecho”. 4ta Ed. 9 Reimpresión. Argentina: Editorial Eudeba; Edición 2009. p. 192.)

De modo que la forma de “constreñimiento a otro” es punible por ser un acto antijurídico, la que como el mismo Kelsen señaló, el “acto

antijurídico” es una de las condiciones de la sanción establecida por una norma válida.

Lo opuesto al acto antijurídico, es el deber jurídico; pero en el caso del asaltante ¿cómo se puede delimitar que la obligación o el deber de entregar el dinero por parte del amenazado, es producto de un acto antijurídico? Precisamente la respuesta se encuentra también en los criterios subjetivos como objetivos que permitan entender a cabalidad, si la amenaza utilizada es o no efectiva para el amenazado, donde como consecuencia se espera una acción decisoria del amenazado.

A esto cabe agregar, que en un estudio sobre el Robo y la Extorsión, fue Bohmer quien hablaba que la “*vis compulsiva*” propia de la “*concessio*” – Extorsión, consistía en la “*minae iuris*”, es decir, en la amenaza de hacer uso abusivo de una facultad o potestad. Posteriormente Bohmer desarrolló un criterio demarcatorio basado en su misma concepción del robo como coacción, y sostuvo que la “*vis compulsiva*” propia del robo era aquella que consistía en la amenaza de irrogar inminentemente un mal (*propositione mali praesentis actuali*). Claramente esta concepción de la “*vis compulsiva*” fue trasladado por los tratadistas al delito de violación sexual”. (Bascuñán Rodríguez, Antonio. “El Robo como Coacción”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, Año 2002. p. 65.)

Es claro que tomamos de importante la discusión en torno al caso del asaltante, porque en esta investigación se persigue interpretar la amenaza típica o relevante en el ámbito sexual.

#### **2.3.8.2. Criterios de Interpretación de la Amenaza Típica desde la Doctrina:**

Las posiciones adoptadas por la doctrina penal respecto de la interpretación de las amenazas o la grave amenaza, ha sido sistematizada bajo cuatro criterios o posturas generatrices, a saber: A.- La teoría de la voluntad o criterio subjetivo, B.- La teoría de lo ilícito normativo o criterio objetivo, C.- El pensamiento tradicional, teoría unitaria, mixto o compuesto de la amenaza condicional, D.- La teoría valorativa de tres bienes jurídicos

fundamentales: E.- El criterio de legue ferenda de un nuevo delito de violación sexual. Posturas de los cuales tantos juristas nacionales como extranjeros han sido partidarios de los mismos. Estas posturas y/o criterios también pueden ser llamados criterios dogmáticos tendentes a delimitar la grave amenaza como medio coactivo en el delito de violación sexual.

Cabe señalar que estos criterios de interpretación de las amenazas y graves amenazas, si bien siguiendo los fines del presente trabajo, tratan de mostrarse como fundamento del Art. 170, estos no son propios de la materia presente de investigación, ni siquiera lo es solo del ámbito del Derecho penal; pues estas perspectivas o posturas doctrinarias son desarrollados en distintos ámbitos del derecho en general, claro está cada uno con sus matizaciones propias según la interpretación que se dé en cada rama del derecho público como privado.

#### **A. LA TEORIA DE LA VOLUNTAD O CRITERIO SUBJETIVO:**

Este criterio subjetivo, es llamado también de la voluntad. Con antecedentes eclesiásticos, para un sector del Derecho canónico, (Verum est id quod est, dice San Agustín; puede distinguirse entre la verdad de la cosa y la verdad del entendimiento: la primera, que es la cosa misma, se podrá llamar objetiva; la segunda, que es la conformidad del entendimiento con la cosa, se apellidará forma o subjetiva. El oro es metal, independientemente de nuestro entendimiento; he aquí una verdad objetiva. El entendimiento conoce que el oro es metal; he aquí una verdad formal o subjetiva. Véase en: Balmes, Jaime. "El Criterio". Editorial Difusión. 1844. p. 15.) producto de la reflexión, entendieron a lo que llamaron teoría de la voluntad o intrínseca, que ésta se valora "de modo preeminente, el factor o efecto psicológico que tiene lugar en el sujeto, sin dar relevancia a los factores externos productores de dicho efecto". (CASADO ABAD, señala que es Orio Giacchi el principal defensor de la teoría de la voluntad en el ámbito del Derecho canónico es Orio GIACCHI. Véase en: Casado Abad, Jesús. "Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial". Pamplona, España: Cuadernos Colección Canónica de la Universidad de Navarra; 1965. p. 31.)

En ese sentido, desde un análisis de la interpretación literal del tipo y de la exigencias de su contenido descriptivo-normativo, el punto de

partida de la teoría es que no es posible exigir mayores requisitos que los establecidos en el tipo penal, pues tan contraria al principio de legalidad resulta una interpretación extensiva como restrictiva del tipo cuando excede los términos previstos.

Es decir, que la delimitación de la gravedad de la amenaza, solo lo puede hacer el legislador penal por estar legitimado a ello; pues el tipo penal no exige ciertas ni especiales características de la misma; por ello no es posible requerir como parte del tipo objetivo elementos que no lo integran.

- **Sobre el Caso El Alfiler:** Un criterio puro de subjetividad, ha sido desarrollado por Celia SUAY HERNÁNDEZ, a partir del análisis del Caso el Alfiler, (Celia SUAY HERNÁNDEZ, Esta jurista española resume el Caso del Alfiler en los siguientes términos: “Luis M. N. (de 22 años) circulaba con su vehículo por las calles de Hospitalet de Llobregat sobre las 4.30 de la madrugada, cuando encontró a Dolores S. J. (de 36 años) a quien se le había averiado su vehículo. Luis M. N. se ofreció a acompañarla con el coche hasta que encontrara un taxi, y Dolores S. J. aceptó el ofrecimiento. Una vez en el vehículo, Luis M. N. se dirigió a una zona de naves industriales, por lo que la mujer le preguntó acerca de sus propósitos, recibiendo por respuesta que “se lo podía imaginar” y que se estuviera quieta “porque si no la iba pinchar”. Luis M. N. aparcó el coche, y ante las peticiones de Dolores S. J. de que la dejara marchar, le dijo nuevamente que si se resistía la pincharía; posteriormente sacó un alfiler y lo colocó en el parasol del coche, sin amenazarla con otro objeto contundente. Dolores S. J. “se resistió un poco”, y Luis M. N. la obligó a hacer una felación y la penetró vaginalmente sin eyacular, mientras ella estaba sentada junto al asiento del conductor”. Véase en: Suay Hernández, Celia. “Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación”. En: LL, 1992-1. p. 1062. En este caso la problemática gira en torno al mal que se podía ocasionar o no con el “Alfiler”, siendo que en una primera instancia se condenó al procesado por haber logrado el acto de penetración y el acto de felación, luego en segunda instancia se resolvió la absolución del procesado sosteniéndose que no había prueba inculpatoria suficiente sobre la amenaza de mal que conllevaba el uso del “alfiler”.) presentado en España en el año 1991.

La jurista Española, presentaba la siguiente situación referente al delito de agresión sexual tipificada en la legislación Española,

donde; si el legislador penal estableció para el delito de violación una pena especialmente alta, se debe a que quiso castigar las conductas más graves contra la libertad sexual; estando así las cosas, pasa a ser competencia de la jurisprudencia, mediante vía interpretativa, limitar los supuestos de hecho encuadrables al tipo.

Con referente a nuestro CP Peruano, ya hemos referido que el legislador penal ha realizado una buena labor a la hora de regular taxativamente el elemento normativo “grave amenaza”, pues llanamente nos permite diferenciar del resto de tipos penales que en sus descripciones requieren para su configuración típica tan solo un medio coactivo menos grave, que es la amenaza. Con respecto a la postura planteada por la mencionada autora Española, cabe preguntarnos, quien es el legitimado para determinar esa gravedad; pues si admitimos que lo es el legislador, necesariamente requeriríamos actualmente la modificación del tipo penal sexual del que tratamos y precise los supuestos que determinen cuando es que legalmente una amenaza es considerada grave para los efectos de tipicidad; o en su caso, es la jurisprudencia la encargada de determinar los supuestos de hecho donde existan grave amenaza y en las cuales no; o quizás como tercera respuesta, es la doctrina que mediante su eficacia orientadora desarrolle la interpretación de la norma.

Notemos que en nuestro código penal, los medios comisivos, violencia, amenaza y grave amenaza, no han sido delimitados o conceptualizados legalmente; e incluso como ya se ha analizado en el capítulo correspondiente, nuestro legislador ha errado en varios tipos penales al describir las conductas comisivas y coactivas, confundiendo unos con otros y en otros casos ha querido tomarlos como sinónimos, cuando sus contenidos y efectos prácticos son distintos. Sin embargo tal delimitación conceptual si se aprecia en el derecho privado, al menos con respecto a la intimidación al tratar la anulación del acto jurídico.

Del caso “El Alfiler” es que Suay Hernandez, explica que pueden existir conductas sexuales realizadas sin consentimiento, con violencia o amenaza, que no produzcan lesiones físicas en la víctima, y que las mismas podían ser consideradas como comportamientos lícitos; esto último, explicando el caso del alfiler, si consideramos que no existe una amenaza relevante para el derecho penal.

Es de aquí de donde se postula que, para poder limitar la cantidad de conductas factibles de ser configurativas en la estructura del tipo penal, se desarrollaron un conjunto de requisitos que se encargaban de calificar los medios coactivos establecidos por el legislador en la ley. (Para SUAY HERNANDEZ, conforme a la redacción del tipo penal de Agresión sexual en el CP Español –creado sobre la base de la intimidación-, ni la existencia de amenaza ni la resistencia de la víctima vienen a ser requisitos del tipo penal; que por tanto para la autora Española, producto de las sentencias emitidas en el Caso “El alfiler”, resulta ilegal y excesivo que estos sean exigidos como requisitos indispensables para la imputación de estas conductas como delictivas.... Asimismo, explica que, la existencia de una amenaza grave puede actuar como un claro indicio de que existe una intimidación y la comprobación de la existencia de una fuerte resistencia de la víctima puede al mismo tiempo ser prueba de la falta de consentimiento de ella para la realización del acto.)

Si bien el Código Penal Español refiere a la intimidación como contrario a la violencia; el análisis hecho por Suay Hernandez logra agudizar nuestro entendimiento con referencia a los actos que pueden abarcar la conducta de quien intimida a otro. Tal parece ser el criterio seguido por nuestra Corte Suprema al demarcar a la grave amenaza, cuando sostiene:

*“La intimidación como medio comisivo alternativo, ha sido definida por la jurisprudencia española como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia. Seriedad,*

*verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa, que genera dicha intimidación, ...”.* (R.N. N° 3166-2012 – Ayacucho. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de Enero del Dos Mil Trece. Único pronunciamiento judicial que delimita la estructura y requisitos de la grave amenaza y la intimidación en el delito de Violación sexual – Art. 170 del CP.)

Sin embargo y continuando con el punto en análisis referido al criterio subjetivo, como puede apreciarse de la sentencia emitida por nuestra Corte Suprema, no se aprecia referencia alguna a un criterio interpretativo o calificativo de la grave amenaza, en tanto que si se delimita conceptualmente a los medios comisivos violencia y grave amenaza.

Otro criterio importante de la autora Suay Hernández, es referente a los casos donde no se presente ninguna amenaza; pero que por otra conducta desdeñada o emitida por el sujeto activo, logra acometerse contra la voluntad de consentir un acto sexual de su víctima. Así la jurista mencionada, sostiene que existen casos en que una persona puede considerarse amedrentada sin que aparezca ninguna clase de amenazas.

Con mucha razón, acorde con la postura subjetiva, es correcto admitir que no solo con una amenaza se puede lograr asustar o acobardar a la víctima para que ésta no oponga resistencia al deseo carnal que trae consigo el sujeto activo; así, el agente o sujeto activo del delito puede lograr afectar a libertad sexual de su víctima mediante el uso de distintos medios, como por ejemplo: gestos, actitudes, miradas, trato humillante, valiéndose inclusive mediante un símbolo cultural o religioso, emblemas, por las características del tiempo o el lugar del encuentro, por la sorpresa, por la apariencia o cantidad de los agresores, o por varios de estos factores en conjunto puede alcanzarse un efecto donde la víctima sienta no tener salida o escape y ante ello ceder carnalmente ante

su agresor. Situaciones que se pueden mostrar más eficaces incluso que el obtenido por medio de una amenaza.

Si bien estas conductas distintas a las amenazas, en nuestro entorno cultural, muy bien pueden ser desarrollados o usados por los agresores sexuales que conocen que sus víctimas son débiles respecto de la falta de educación promedio-normal o por su condición cultural, religiosa, que pueden hallarse totalmente atacadas con solo apreciar la conducta mostrada por el agresor y captar su intención sexual, donde al no tener opción de escape y menos de oponer resistencia, van a asentir carnalmente. Sin embargo como se ha dicho, los actos intimidatorios que no se constatan como amenazas, no pueden configurarse como medios típicos del delito que aquí nos interesa, la Violación Sexual.

- **La perspectiva de la víctima como punto central:** Finalmente SUAY HERNANEZ, sostiene que existen aquellos supuestos donde pueden existir excesos subjetivos o anormalidad de la víctima, y pese a ello, considerar que si con tales amenazas se logra un verdadero amedrentamiento estaríamos ante una tipicidad penal; contrario sensu, si no se logra amedrentar a la víctima no se estará frente a una tipicidad. En este sentido, es claro que, es la persona de la víctima particularmente amenazada, quien determinará, según su mayor o menor timidez, la gravedad del mal y con ello la suficiencia para privar e inhibir su propia capacidad de resistencia ante su agresor.

Ahora bien, si seguimos los criterio propuestos por la penalista Española, se admitiría como delitos sexuales, el caso de quien ha descubierto la infidelidad de la pareja de un amigo y amenaza con contar lo descubierto sino obtiene un contacto sexual con su descubridor; así como el caso de la mujer que aparenta tener una edad inferior a la real, y que es conminada a practicar un acto sexual bajo la amenaza de divulgar su verdadera edad.



Creemos, al menos desde un punto de vista con asidero del principio de legalidad y taxatividad, que el tipo penal regulado en el Art. 170, para efectos de consumación, exige una conducta violenta o amenazante grave por parte del sujeto activo; no permitiendo otra clase de conductas, como los otros medios distintos a la grave amenaza explicados antes. De modo que el caso del párroco que acometió acceder sexualmente contra su víctima –mayor de catorce edad- mediante gestos, actos, o palabras anti-religiosas o demoniacas que logra tener un contacto sexual con su víctima, así como el caso de la mujer infiel descubierta y de la dama de la falsa edad, aun cuando se admita que hubo un constreñimiento a su voluntad de decisión de practicar un acto sexual, no pueden ser considerados como delito de violación sexual, más por el contrario estos deberían de ser analizados y configurados bajo el alcance del delito de coacción regulado en el Art. 151 de nuestro código penal.

- ***El criterio de la Legislación Civil:*** Como se pusiera ya de manifiesto, mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2011, (Los objetivos perseguidos por este acuerdo plenario, fueron: 1.- Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima frente al acto sexual que termina siendo doblegada por el agente. 2.- Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia. 3.- Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones; y 4.- Establecer criterios para la evitación de una victimización secundaria. Asimismo este Acuerdo Plenario ha tenido como fuente de estudio y análisis al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 04-2008/CJ-116 (Aplicación del art. 173°.3 del Código Penal -violación sexual contra menores de edad-); Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 02-2005/CJ-116 (Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual); Ejecutoria de la Corte Suprema de Justicia de la República recaída en el Recurso de Nulidad N° 004063-2008/Apurímac (Resolución propuesta por “Participación Ciudadana” para ejemplificar

criterios cuestionables de apreciación probatoria); Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-453/05 del 02 de mayo de 2005 (Sobre los derechos de las víctimas y la valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual); Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de agosto del 2010, Caso Fernández Ortega y otros (Especialmente Párr. 127); Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009, Caso González (Campo algodónero) (Especialmente Párr. 502.) referido a la valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual -170, 171, 172 y 173- del Código Penal, se ha establecido en el fundamento N° 20 del mencionado acuerdo, lo siguiente:

*Fundamento 20: “Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así el Art. 215° del Código Civil precisa que “hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros”. El artículo 216° del citado Código agrega que “para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, el sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”.*

En este párrafo y como advirtiéramos ya, se describen artículos del código civil referidos a la Anulación del acto jurídico, correspondiente a la violencia y a la intimidación como causas que se emplean por el sujeto activo (en materia civil) contra el sujeto pasivo; el fin para el cual se hace uso de dichos medios quedan a disposición de un querer algo en la actuación del sujeto pasivo, sin embargo la diferencia entra la violencia y a intimidación desde el derecho privado, radica como dijera ya los tratadistas de esta especialidad en que la violencia va a excluir la voluntad mientras que la intimidación vicia la voluntad, de ahí que este último se muestre como un auténtico vicio de la voluntad.

En el mismo fundamento del acuerdo plenario en examen, se plasma lo regulado en el Art. 216º del Código Civil, cual está referido a la “calificación de la violencia y la intimidación”, ¿calificación a cargo de quién?; corresponde hacer esta evaluación o valoración únicamente a un tercer sujeto ajeno al hecho y ajeno a las partes intervinientes –en el hecho civil-, es decir al juez civil como el facultado y encargado de solucionar los conflictos intersubjetivos, dada a conocerse una vez la existencia de la violencia o de la intimidación. Acorde con el Artículo 216º, el criterio de calificación o evaluación que deberá de tener en cuenta el tercero observador y juzgador a la hora de analizar los hechos y posteriormente emitir su fallo o pronunciamiento judicial, debe estar referido a la “edad, el sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”; estas características prescritas se sumergen a una apreciación en función del sujeto afectado (sujeto pasivo) sobre quien ha recaído o bien un acto configurativo de violencia o un acto configurativo de intimidación, por tanto es un “criterio subjetivo”, ligado a la intimidad psíquica por así decirlo, y no objetivo.

Insistimos una vez más, al sostener que el derecho privado demarca normativamente un principio o regla útil para interpretar y calificar la intimidación, así la interpretación se da desde el Art. 215º y la calificación desde el Art. 216º, al menos es así como lo ve el presente investigador, (Cabe señalar –desde el derecho privado- que el que obra intimidado, va a realiza un acto psíquicamente involuntario, así, el sujeto pasivo elige entre el acto que se le conmina o el mal grave e inminente que se le anuncia. Aunque en tiempos del derecho romano, se hablaba de “acto psíquicamente voluntario”, “coactus volui sed tamen volui” (quise obligado, pero quise), decían los glosadores. Sin embargo, ya el derecho señalaba que tal voluntad también se encuentra viciada desde que el sujeto no ha tenido pleno y dominio para gobernar sus propios actos.) sin embargo no existe norma interpretativa de la violencia y continuando con la problemática de la intimidación, decimos que el Art. 216º -la norma en sí- es un principio o regla porque está pretendida y dirigida a

identificar cuando hay y cuando no una intimidación relevante para efectos civiles –anulación del acto jurídico-; así, al regular ciertos caracteres a tener en cuenta por el juzgador, en conjunto se muestra como regla que contribuye a dar entendimiento a cierta precisión y servir en los casos para concebir con claridad que en “X” hecho, hubo intimidación que vició la voluntad del sujeto pasivo. Así el juez, mediante esta norma está “obligado” a formar raciocinio teniendo en cuenta los caracteres de edad, sexo, condición de la persona y demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad, a la hora de sostener si hubo intimidación o no; cual al corresponderse como caracteres circunscritos al sujeto pasivo, es propia del llamado criterio subjetivo, donde la gravedad se refiere a su importancia, la idoneidad para provocar la situación de temor en la persona a la que se amenaza, de allí que se mida subjetivamente, atendiendo a la persona y a las circunstancias que la rodean, todo ello se estudia desde el ánimo del intimidado y se convierte en un juicio eminentemente circunstancial.

Como vemos el Acuerdo Plenario N° 01-2011 busca pues que el criterio subjetivo de la intimidación, sea la aplicable o al menos sea la forma de calificación a considerarla como la mejor regla en cuanto a otros criterios (criterio objetivo, criterio mixto, u otro) por parte de los Jueces penales. En tanto que en el marco del Código Procesal Penal del 2004 y considerando que la investigación preliminar y preparatoria se encuentran a cargo del fiscal, lo acordado en el plenario mencionado también va dirigida a los Fiscales penales. ¿Pero, qué tan útil puede ser en la práctica la aplicación de este criterio subjetivo en las amenazas con contenido sexual?, la respuesta a esta interrogante matriz de la investigación presente, será desarrollada en los posteriores puntos que contradicen el análisis subjetivo aquí descrito.

## **B. LA TEORIA DE LO ILICITO NORMATIVO O CRITERIO OBJETIVO:**

Ya explicamos, que existe una relación intersubjetiva entre autor y víctima, mientras que son los medios coactivos las que delimitan la intersubjetividad de vínculo entre esos dos sujetos. Pero quien ha establecido esa relación, ha sido el legislador mediante su poder legislativo; así al regular como una forma de intersubjetividad a la “grave amenaza”, lo que hace, es poner un límite o una frontera, cual últimamente permitirá separar las conductas típicas de las conductas atípicas.

De esa forma, el parlamento congresal limita las conductas sexuales coactivas que quedaran abarcadas dentro de los llamadas “graves amenazas”; que conforme a sus atribuciones y obligaciones constitucionales, primero apreció la materialidad o intensidad de comisión delictiva de una conducta, y es mediante la técnica legislativa de proyectos y promulgación de la ley, que transformar dicha conducta en formalmente delictiva, y lo ha delineado respetando el derecho penal constitucional, (Pauca Castellanos, Miguel Ángel. “Derecho Penal Constitucional – El derecho penal y su concordancia con la constitución”. El programa constitucional está formado por valores superiores que determinan la orientación político criminal del poder punitivo del estado, así como principios constitucionales que a su vez configuran los contenidos materiales que se han de tener en cuenta al momento de configurar prohibiciones y mandatos penales y al momento de su aplicación en la instancia judicial. El legislador penal ha de prestar observancia y cumplimiento de los principios constitucionales y disposiciones constitucionales que conforman el Derecho Penal Constitucional. Ob. cit. pp. 111-112.) que exige el respeto de los principios constitucionales como: el principio de legalidad penal (Art. 2, numeral 24, literal d), principio de igualdad ante la ley (Art. 2, numeral 2), principio de culpabilidad (Art. Contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho, así como en el principio de dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad); principio de proporcionalidad (Art, 200, numeral 6), principio de inaplicabilidad por analogía (Ar. 139, numeral 9) y culpabilidad.

Sobre lo último y conforme se encuentra redactado nuestro código punitivo, el legislador bien pudo exigir de forma expresa que la “grave amenaza” posea determinadas características particulares o especiales; o llanamente solo describir la relación intersubjetiva sin calificaciones, que es como la encontramos en nuestro CP actual.

Debemos reconocer, que la regulación de la grave amenaza realizada por el legislador penal de 1924 –Código Penal de Maúrtua-, cual como se ha visto ha tenido como precedente o fuente principal al Código Penal Suizo; ha sido más que buena opción, una correcta delimitación, pues el mismo nomen iuris nos permite inferir directamente que hay amenazas y amenazas graves; mientras que otras legislaciones han tenido problemas a la hora de entender tan solo el nomen iuris que hace referencia a la vis compulsiva. Por otro lado también queda delimitado por el legislador que solo en los tipos penales sexuales puede requerirse para efectos de consumación la segunda modalidad de amenaza. El investigador toma consciencia de que esa forma reglamentaria ha sido solo producto del respeto al principio de legalidad penal, en su sentido normativo constitucional de stricta y certa. (R.N. Nº 4104-2010. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente, de fecha 20/07/2012, que condena al Destacamento Militar de Inteligencia “Colina”. La lex stricta, exige la determinación de la ley penal, expresado en el principio de taxatividad o mandato de certeza, esto significa que los preceptos que utilice el legislador no pueden ser vago (porque atentaría contra la seguridad jurídica), ni utilizar enumeraciones excesivamente casuísticas ya que la realidad es amplia y no se puede abarcar todas las situaciones. En tanto que la lex certa, es aquella que exige que ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. pp. 153-154.)

Recalcamos el hecho de que, realizando una lectura integral al tipo penal de violación sexual, del mismo no se advierte que exista una delimitación legal de la grave amenaza como medio coactivo; esto es, que taxativamente no se verifica que el legislador nos establezca cuando es que se está frente a una grave amenaza, o en que supuestos se entiende que existe grave amenaza. Situación última que ha llevado a los juristas preocupados por la interpretación de

aquellos elementos normativos o conceptos penales, como es el caso materia de investigación, a analizar y desarrollar razonamientos dogmáticos de interpretación.

Para los autores partidarios del criterio objetivo, con independencia de la víctima concreta, del lugar y del tiempo de comisión del hecho, señalan que solo un criterio objetivo nos puede permitir determinar cuándo la amenaza emitida por el sujeto activo debe ser considerada “grave”, que literalmente es lo que requiere el tipo penal –amenaza grave-.

Ya la iglesia católica con el Derecho Canónico, (Salvat - La Enciclopedia. Conjunto de leyes y normas dictadas por la iglesia católica para su gobierno y disciplina interna y para regular las acciones y relaciones de sus fieles en orden a los fines propios de la sociedad eclesial. Vol. 6. Colombia: Salvat Editores; 2004. p. 4366.) acudía a la clasificación objetivo-subjetiva para determinar la nulidad o validez de los pactos matrimoniales celebrados bajo el efecto de alguna clase de coacción. Fue un sector del Derecho canónico, al igual que para los partidarios del criterio objetivo, aplicar la tendencia a la que llaman teoría del ilícito o de la causa o también extrínseca, donde por categoría se debe tener en cuenta primero “la causa” luego recién el “efecto de la violencia”, o sea, la acción del que violenta más que el estado volitivo de que ha sido violentado. (Casado Abad señala que el principal sostenedor de la teoría del ilícito o de la causa para la determinación de la relevancia jurídica del metus en el Derecho Canónico fue PIO FEDELE. Véase: Casado Abad, Antonio. “Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial”. Pamplona, España: Cuadernos Colección Canónica de la Universidad de Navarra; 1965. p. 31.) (Casado Abad, Jesús. “Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial”. Ob. cit. p. 38.)

Y como dijera CASADO ABAD, (Casado Abad, Jesús. “Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial”. Ob. cit. p. 38.) se sustentaba en la represión del pecado del violentador y no la protección de la libertad de la víctima. Al parecer este pensamiento medieval, se asentaba en el Principio de Razón Suficiente. (Ramos Suyo, Juan. “Epistemología Jurídica”. Este principio “razón suficiente” es el que nos guía.

Nuestro pensamiento nos impulsa a buscar un fundamento objetivo,... se concibe al ser en función del pensar. Editorial San Marcos; Edición 2008. p. 312.)

Los autores y juristas peruanos especialistas en la materia penal, citan al jurista Español GIMBERNAT ORDEIG a la hora de interpretar el tipo de violación sexual. La doctrina española asienta sus bases doctrinales en los conocimientos dados por el jurista mencionado, en la materia delictual sexual. Este autor partidario del criterio objetivo, propone una de las más interesante formulaciones que permiten realizar una interpretación restrictiva del precepto penal en perfecta armonía con el ordenamiento jurídico-penal en general.

- **El Criterio del Ilícito normativo de Gimbernát Ordeig:**
  - a. **Falencias de la Intuición Jurídica.** El jurista ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG explica que hay una diferencia entre fuerza irresistible, vis absoluta, cuando la fuerza hace físicamente imposible cualquier tipo de resistencia por parte de la víctima (Gimbernát Ordeig, Enrique. "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el CP español; con especial referencia a la violación intimidatoria". Fascículo 3. ADPCP, 1969. p. 489.) y la violencia no irresistible que constituye un supuesto intermedio entre la violación con fuerza y la violación con intimidación. En el primer caso, la víctima actúa como un mero instrumento del autor al que no puede bajo ningún medio resistirse. Mientras que el segundo supuesto estaría dado por los casos en que la víctima cede ante la fuerza del autor del delito por el convencimiento que una mayor resistencia de su parte implicaría mayor daño y en definitiva sería inútil para evitar el resultado. Por tanto, se cede ante la violencia con la amenaza de que a más resistencia de la víctima mayor será la energía física utilizada por el sujeto activo para doblegar la resistencia. (Ibíd. pp. 489-490. Este mismo autor, acude al ejemplo dado por LEVY y KNODEL, al poner el ejemplo del militar donde: Si un militar revela un secreto ante las torturas que le aplican unos espías, en el lenguaje corriente no se dice que la declaración ha sido



obtenida mediante amenazas, sino que ha sido obtenida por la fuerza; y se dice esto, aunque, examinando con detenimiento la situación psicológica, no ha sido la fuerza la que le ha hecho declarar, sino la amenaza, la intimidación de" que si no confesaba el secreto le seguirían maltratando. p. 491.) Así se tiene que el sujeto pasivo del delito realiza una ponderación personal de la situación y decide satisfacer las exigencias del sujeto activo, en una valoración clara de costes y beneficios.

Así Gimbernat Ordeig, clarifica los escenarios donde existen puestas en perspectiva de lesiones físicas a la víctima o en su caso alguna persona cercana a esa víctima.

Luego, el jurista penal plantea el ejemplo del caso de la mujer que obsesionada por su edad, mantiene engañadas a sus amigas, y que admite relaciones sexuales con un hombre que la amenaza con contarles a las amigas de ésta su verdadera edad si se opone a mantener un contacto sexual. Ahí cabe preguntarnos si existe o no una suficiente relevancia de la amenaza para determinar su tipicidad. Este caso es similar al caso, donde "Q" ha visto a "R" mantener relaciones sexuales extramatrimoniales con un tercero, y quien para no contar su descubrimiento amenaza y conmina a realizar una práctica sexual, a lo que "R" admite por temor a su vida, puesto que su pareja es muy violento. Lo que realmente el autor español quiere con el ejemplo de la edad de la mujer, es intentar mostrar que las teorías subjetivas pueden llegar a un absurdo, ello utilizando la "intuición jurídica", (Ibídem. Agrega el caso de la hija de familia ha ido a bailar sin permiso de sus padres y esta es amenaza por un sujeto, en el sentido, de comunicar a sus padres donde ha pasado la tarde si no accede a tener un contacto sexual con él, al cual accede la muchacha. Así al entregarse la muchacha para evitar que éste realizase su amenaza, la intuición jurídica nos dice que, a pesar de ser suficiente para lograr el fin sexual del autor, el mismo no puede considerarse de típica. p. 492.) donde el jurista explica que esa intuición nos puede llevar a pensar que la amenaza emitida, aun cuando ha sido suficiente para lograr el cometido,

no puede constituir un caso de violación sexual, por falta de tipicidad.

Lo que equivale a decir, que los supuestos antes planteados no se corresponden con una grave amenaza del Art. 170, aparte de que en nuestro código se exige un plus de la amenaza simple, he ahí su valor social delimitado por el legislador “grave”, pues posee determinadas características que difieren de una amenaza simple requerida en otros tipos; lo que es conforme al principio de legalidad que la amenaza sea grave. Así, por más que en el caso de la mujer adúltera “R”, se tenga conocimiento que su esposo es muy violento e incluso hasta podría matarla al enterarse de su engaño, el hecho de amenazarla con contar lo descubierto por “Q” no podría admitirse como típico del delito de violación sexual.

**b. Las Especiales Características de la Grave Amenaza.**

GIMBERNAT ORDEIG, tomando como punto de partida las opiniones de Rodríguez Muñoz y Rodríguez Devesa, Mir Puig, Mendoza, Cuello Calón, refiere que no basta con la existencia de cualquier amenaza para la determinación de la existencia típica; sino que, por el contrario, se requiere una amenaza con especiales características; (González Rus, Juan. “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”. Nº 59. CPC, 1996. p. 395.) al referirla de “extraordinaria gravedad” (Gimbernant Ordeig, Enrique. “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el CP español; con especial referencia a la violación intimidatoria”. Ob. cit. p. 494.) y donde la gravedad del mal anunciando viene a acentuarse como su elemento medular.

Para medir esa gravedad, se exige dos requisitos, primero la inmediatez del mal puesto en perspectiva por el autor y segundo, la necesidad de un yacimiento -acceso carnal-inmediato.

Por ello, considera que serían atípicos los casos donde, por más que sean graves las amenazas puestas en perspectivas no existe un yacimiento de forma inmediata; o donde es intentado a través de la amenaza de la realización de un mal alejado en el tiempo (Ejemplo: amenaza a la mujer con matarla al día siguiente sino accede a cohabitar en el momento), la situación no es una “sin salida” pues la negativa del mismo no acarrea la realización de la amenaza, más por el contrario la aparente víctima dispone de cierto tiempo para evitar tanto el acceso carnal como la muerte.

**i) Primer Criterio Objetivo:** Aun cuando la regulación del delito de Violación Sexual tipificada bajo el requisito de la “grave amenaza” data de 1924, producto de la influencia Suiza de la que tomo gran parte la elaboración del código penal, no se hallan pues estudios que hayan intentado delimitar esa gravedad en el sentido realizado por Gimbernat Ordeig.

La gravedad de la amenaza es una característica exigida como se dijo, por el actual artículo de violación sexual, sin embargo la doctrina mayoritaria ha tenido problemas para delimitarla, justamente han intentado interpretarlo bajo una concepción subjetiva, y delinear su relevancia típica.

Con un criterio objetivo, se presenta el jurista Chileno de antaño GUSTAVO LABATUT quien sostiene que la violencia moral, consiste en la amenaza de causar a la violada un mal mayor que el resultante de la violación misma. (Gustavo Labatut Glenda / Julio Zenteno Vargas. “Derecho Penal”. 7ma Ed. Tomo II. Santiago de Chile, Chile: 1990-1996. p. 138.) Nótese pues que Labatut no habla de la intromisión a la psiquis de la víctima frente a una amenaza (criterio subjetivo), sino por el contrario resalta la importancia de la amenaza en el “causar un daño mayor que el resultante de la violación sexual misma”, pero no delimita

con precisión de cuáles pueden ser esos males que se muestren como mayores al del acto sexual (aun cuando pueda inferirse que males pueden ser más gravosos al de la violación sexual, se requiere una delimitación que permita comprender la configuración de la grave amenaza desde esta postura, la objetiva).

Es pues, ENRRIQUE GIMBERNAT que otorga criterios claros para la determinación general o estandarizada de la gravedad del mal puesto en perspectiva por el autor.

Bajo ello, este jurista otorga una propuesta indiscutible que se edifica siguiendo criterios extraídos de la misma ley penal. Donde el disvalor que la ley penal atribuye al mal objeto de la amenaza según la pena prevista para ese hecho en el Código es el criterio correcto para poder determinar la gravedad de la amenaza. Eso quiere decir, que la gravedad del mal dado en perspectiva por el autor de la amenaza con condición sexual se determinará según la escala penal con la que el código punitivo sanciona de forma autónoma ese mal que se anuncia.

A esa distinción la doctrina la ha llamado “limitación teleológica”, en el cual la gravedad se consolida partiendo de la idea de que el mal puesto en perspectiva debe constituir materialmente un delito y por consiguiente para el cual el legislador penal haya previsto una sanción específica; contrario sensu, si el mal amenazado no es configurativo de un delito, no estaríamos ante una amenaza de suficiente gravedad y por lo tanto no podría hablarse de tipicidad.

Se aporta de este modo un criterio objetivo o estandarizado para la determinación de la gravedad del mal que permitiría excluir de la conducta típica un importante grupo de casos

que la intuición jurídica mantiene alejados del tipo, pero que no veían un sustento jurídico razonable.

Luego este autor con su postura objetiva, continúa e indica que no basta con que la amenaza de un mal constitutivo pertenezca a cualquier delito, más por el contrario, es necesario que esa amenaza constituya el mal de un delito de cierta gravedad -escalón delictivo-.

Entonces, en el caso presentado por “Q” quien ha descubierto a “R” mantener relaciones sexuales extramatrimoniales, y donde la amenaza con contar su descubrimiento de infidelidad y donde “R” accede al contacto sexual; sería un supuesto que al parecer encuadra en el delito de injuria, difamación o incluso en el delito de chantaje, según se desprenda el actuar de la víctima. Así las cosas, la amenaza de “Q” no abarcaría la suficiente gravedad como para determinar la existencia de una amenaza grave, que es la requerida por el delito de violación sexual; pues el delito de injuria (Art. 130), difamación (Art. 132) o chantaje (Art. 201), contienen una pena privativa de libertad mucho menor que la del delito regulado en el Art. 170 del CP.

El criterio propuesto por ENRRIQUE GIMBERNAT se sustenta así, sobre la comparación de marcos penales o la ponderación de penas previstas contenidas en el propio Código Penal; donde al configurar el mal como una figura delictiva expresa, ésta debe contener una pena mayor o igual que la establecida en el delito sexual; y es justamente por ello, que nuestro caso de la mujer infiel se consideraría atípica, pues no existe una grave amenaza por no delinarse como delito la misma pena que conlleva el delito de violación sexual.

Luego el mismo jurista, agrega un segundo criterio para determinar la tipicidad de la amenaza, donde afirma que la amenaza debe colocar a la víctima en una situación límite, desesperada y sin salida; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG llega a determinar qué una persona se encontrará en esta situación, cuando la víctima se halle en un estado de necesidad o en un miedo insuperable. Supuestos en los cuales también se aplica la ponderación de la pena al delito base de violación sexual.

- ii) **Segundo Criterio Objetivo:** El mismo autor español antes indicado, establece un segundo criterio para encuadrar una conducta dentro de las amenazas graves, ello al ver falencias en su primer criterio teleológico como en aquellos supuestos donde se amenaza con lesionar a la víctima. A este segundo criterio la ha llamado criterio sistemático; cual se construye sobre la comparación entre las diferentes modalidades de ataque a la libertad sexual.

Asimismo nos explica, que en la violación por violencia no irresistible la víctima es lesionada, pero cede luego ante la amenaza conminada de seguir siendo lesionada. Por su parte, en la violación con amenaza, se pone a perspectiva de la víctima el mal de lesionarla, donde la víctima cede directamente aunque no se hayan producido lesiones previas.

Es desde ese punto de vista sistemático, que GIMBERNAT ORDEIG mencionada que debe de considerarse ambos supuestos equivalentes como medios coactivos. Por ello sostiene que no es posible considerar que en el segundo caso la gravedad de la amenaza no es suficiente y por consiguiente, se admite la gravedad del mal y su tipicidad.

- **El Criterio Objetivo de Gonzales Rus:**

Como señala Gimbernat Ordeig, adoptar el criterio subjetivo para determinar la gravedad del ataque sexual es entrar en un terreno de fronteras imprevisibles, y peligrosas para la justicia, pues en los casos planteados las mujeres conseguirían castigar al hombre que las amenazó.

Con intenciones de mejorar la interpretación de la amenaza típica, aparece el cambio de razonamiento del jurista GONZÁLEZ RUS (González Rus, Juan. "Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995". Nº 59. CPC, 1996. p. 360.) con la idea de crear un criterio general y objetivo que permita interpretar de modo similar el concepto de grave amenaza y sobre todo la especial ponderación de la gravedad del mal, la misma que sigue siendo requisito indispensable del delito de violación sexual.

El jurista antes citado, sostiene que es necesario realizar una restricción teleológica del tipo de agresión sexual y la misma puede lograr ser fundamentado recurriendo al criterio sistemático de interpretación, ello sin la necesidad de salir del ámbito de los delitos contra la libertad.

Para este autor, la intimidación (tomamos este concepto con referencia a la amenaza), la ha conceptualizado de la siguiente forma: "Es la amenaza de un mal posible, ineludible para el sujeto, dependiente de la voluntad del que amenaza, y que constriñe efectivamente la voluntad de la víctima; su papel es el mismo que el de la violencia". (Ibídem. p. 329.)

De esta conceptualización del elemento normativo "intimidación" (analizando el Código Penal Español de

1995), se puede decir que, para la existencia de una conducta penalmente relevante en un primer momento se requiere de forma categórica la presencia de una amenaza, pero no cualquier amenaza, sino de una amenaza específica que pueda ser equiparada, como equivalente funcional a la violencia, que ya está delimitada como medio comisivo en el delito sexual; luego, que esa amenaza deba de ser suficiente para constreñir la voluntad de la víctima o para haberla constreñido.

Sin embargo podemos notar que este autor, propone que la amenaza y la intimidación se corresponden como sinónimos, luego requerir que la intimidación para ser típica debe partir de una amenaza especial, volviendo nuevamente con el término “constreñimiento” a la intimidación, de la cual se exige su gravedad.

Así, sostiene este autor, que sólo pueden considerarse relevantes aquellas conductas del sujeto activo que consistan en una amenaza de producir un mal de la misma magnitud a un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico ya sea contra un el sujeto pasivo mismo o contra uno íntimamente vinculado a ella.

### **C. EL PENSAMIENTO TRADICIONAL, TEORIA UNITARIA, MIXTO O COMPUESTO DE LA AMENAZA CONDICIONAL:**

Para la doctrina penal mayoritaria, la grave amenaza ha sido entendida como medio coactivo, donde su estructura es idéntica al de la figura de las amenazas condicionales, (Muñoz Clares, José. “El robo con violencia o intimidación”. Valencia: Tirant to Blanch; 2003. p. 227.), pues existe



una condición de no realización de algo, sin embargo está envuelta de ilicitud.

• **Las Amenazas Condicionales y sus Niveles de Análisis:**

Ahora bien, las amenazas condicionales pueden ser analizadas a partir de: A) Primer Nivel: Donde se hallan aquellos supuestos en que el autor organiza su conducta sobre la base de dos elementos principales: (Sobre la condición de usar los medios idóneos en el iter criminis de determinado delito y la condición misma del uso de ese medio, no existe bibliografía especialidad, sin embargo algunos autores como RAMIRO SALINAS SICCHA, ha expresado que: La amenaza es condicional. La condición es de carácter sexual: para evitar el mal anunciado, el sujeto pasivo amenazado tiene que someterse al acceso carnal que le impone el agente. De ese modo, se distorsiona o perjudica el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo destinatario de la amenaza. Véase en: Salinas Siccha, Ramiro. "Los delitos de acceso carnal sexual". Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2005. p. 58. El penalista ALONSO PEÑA CABRERA señala con respecto a los medios del que se vale el sujeto activo en el robo: El actuar del agente está condicionado al uso de los instrumentos y/o objetos que han de ser calificados como arma, deben haber sido los medios empleados por el agente para poder vencer la resistencia de la víctima, ver reducidos sus mecanismos de defensa y, así poder apoderarse de los bienes muebles que se encuentran bajo su esfera de poder. Véase en: Peña Cabrera, Alonso R. "Derecho Penal - Parte Especial Tomo I". Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008. p 374. Este mismo autor señala que en el chantaje la voluntad del sujeto pasivo se encuentra "condicionada", por la amenaza de que si no cumple con comprar el silencio del agente, éste publicará, denunciará o revelará el hecho o el acto que la víctima pretende mantener en reserva. p. 774. Sin embargo la estructura de la amenaza condicional ha sido analizada por Pastor Muñoz, Nuria. En: "Sobre la estructura de la amenaza condicional como agresión contra la libertad". En: Eduardo Montealegue Lynett /José A. Caro John (Editores), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro - Homenaje al Prof. Gunther Jakobs en su 70 Aniversario. Bogotá; Universidad Externado de Colombia; 2008. p. 479. En definitiva, cuando se habla de condicionar en el delito de violación sexual, está referida a determinar en cierto sentido la voluntad de la víctima.) 1.- Un elemento de la puesta en perspectiva a la víctima de un mal futuro, cual será producida si ella no cumple con la condición impuesta por él

sujeto activo, ya sea de una acción o una omisión; y 2.- Un elemento donde el sujeto activo se presenta ante la víctima con la capacidad suficiente para hacer efectivo, por él o por otros, el mal que anuncia, para de ese modo provocar miedo en la víctima. (Beristain, Antonio. "La intimidación en Derecho español". Señala que, también en el Derecho canónico era casi unánime la opinión de que ambos elementos, objetivo (la gravedad del mal) y subjetivo (personalidad del amenazado), deben valorarse conjuntamente para atender en definitiva en cada caso a la real y verdadera perturbación anímica sufrida por la víctima de la coacción. Separata de la Revista de Derecho judicial, año VI, N° 24; 1965. p. 30.) O a partir del, B) Segundo Nivel: El estudio de cada uno de los elementos que integran la estructura de injusto de la amenaza condicional y determinar su idoneidad para llegar a doblegar la voluntad de la víctima.

Es claro que la actuación del autor siempre está abarcada al factor volitivo y cognoscitivo (dolo) y, que la acción que emprenda, para efectos punitivos debe ingresar al ámbito de protección de la norma.

Así, el pensamiento doctrinal tradicional centra de cara su análisis en el primer nivel exigible a todos los casos de amenazas condicionales, y apartándose así del segundo nivel en cuanto a criterios objetivos. Ya que conforme a esta postura, hay generalidades que deben cumplirse en todos los supuestos, más allá de la situación concreta del caso o de los sujetos intervinientes en el mismo, siendo suficiente la existencia del anuncio de un mal futuro a la víctima bajo una condición de liberación del mismo y que el autor se presente como capacitado para realizar, por sí o por otro, el mal que anuncia como respuesta al incumplimiento de la condición impuesta. Para ello se requiere la existencia de dos o más personas, la puesta en perspectiva de un mal, donde dicho mal sea a futuro, que haya un camino creado por el autor para escapar al mal que se anuncia (condición) y finalmente que el autor se muestre

capacitado para cumplir con lo que anuncia. Todo ello es analizado bajo criterios objetivos.

Para determinar esta concepción en el segundo nivel de análisis, a partir de criterios eminentemente subjetivos. Nivel donde asumen un papel central la posición de la víctima en concreto y su mayor o menor sensibilidad ante el mal anunciado, transformándose en elementos necesarios para la delimitación de la relevancia típica del hecho.

Siendo el desenlace al que arriba la teoría tradicional o de criterios compuestos, el de recurrir a criterios objetivos para la determinación de la estructura de injusto; para luego arribar a aspectos subjetivos al momento de apreciar el caso en concreto, así como a las circunstanciales de tiempo y espacio para la determinación de la idoneidad o relevancia típica de la estructura.

Lo que es acorde con el autor MIGUEL GONZÁLEZ ORTÍZ, para quien las condiciones personales de la víctima deben ser valoradas a la hora de determinar jurídicamente el engaño típico requerido en el delito de seducción del Código Penal Peruano, donde debe observarse la situación socio-cultural de la víctima, su personalidad, su posible déficit intelectual, su escaso nivel de instrucción, el grado de sugestión y la posible relación existente entre víctima y autor que podría generar mayor confianza, etc. (González Ortiz, Miguel. "La determinación del engaño típico en el delito de seducción". En: Revista electrónica de Derecho Penal, Derecho procesal penal y Criminología, 21/04/2006. pp. 1-6.)

En términos de mayor profundidad se expresa MANUEL ESPINOZA VÁSQUEZ al referir que es necesario tener en cuenta en los casos de violación sexual, a la víctima concreta y no sólo limitarse a establecer determinadas exigencias objetivas para la amenaza. Refiere que existen diferencias importantes sobre educación, social y cultural de nuestro país, las cuales

deben ser tenidas en cuenta a la hora de delimitar el concepto de amenazas en el contexto de cualquier delito y muy especialmente en el caso de los delitos sexuales. Pues para una mujer con un grado cultural “medio”, una amenaza con lanzar sobre ella o sus familiares una determinada maldición o una práctica de brujería puede resultar una amenaza completamente insignificante. Sin embargo, para una mujer de bajo nivel cultural que cree en ese tipo de supersticiones y cita el caso de las mujeres del campo, la zona de la sierra y la selva esa clase de amenazas pueden producir el efecto de doblegar su voluntad sin necesidad de mayor gravedad o intensidad en el anuncio. (Espinoza Vásquez, Manuel. “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas”. Las creencias en las supersticiones o en la brujería son un fenómeno común entre los habitantes del campo, sobre todo, de la región de la sierra o de la selva donde es dominante la creencia en los espíritus o demonios, en las almas de los difuntos y que éstos pueden ser controlados e invocados para hacer el bien o el mal por los brujos y médiums. Trujillo, Perú: Marsol Editores; Edición 1983. p. 38.)

Por ende, el primer elemento relevante en la delimitación de la grave amenaza típica traída de la teoría tradicional, mixta o eclécticas, es el concepto de grave amenaza como anuncio de un mal del autor a la víctima y la imposición de una condición.

Después se tiene que el último elemento indispensable para la delimitación del concepto de grave amenaza en el contexto de la teoría aquí analizada, es la existencia de un efecto intimidatorio real en la víctima. Entre ambos elementos, amenaza y efecto psicológico real en la víctima, existen otros elementos que forman ese proceso relacional sobre el que se explica el concepto típico de la grave amenaza requerido por la norma, que vienen a ser las características especiales que debe poseer la amenaza en sí misma -primer nivel- y que serán elementos indispensables para la prueba de su efecto concreto en la víctima más los elementos circunstanciales espacio-temporales serán,

todos juntos, los que determinen la relevancia típica de la grave amenaza -segundo nivel-.

**a. Requisitos de la grave amenaza exigidos por la Teoría**

**Tradicional:** Nuestro legislador penal ha regulado la intervención penal en el contexto de las conductas sexuales con algunos matices; que como se dijera en el estudio preliminar de nuestro cuerpo normativo punitivo, un derecho penal moderno debe asentarse sobre una política criminal garantista y efectivamente respetuosa de los derechos fundamentales de la persona y que aquello solo es posible a partir de un Derecho Penal Mínimo, el derecho penal debe orientarse a un mínimo de intervención entre Estado-Ciudadano, fundamento en la que ha asentado sus bases nuestro CP de 1991. (Código Penal Peruano. Lima: Jurista Editores; Edición 2015. p. 25.) Ya se ha arribado a concluir, que nuestro legislador peruano no ha realizado legislativamente delimitación alguna con respecto el concepto de amenaza o grave amenaza. Por el contrario, se ha restringido a crear dicho elemento normativo como componente del tipo penal de los Art. 170 y 176 respectivamente, sin la más mínima calificación. Pero hay que reconocer, que si bien no existe una conceptualización legal contenida en una norma de la amenaza y de la grave amenaza, si ha logrado mostrar su diferencia entre ambas terminologías a través del uso del elemento normativo-social “grave”, como adjetivo que logra a simple vista de todo profesional del derecho, a diferenciarlos. Lo que ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a intentar construir una delimitación dogmática de la grave amenaza que permita restringir la intervención penal y excluya en forma de atipicidad a determinadas conductas. Esa creación doctrinal y jurisprudencial de requisitos del estudio de la estructura de la grave amenaza, viene a ser el aporte más

importante del pensamiento o teoría tradicional, teoría unitaria o de criterio compuesto.

Es concluyente que el proceso a la afectación de la voluntad de la víctima, debe explicarse partiendo de la base de que debe existir una amenaza, pero no de cualquier clase, sino una que sea calificada y adaptada a la realidad del tipo penal, y que además pueda lograr el efecto psicológico en el sujeto pasivo, cual fue querido por el sujeto activo.

La exigencia de determinados requisitos específicos de la amenaza, como elementos necesarios para la determinación de su relevancia típica, había sido puesta de manifiesto por el EDGARDO ALBERTO DONNA, (Donna, Edgardo Alberto. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores; 1999. p. 401. Aunque hay autores que señalan que esta clasificación le corresponde a Bindig en Alemania y otros autores en Italia. En términos similares a la estructura o requisitos que abarca la amenaza, MANZI ya señalaba que: La vis compulsiva es cualquier propósito, seriamente manifestado, con palabras, con actos, gestos, o con signos, de querer causar a otro un daño injusto, inminente y posible. Para FRANCESCO CARRARA, señalaba que la intimidación para ser considerada como violencia moral, ésta tenía que ser seria, inminente y constante. Para el criminalista GARRAUD, la grave amenaza o intimidación tiene que ser de tal naturaleza, que produzca en la mujer agraviada la sensación y angustia desesperante de estar expuesta a recibir un mal considerable, efectivo, presente e inmediato y no meramente una amenaza para el futuro. Para una mayor dilucidación Véase en: Espinoza Vásquez, Manuel. "Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas". Ob. cit. pp. 35-36. Para MARCHENA GOMEZ, la intimidación es una fuerza moral, dirigida contra la víctima, amenazándola de un mal grave, injusto, posible, irreparable e inmediato, de tal entidad y signo que logra amedrantar el ánimo de la víctima, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva, sin que sea exigible una naturaleza invencible. Véase en: Marchena Gómez, Manuel. "Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal LO 3 /1989". En: LL, 1990-2. p. 1153.) para él era necesario que el mal puesto en perspectiva para la configuración de una amenaza típica –del delito de

violación sexual- fuera grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del autor que realizaba la amenaza. Requisitos pues que fueron exigidos en distintas legislaciones, la que no ha sido ajena a la nuestra, tanto de los dogmáticos como de la jurisprudencia.

Y, es en el Recurso de Nulidad N° 3166-2012-AYACUCHO que como se ha visto, se ha delimitado la estructura de la grave amenaza en los siguientes términos: *“Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a interés de víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe de producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente”*. (Recurso de Nulidad N° 3166-2012 – Ayacucho, interpuesto por Ezequiel Quispe Flores; resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de Enero del Dos Mil Trece.)

En términos semejantes se han pronunciado los juristas peruanos.

La explicación de la estructura de injusto y la idoneidad de las amenazas condicionales desde la perspectiva de un proceso relacional de elementos separable en dos niveles, permite explicar, a través de la clasificación antes dada por Donna, cada uno de los niveles con sus elementos correspondientes y con los criterios desarrollados para determinar el contenido de cada uno de ellos.

**b. Elementos que determinan la estructura de la Grave Amenaza:**

**i) Característica Determinada.** La doctrina suele tratar como un punto común la gravedad del mal amenazado y la determinación o indeterminación de la amenaza. No

obstante, al menos por una cuestión metodológica, conviene abordarlas por separado.

Anunciarle a una persona que “le irá mal en el futuro” si no se entrega carnalmente no resulta una amenaza apreciable a la tipicidad penal. (Martínez Zúñiga, Lisandro. “Derecho penal sexual”. 2da Edición. Bogotá: Temis; 1977. p. 231.)

No obstante, no se la descarta por la poca gravedad del mal anunciado, cosa que no puede ser evaluada, sino por su indeterminación.

Desde la perspectiva del juzgador, si el mal es indeterminado no puede ser ponderada su gravedad y consecuentemente no puede probarse un elemento central de la amenaza. Mientras que desde la perspectiva de la víctima tampoco será posible evaluar la gravedad, ni la seriedad de un mal indeterminado y consecuentemente, en términos normales, será poco probable que un mal de esas características pueda ser tomado seriamente en cuenta por el destinatario del anuncio. Mientras que si la víctima alegara que el sujeto “la obligó” sin delimitar bajo qué forma o como es que lo hizo, el mismo no puede corresponderse como un acto típico, al no estar determinada. (Corte Superior de Justicia de Junín – Sentencia recaída en el Exp. 4123-2012-Huancayo, 2015. “Sin embargo la Violencia alegada por el Fiscal no está probado de autos, pues la misma agraviada a nivel policial solo llegó a señalar que el procesado la llevó a un hotel –sin hacer mención a la violencia y/o grave amenaza-, ya en el hotel le obligó a tener relaciones sexuales, se le puso encima y le bajó el pantalón; momentos descritos en los cuales no se aprecian que el acusado Jesús Manuel haya ejecutado alguno de los medios coactivos que requiere el tipo penal contra la agraviada, pues señalar que “la obligó”, es un hechos insuficiente para determinar la gravedad la acción que obligaba a la agraviada a actuar de la forma contraria a su voluntad y vulnerando su bien jurídico libertad sexual; en tanto al no quedar probado que haya existido violencia y menos haberse determinado que la



violencia -aparente- sea típica, esto es que pueda doblegar la voluntad de la agraviada de iniciales A.B.V., correspondería absolver al acusado de los cargos formulados en su contra”. Instrucción en la vía sumaria seguida contra Jesús Manuel Soto Hilario por la presunta comisión del delito contra La Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual, en agravio de Persona de Identidad reservada de iniciales A.B.V. (16).)

Al respecto existe determinado pronunciamiento judicial sobre las amenazas indeterminadas:

“Cuando la agraviada pasó por su lado el procesado le agarró sus nalgas y le dio un palmotazo para luego la agraviada reclamarle por su actitud; posteriormente en el mes de agosto del mismo año en el pasadizo del mismo domicilio el procesado al abrirla la puerta le agarró de la mano y la besó en la mejilla siendo la última vez en el pasadizo del inmueble donde el procesado le cogió los senos y le agarró las manos fuertemente amenazándola de que si comentaba lo que él hacía habrían muchos problemas, hecho que se corrobora con la referencial de la menor de fs. 05/06 y con el Protocolo de Pericia Psicológica N° 014595-2011-PSC que obra a fs. 10/13”. (Corte Superior de Justicia De Junín – Sentencia recaída en el Exp. 1859-2012. Huancayo, 30 de Julio del año Dos Mil Catorce.- instrucción en la vía sumaria seguida contra Manuel Víctor Peñaloza Ludeña como presunto Autor de la comisión del delito Contra la Indemnidad Sexual en la modalidad de Actos Contra el Pudor en Menor, en agravio de la menor de iniciales K.I.C.M. (14).)

- ii) ***Característica posible, seria y dependiente de la voluntad del que la emite.*** La posibilidad de concretar la amenaza debe ser analizada desde distintos frentes, aunque en términos generales la posibilidad de realización efectiva del mal amenazado redundará

necesariamente en la fuerza realizativa de la amenaza como medio coactivo o como medio tendiente a intimidar. La posibilidad cierta de la realización del mal por parte de la persona que emite la amenaza también suele citarse por la doctrina con el nombre de “seriedad de la amenaza”.

Es un hecho, que cuando hay aumento de la posibilidad de “ejecutar el mal anunciado” en la pena, es posible ir disminuyendo la gravedad de la misma. Esto nos lleva a concluir que a mayor posibilidad de concreción del mal, respetando un mínimo camino de gravedad, podrá ir disminuyendo la gravedad del mal anunciando siendo el efecto idéntico o quizás mayor. Ejemplo: “A” amenaza a “B” con matarle con un tenedor que irá a buscar a su apartamento, si “B” no accede a mantener relaciones sexuales con “A”; cuando, “C” amenaza a “D” con cortarle el dedo meñique con el cuchillo que tiene en ese momento en su poder mientras le está sujetando fuertemente la mano a la víctima.

Entonces, ¿cuál de los ejemplos es más grave en comparación de las mismas? Mucho ojo, en el mal anunciado en el primer ejemplo -mayor gravedad de la amenaza- pues en ese caso está en juego la vida; en tanto que, en el segundo ejemplo –menor gravedad de la amenaza- está a punto de afectarse la integridad física de la víctima. Sin embargo la “fuerza coactiva” de la primer amenaza (claramente superior en gravedad), se ve disminuida en primer plano por el grado de posibilidad de ejecución, pues aquí la víctima tiene la posibilidad de huir del lugar de los hechos, o cerrar la puerta de la habitación, pedir ayuda, etc. Pero, la víctima del segundo ejemplo (amenazada con un mal menor), tiene totalmente reducido

las posibilidades de impedir y evitar el daño amenazado; y donde claro está, el autor tiene todas las posibilidades de concretar el mal puesto en perspectiva de la víctima por su propia persona.

Establecido lo anterior, queda como forma de estudio, los conocimientos de la víctima sobre la posibilidad del autor de concretar el mal anunciado a su persona. Pues un supuesto de amenaza de imposible realización para el autor, puede desde el ámbito de perspectiva de la víctima, ser un mal posible. Ejemplo: Si “E” toma de sorpresa a “F” en un callejón oscuro, la toma por el cuello y le apunta con una pistola de juguete, donde “F” cree a cabalidad que la pistola es de verdad –pues tiene la apariencia de ser real–, y seguidamente amenaza a “F” con matarla sino accede tener contacto sexual con él. Queda pronunciarnos si hay o no tipicidad penal por un delito contra la libertad sexual.

En ese sentido, la doctrina tradicional explica que, si el autor no se presenta ante la víctima con capacidad de concreción del mal que está poniendo en perspectiva, se considera que no se está ante una amenaza típica, sino ante una mera advertencia sin relevancia para el Derecho.

**iii) Característica de la puesta en perspectiva de un mal inmediato.** Bajo este aspecto de las amenazas, el hecho planteado por ESPINOZA VASQUEZ, (Espinoza Vásquez, Manuel. “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas”. Explica que, las creencias en las supersticiones o en la brujería son un fenómeno común entre los habitantes del campo, sobre todo, de la región de la sierra o de la selva donde es dominante la creencia en los espíritus o demonios, en las almas de los difuntos y que éstos pueden ser controlados e invocados para hacer el bien o el mal por los brujos y médiums. Ob. cit. p. 38.) con respecto a los pobladores de la sierra o de la selva peruana; y en particular el hecho de que, “N” con

la finalidad de acceder carnalmente a “O” utilice de amenaza los actos de brujería, hechizo o maldición contra ella; vemos que entran en conflicto la “gravedad de la amenaza” con el “mal inmediato de la amenaza”, o en todo caso la valoración de ambos requisitos solo serían analizados desde una postura subjetiva por parte del juzgador, al tenerse solo en cuenta las especiales condiciones de la víctima; y sin temor a equivocarnos, incluso al juez penal solo le bastaría con interpretar en su sentencia condenatoria la gravedad de la amenaza y no así la inmediatez del mal puesto a perspectiva de la víctima.

Determinados autores son del criterio de que la amenaza debe ser inmediata (Gimbernant Ordeig, Enrique. “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el CP español; con especial referencia a la violación intimidatoria”. Fascículo 3. ADPCP, 1969. p. 495.) e inminente con relación a la situación de peligro para la víctima, mientras que otro sector admite que el mal amenazado sea futuro, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

El carácter inmediato o futuro del mal con el que se conmina es considerado por buena parte de la doctrina penal como un elemento sustancial para distinguir las amenazas de otras conductas típicas donde aparece la grave amenaza como medio comisivo, entre ellas el delito de violación sexual, los delitos patrimoniales y las coacciones.

Si bien la inmediatez del mal puesto en perspectiva puede ser un elemento interesante para distinguir la amenaza de la grave amenaza propiamente dicha, no es un dato que pueda ser analizado en abstracto. La jurisprudencia y la doctrina penal, con el afán de distinguir los delitos contra

la libertad de otros delitos, sostiene que en ellos la libertad no aparece lesionada como medio, sino como fin.

Puede verse de esa forma, como el carácter futuro de la amenaza procedió a presentarse, como un modo válido de diferenciación entre tipos penales que exigen una amenaza y otros donde la amenaza se presentaba como medio coactivo, (El autor español MIR PUIG señala que el mal en las amenazas debe ser futuro y que las amenazas son sinónimo de intimidación. Véase en: “El delito de coacciones en el Derecho Penal”. En ADPCP, 1977. pp. 269-283.) como es el caso de Violación sexual. Recordemos pues que existen amenazas condicionales y amenazas no condicionales.

El daño concretado en el mismo momento en que se amenaza o se pone en perspectiva o antes de que la víctima se determine a realizar la condición exigida por el autor puede dar lugar a constituir un supuesto de violencia o dar lugar a lesiones, pero no es posible considerarlo un caso de amenaza típica.

Claro que el carácter de “futuro” del mal amenazado tiene un significado limitado a posterior en el tiempo con respecto al anuncio del mal y no con respecto a la ejecución de la condición, lo que significa que debe ser considerada amenaza típica aquella que pone en perspectiva un mal inmediato al anuncio. Ello es así toda vez que una dilación en el tiempo podría merecer el calificativo de futura pero permitiría a la víctima recurrir a medios normativos o fácticos de autoprotección, generando una situación de imposibilidad de concreción del mal.

El anuncio a la víctima de un posible despido si no accede a mantener un contacto sexual, si bien podría ser considerado amenaza de un mal grave y serio para el sujeto pasivo, admite, en principio y según el contexto laboral específico, un camino alternativo para librarse de la condición sin llegar a la concreción del mal. A saber, la víctima puede denunciar penalmente el hecho, hacerlo saber a un superior distinto al que la amenaza, etc.

Parte de la doctrina considera desafortunado exigir un mal futuro en las amenazas. Fundamenta dicha posición afirmando que ello no está expresamente exigido en la ley; que dificultaría la resolución de casos donde aparece una amenaza de un mal de presente; que resulta imprecisa la determinación de a partir de qué momento debe considerarse un mal como futuro; y, finalmente, que contribuye a confundir la problemática del bien jurídico.

La doctrina penal alemana, analiza las amenazas con un peligro —actual contra el cuerpo —integridad física- o la vida desde el ámbito de los estados de necesidad justificante y disculpante (exculpante).

En ese sentido, se considera el anuncio de un peligro como actual no tan sólo cuando es inmediata o inminente su ejecución, sino también cuando se trata de un peligro continuado donde el anuncio del mal aparece como el punto de partida.

**iv) *Característica Injusta de la Amenaza.*** La determinación de la justicia o injusticia del mal puesto en perspectiva por el autor se ha convertido en los últimos años en uno de los temas de mayor interés dogmático, llevando en algunos casos a propuestas generales sobre el sistema de las coacciones en el Derecho penal.

La injusticia del mal forma parte de la estructura del injusto típico de las amenazas condicionales y como tal es común a un número importante de delitos. A saber, en todas aquellas figuras típicas donde el núcleo del injusto se construya sobre la puesta en perspectiva de un mal con una condición para la víctima es necesario que dicho mal sea “injusto”. Ello, más allá de la posterior determinación en un segundo nivel de análisis de la gravedad. Ésta, como luego se analizará detenidamente, dependerá del tipo penal concreto. El anuncio de un mal justo hace atípica la conducta del sujeto que anuncia el mal.

En el contexto del Derecho penal sólo puede ser considerado “mal” aquello que lesiona un interés jurídicamente protegido por el Estado, descartando de ese modo que puedan existir, desde una perspectiva jurídica penal, “males lícitos o males justos”. (Las situaciones donde se ventilan un mal justo, fue desarrollada por el jurista José L. DIÉZ RIPOLLÉS. Sin embargo EUGENIO ZAFFARONI explica que las amenazas proveniente de una acción humana fue desarrollada por Terán Lomas quien opta por una interpretación restrictiva para aceptar el presupuesto de una amenaza injusta, porque es lógico que hay amenazas naturales, pero éstas no pueden ser calificadas de injustas. Así la ley no requiere que la amenaza sea “injusta”, sino que éste es un requisito de algunas acciones amenazantes y ni siquiera de todas. Véase en: Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal Parte General” Tomo IV. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1994 p. 234.)

El carácter injusto del mal anunciado en la amenaza, para buena parte de la doctrina, no puede ser entendido limitándolo tan sólo a conductas contrarias a la ley y menos aún a conductas delictivas. A saber, la alternativa anunciada por un sujeto para librarse de una condición, en nuestro caso de un acto sexual, sólo será un mal

cuando sea injusta. Siendo injusta cuando afecte las legítimas expectativas de la persona a la que se le anuncia.

Es a través de este fundamento último, por el cual se considera atípico los siguientes males sexuales anunciados por los sujetos emisores: El hecho donde el sujeto “G”, obtiene una sentencia civil a su favor para ejecutar rápidamente la deuda contraída por “H”, a quien generaría el perjuicio de dejarla en ruina económica; pero “G” antes de ejecutar la deuda sobre sus bienes de “H”, le ofrece a cambio mantener relaciones sexuales y lograr liberarse de la ejecución de la deuda contraída.

Manifiestamente la mujer susceptible en el caso, luego de recibir la proposición del acreedor, ve aumentada sus posibilidades de no quedar en la evidente ruina económica. Ya que antes de esa oferta sexual de su acreedor, no tenía más opción que aceptar la liquidación de sus bienes, sucediendo ahora una nueva vía de solución a su problema judicial.

Respuesta atípica similar le correspondería, acorde con la Teoría Tradicional, el caso de “J” quien está encargado de vigilar mediante cámaras al personal del Poder Judicial, y donde ha llegado a descubrir a “K” recibiendo una suma de dinero de un ciudadano –coima-, llegando así a plantearle el cuestión de no delatar su hecho solo a cambio de consentir una contacto sexual sádico y cruel.

O en el otro supuesto, donde “L” labora como Fiscal Provincial del Ministerio Público, quien a la vez se encuentra a cargo de una investigación seguida contra “M” por el delito de falsificación de un documento público; y donde “L” le indica a “M” que puede lograr archivar



definitivamente su caso, siempre y cuando mantenga relaciones sexuales en su apartamento con él.

La diferencia entre los supuestos formulados, es solo respecto a la obligación de denunciar el hecho o actuar en base a la ley que tienen los sujetos emisores de los males sexuales anunciados. Así las cosas, el carácter “injusto” del mal anunciado sigue estando presente, siendo la perspectiva del sujeto pasivo la que siempre está ampliado a su ámbito de organización.

En estos dos casos últimos, no puede hablarse del carácter injusto de ambas “amenazas”, pues quienes anuncian estas alternativas están legitimados a denunciar e inclusive obligados a realizar lo que anuncian, o en el caso del Fiscal actuar conforme a la ley. Mientras que en el primer caso no hay lesión alguna a un deber o compromiso alguno del sujeto activo, pues los bienes materia de ejecución ya no forman parte del acervo patrimonial del sujeto pasivo.

Las mujeres de los tres casos, no han perdido ni menos han sentido que se haya disminuido su libertad; más por el contrario pueden optar por el uso amplio de su libertad de elección, hacia una alternativa ante lo que veían como irreparable.

Pero cambiando los papeles de acción de los intervinientes en los casos antes citados, donde las “mujeres” fueran quienes ofrecer la alternativa de solución. Dicho ofrecimiento sería producto de un miedo indirecto -*metvs inconsultus*-, que es, aquel donde el sujeto pasivo ofrece la alternativa como medio para librarse del mal puesto a perspectiva suya. Siendo las cosas de ese modo, en el supuesto de la deuda privada

nada obstaría en términos legales a tal transacción, mientras que en el segundo supuesto podría estarse, según el caso, ante un delito por parte de la mujer que ofrece una recompensa para librarse de su responsabilidad penal.

**c. Elementos que caracterizan la Idoneidad de las Amenazas:**

**i) *Lo idóneo es gravedad.*** La “grave amenaza” es junto a la violencia lo característico del ilícito regulado en el Art. 170 y Art. 176 del CP. Para poder diferenciarse una amenaza en cada caso concreto según su intensidad, es que ha sido necesario establecer la característica “gravedad”, a la que la doctrina ha dedicado más tiempo de estudio y sobre la que aún hoy existe poca claridad.

Sino véase el caso de una mujer “T” que crea firmemente en que cierto juego de naipes tiene consecuencias funestas para sus hijos, y frente a esta circunstancia accede a la relación sexual con “V”, con el solo fin evitar un daño a sus hijos. (Donna, Edgardo Alberto. “Derecho Penal Parte Especial”. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores; 1999. p. 404.)

A la luz de dicha diferenciación se vislumbra una particularidad en relación a los conceptos de “idoneidad” o “gravedad” a los que se hacía referencia en el párrafo anterior. La idoneidad hace referencia, en general, a la amenaza en su conjunto como concepto, mientras que por su parte la gravedad está concretamente referida al “mal” puesto en perspectiva por el autor.

**ii) *El criterio sostenido por Gonzales Rus.*** La forma de exteriorizar el mal que el autor pone en perspectiva de la víctima no tiene prevista ninguna exigencia concreta.

Así, puede ser realizado o materializarse a través de palabras o de gestos.

Sin embargo, GONZÁLEZ RUS, desarrolla una serie de criterios más específicos con respecto a la determinación del contenido de la amenaza. Pues no toda amenaza es suficiente para producir el efecto psicológico exigido para poder hablar de grave amenaza típica. (González Rus, Juan. "Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995". N° 59, CPC, 1996. p. 395.)

Desde esa perspectiva, el centro de atención pasa a ser la necesidad de una amenaza cuyo mal puesto en perspectiva por el autor sea grave, pues esa destacada gravedad es un elemento indispensable para llegar al efecto psicológico en la víctima.

Para este autor siempre será necesario un plus para la determinación de la gravedad; plus que conforma las circunstancias subjetivas, las que permitirán de forma concluyente, determinar si la amenaza fue o no de suficiente entidad como para poder producir el efecto psicológico requerido en el tipo. Así GONZÁLEZ RUS bajo ese criterio, señala que la amenaza no siempre debe tener un "carácter futuro", que es lo que la jurisprudencia ha requerido en sus pronunciamientos. A ello, responde este autor con el siguiente ejemplo: "P" es amenazada con la muerte de su padre al que el autor tiene secuestrado en un lugar apartado de aquél; y donde esa tercera víctima, el padre ya se había quitado la vida, hecho que es desconocido por "P". Vemos que se trata de un caso en el que el mal puesto en perspectiva a la víctima no es directamente contra ella sino contra una tercera persona ligada ella por parentesco. Así, pese a ser objetivamente la amenaza

atípica, por falta de relevancia, al ser que el padre de la víctima ya se había quitado su propia vida; debe considerarse como una amenaza típica, pues el dato de la muerte del padre era desconocido por la víctima al momento de recibir el anuncio psicológico. Entonces se concluye, que debe considerarse el “mal” válido en sentido de la amenaza, o “mal idóneo” aquel que ya ha ocurrido pero que el sujeto pasivo o activo desconoce que se ha producido.

#### **D. LA TEORIA VALORATIVA DE TRES BIENES JURIDICOS FUNDAMENTALES:**

Por la travesía de búsqueda bibliográfica de la grave amenaza y su forma de interpretación, hemos hallado la concepción dada por Valdés y Figueroa Navarro; sin embargo antes de dar a conocer la concepción de estos autores, existe un pensamiento anterior, que es la correspondiente al jurista ALFREDO ETCHEBERRY, este autor ponía énfasis en el aspecto lesivo a la seguridad e integridad personal de la amenaza, señalando que el mal debe significar causar un inminente daño físico en el “cuerpo, en la vida o en la salud” de la propia persona afectada, o de otra persona con la cual se encuentre ligada por vínculos afectivos. (Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”. Tomo III, 3ra edición. Santiago de Chile, Chile; 1998. p. 59.)

Esta concepción se corresponde a un criterio a todas luces objetiva, pues la amenaza se delimita desde el daño a determinados valores e intereses jurídicos.

Creemos que la concepción anterior fue base para desarrollar el criterio de VALDES Y FIGUEROA NAVARO, quienes elaboran la propuesta de confrontación –Violencia/Amenaza- desarrollada bajo el contexto de la Teoría tradicional o ecléctica; (García Valdés, Carlos y Figueroa Navarro, Carmen. “El delito de violación: sentido y proporcionalidad de la

conducta típica". En: AA. VV., Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal. Madrid: Dykinson; 2005. pp. 383-387.) autores quienes alegan que la amenaza y la violencia se establecen como medios instrumentales para la realización de la conducta típica; luego concluyen que ambos medios coactivos "deben ser valorados en términos de paridad". En tanto que la amenaza debe de ser grave; y para todo ello se expone y aplica un criterio de objetividad, donde para que exista amenaza idónea al tipo penal es necesaria la amenaza del empleo de violencia -el ataque a la libertad sexual se realiza porque el autor emplea violencia o amenaza con usarla de manera inminente y firme-. Lo que equivale a decir que, sólo será mal constitutivo de amenaza viable la puesta en perspectiva de una violencia. Y solo será una amenaza viable o relevante, las que tengan anuncios de un mal contra "la vida, la integridad personal, y la libertad".

Así estos bienes jurídicos se conformarían como los fundamentales en materia penal sexual (al menos en materia penal nuclear); entonces, amenazar a una víctima con dañar un bien jurídico que no fuera abarcado por los tres bienes antes señalados, como por ejemplo, el patrimonio o el honor, no serían típicos.

Acorde con lo establecido por los anteriores juristas y el desarrollo jurisprudencial del país gallego; al ponderar la amenaza que el agente proyecta sobre su víctima, el juez penal debe valorar la entidad de esa amenaza y su eficacia como medio para doblegar la voluntad, atendiendo no sólo a la concreta y específica modalidad amedrentadora, sino a otras circunstancias ambientales y personales entre las que destaca la edad, nivel de formación y personalidad del destinatario de aquellas, todo ello con el fin de determinar si, atendiendo a unos u otros de los mencionados factores, la amenaza ejercida es de suficiente gravedad como para forzar el consentimiento de la víctima a realizar un comportamiento sexual y que sin ese amedrentamiento, nunca se habría realizado. Notamos de ello que la postura de la confrontación al considerar

esas circunstancias personales y eventuales de cada caso en concreto, se corresponde a la teoría mixta.

## **E. EL CRITERIO DE LEGUE FERENDA DE UN NUEVO DELITO DE VOLACION SEXUAL:**

- ***El criterio actual del legislador.*** La familia de delitos contenido en el rubro de “Delitos contra la Libertad Sexual” han sido clasificados aparte de sus formas autónomas con respecto al comportamiento del sujeto activo, teniendo en consideración de forma general al consentimiento y la voluntad de la víctima sexual. Así pues, existe un primer tipo penal –Art. 170- donde las conductas buscan vencer la voluntad del sujeto pasivo; luego aquellas donde la conductas se realizan sin el consentimiento de la víctima o sin dar a la víctima la oportunidad de manifestar su voluntad –Arts. 171, 172-; un tercer grupo donde existe un consentimiento viciado de la víctima –Arts.174 y 175-; para finalmente regularse las conductas donde existe un consentimiento inválido de la víctima –Arts. 173 y 172. (Para una mayor apreciación del consentimiento y la voluntad en los delitos sexuales, véase “Libertad Sexual y Consentimiento” en: Castillo Alva, José Luis. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. pp. 38-39.)

Asimismo el legislador pune estos tipos penales de forma individual, teniendo en cuenta las conductas lesivas actuadas bajo determinadas formas, las que se aprecian en el actuar del sujeto activo.

No se cuenta pues con autores que ostenten posturas (doctrinarias) en el ámbito nacional que desarrollen el criterio de regular el delito de violación sexual sin el uso de medios comisivos como la violencia o la amenaza. Por el contrario, cierto sector doctrinario más bien al tomar como sinónimo de la amenaza a la

intimidación, amplían los casos a considerarse como típicos y punibles.

Eliminar a los medios comisivos del Art. 170, puede ser una cuestión válida, pues no importaría el medio utilizado (entendiéndose que solo deberá ser idóneo para el logro del acceso carnal sexual) del que se puede valer el villano sexual a fin de lograr sus objetivos ilícitos, siempre que se denote en el actuar de la víctima, tan solo su mero desacuerdo a compartir o participar en el al acto sexual.

Y si bien en este trabajo se analiza el tipo penal actual, el vigente, sin embargo no debemos dejar de lado la perspectiva que tienen los legisladores (Congreso de la República) a través de sus proyectos de ley, encaminadas en estos últimos años (2012-2016) a crear el Nuevo Código Penal Peruano, proyectos que se encuentran al alcance de la ciudadanía para su análisis, comentarios y críticas en la página web oficial del Congreso de la República del Perú y del Ministerio de Justicia del Perú. Proyectos legislativos que han sido duramente criticados (precisamente durante la transición de gobierno en el mes de julio del 2016).

- ***¿Hacia un nuevo delito de violación sexual? Criterios de lege ferenda.*** Si volvemos a dar una lectura integral al tipo penal de violación sexual conjuntamente con sus modificatorias, no se advierte expresamente que se requiera la afectación al consentimiento o en su caso se estructure el tipo penal bajo la falta de consentimiento de la víctima o que se impida el mismo haciendo uso de los medios comisivos. El consentimiento está ligado o es expresado a través de la libertad del ejercicio sexual, por el cual la víctima elige el cuándo, el cómo y el con quien compartir, tener y/o practicar un acto sexual; ello haciéndose referencia a los sujetos que poseen de libertad sexual –mayores de catorce años de edad

y tengan la condiciones y aptitudes para comprender la actividad sexual del que son parte-.

Pero ¿Porque es importante aquí abarcar, el impedimento del libre consentimiento sexual? La respuesta es que existen actualmente proyectos de ley donde nuestro legislador tiene la intención de crear nuevos medios comisivos y recurrir a la anulación del consentimiento -textualmente-, cuando ya por el tipo penal e concreto se entiende que se actúa contra la libertad decisoria de la víctima respecto de su esfera íntimo-sexual.

Sin embargo no debemos desalinearnos del tema principal, que es la “grave amenaza”, veamos los últimos intentos legislativos que envuelven modificatorias a este medio comisivo.

Los proyectos de ley han sido catalogado como “Pre Dictamen del Nuevo Código Penal” de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, con un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal.) que abarca un total de 152 proyectos de ley congresal, estos mismos incorporan opiniones del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio del Interior, Comité Consultivo de Derecho Penal, entre otras instituciones. Pre Dictamen que elabora en el Libro – Parte Especial de los delitos, Sección XI, los delitos relativos a la Violación de la Libertad Sexual e Indemnidad Sexuales. Un primer Proyecto de Ley de fecha 09 de diciembre del 2014, donde específicamente los proyectos de ley N° 1063/2011-CR y 3491/2013-CR, son los responsables e intentaron legislativamente modificar el actual Art. 170 del C.P., describiendo así el Art. 261 (tipo base) al delito de violación sexual, que literalmente expresa lo siguiente:

*“Art. 261: Violación Sexual: El que mediante amenaza o violencia, física o psicológica, o aprovechando un entorno de*



*coacción o de cualquier otro que impida a la víctima 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 cualquier objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías u otra forma de invasión sexual, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años*". (Nótese que en este intento de reforma del tipo penal de Violación Sexual, desaparece el término "Gravedad" de la Amenaza, así cualquier acto de mal puesto en perspectiva del sujeto pasivo se admitiría como válido para imputar penalmente al autor de la amenaza, ya sea desde la amenaza de muerte o hasta una amenaza de destrucción de un bien patrimonial de la víctima, sin entrar al plano de delimitación de la amenaza misma; después se agrega como forma comisiva a la violencia física referida a la fuerza corporal de la que se vale el sujeto activo, y a la violencia psicológica, la que está referida a los insultos realizados a la víctima, las que rebajan su dignidad; aunque es innecesario hacer la diferencia entre violencia física y psicológica pues de por sí dicha modalidad delictiva en este y otros tipos penales es de entendimiento dogmático como tal. Asimismo se agrega la figura del aprovechamiento de un entorno de coacción, parece ser que está referido a terceros que no generan la coacción en la víctima pero se benefician y se sirven "aprovechar" de ese entorno en el cual la víctima se encuentra. Y un cambio radical se traería cuando se hace alusión a "...o de cualquier otro -medio-que impida a la víctima dar su libre consentimiento..."; desde el estudio de la grave amenaza aquí tratada, con la precitada modalidad típica, se admitirían para efectos punitivos otros medios usados por el sujeto activo siempre y cuando impidan al sujeto pasivo dar su libre consentimiento, así al ampliarse las modalidades no especificadas en la norma se estaría frente a un tipo de modalidad indeterminada, ¿pero si ese fuese la intención del legislador, que importancia tendría ya regular la violencia, la amenaza y la coacción como medios típicos?, como se ve pues se crea un absurdo jurídico; en todo caso a través de dicha ampliación a las formas de comisión punibles, cabría admitirse –según el proyecto de reforma- el "engaño" como modalidad típica, diferente claro está a los supuestos punibles de error en la víctima regulados por el delito de Seducción del Art. 175 del CP vigente. Finalmente la delimitación de marco punitivo de ocho a doce años de privativa de libertad por la comisión del delito, es considerablemente mayor al vigente que es de seis a ocho años -tipo base-. Con

referencia al libre consentimiento, es dable señalar que este puede ser tácito o expreso, el primero es como expresión ético-jurídico, una manifestación aceptando una conducta sexual e inclusive participando en ella; el segundo es la manifestación de la voluntad evidente en el lenguaje hablado o escrito, y se catalogará de válido cuando es expresión del libre discernimiento.)

Así, vemos como existe una intención legislativa de regular un acto plus de los medios de comisión, al señalar que los medios de amenaza, violencia, física o psicológica, o aprovechando un entorno de coacción o de cualquier otro -tengan la finalidad- impidan a la víctima dar su “libre consentimiento”; en este proyecto de ley desaparece la “gravedad” de la amenaza, sin embargo no guarda coherencia legislativa con el delito de Actos contra el Pudor, donde en el Art. 267 del mismo proyecto se sigue regulando una amenaza grave. Un segundo proyecto de ley, de fecha de fecha 26 de febrero del 2016, mediante la regulación del Art. 296 (tipo base), tiene el siguiente intento legislativo:

“Art. 296: Violación Sexual: El que, con amenaza o violencia, física o psicológica, o aprovechando un entorno de coacción o de cualquier otro que impida a la víctima 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 cualquier objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años”.

En este proyecto de ley, casi no existe diferencia con el anterior proyecto, donde también se elimina la “gravedad” de la amenaza, sin embargo en su Art. 300 – Actos contra el pudor, se elimina por completo a los medios comisivos (violencia y grave amenaza), creándose el tipo en torno al disentimiento –contrario al consentimiento- de la víctima. Si en este tipo penal eliminan los medios comisivos, ¿porque no en el delito de violación sexual?; sin embargo el uso de dichos medios por parte del agente agravan la

figura de actos contra el pudor, donde la pena a imponerse oscila entre los cuatro y ocho años de privativa de libertad.

Con un texto igual al anterior proyecto de ley, este último proyecto legislativo tiene la intención como ya se comentó, eliminar la gravedad de la amenaza típica, sin embargo se emplea los términos “física o psicológica”, parece ser que los mismos están dirigidos a clasificar las clases de violencia ¿es posible sancionar la violencia psicológica en este ilícito?; del mismo modo se mantiene la modalidad “aprovechándose de un entorno de coacción”, esta permite comprender variantes en el accionar del sujeto activo, pues él no crearía el efecto coacción sino más bien se aprovecha de uno ya existente –intentos que buscan sancionar a los partícipes como autores-; sucediendo lo mismo con lo expreso como “o de cualquier otro medio”, al no regularse cuáles pueden ser esos otros medios –números apertus-, la figura se torna arbitraria y se serviría a interpretaciones *in malam partem*, pareciese que se quiere regular toda forma de llegar a vulnerar la libertad sexual, e incluso por “intimidación” e incluso abarcarían los “engaños” que puede usar el sujeto criminal y hasta entrarían las “dádivas económicas” para la víctima o in limite cabrían las “promesas” a cumplir por parte del actor en beneficio del sujeto pasivo.

Vemos pues como se torna una interpretación excesiva *-in malam partem-* en cuanto a regular el comportamiento del autor. Afectando una vez más los principios primordiales del derecho penal de ultima ratio, fragmentariedad, y otros que provienen del programa penal-constitucional.

En vez de regular todos los medios típicos y de forma lógica, mejor hubiera sido eliminar a los medios comisivos expresos tal como se intenta hacer en el delito de Actos contra el Pudor, a fin de guardar una coherencia legislativa.

En definitiva, los proyectos legislativos antes citados, se corresponden a un Criterio Subjetivo o de la Voluntad, al intentar regular toda clase de medios –violencia, amenazas, y otros- como válidos para lograr el acceso carnal, eliminando así las clases de amenazas, máxime si se toma en cuenta e impedimento a la víctima de dar su libre consentimiento.

Importante es mencionar que este último proyecto la pena a imponerse es sumamente elevada, pues como marco de la pena máxima es de veinte años.

Espero no equivocarme si digo que, (según el proyecto) no habría tipicidad penal si los medios coactivos del delito de violación sexual no logran desdoblar y/o dar el consentimiento libre del que posee la víctima, y para ello este consentimiento se vuelve en requisito indispensable del tipo. Creemos que se envuelve innecesario regular expresamente el “libre consentimiento” del sujeto pasivo, puesto que es lógico que la estructura del tipo Violación Sexual, ha sido regulado por el legislador con el criterio de sancionar conductas que vencen la voluntad de la víctima, justamente a través de determinados medios de los que se vale el autor, conductas reprochables que afectan la libertad sexual de un ciudadano.

Sabemos que en sentido formal, una propuesta legislativa orientada en ese sentido traería a colación mucha discusión de lo ya advertido; sin embargo por ahora es solo un proyecto de ley (del gobierno presidido por Ollanta Humala Tazo), una propuesta de *lege ferenda*, que finalmente no tiene valor dogmático sin una reforma legislativa, que considero debe ser mejorada y equilibrada a los principios del programa penal-constitucional.

Debemos, por su lado, admitir que las propuestas legislativas contenida en el Pre Dictamen del Nuevo Código Penal, puede ser de utilidad, como elemento de Política criminal tendiente a

reformas legislativas, que sirven de herramienta interpretativa en aquellos procesos de reformas posteriores, como es el caso de este nuevo gobierno entrante en julio del 2016, mostrándose así como postura discutida de los congresistas interesados en su modificación.

- **Violencia o amenaza versus disenso o falta de consentimiento.** En el contexto del análisis del delito de estupro CARRARA, Sostenía que “La mayor parte de los tratadistas del siglo pasado designó dos clases de estupro: el voluntario y el violento, a las que algunos agregaron una tercera, que llamaron ni violento ni voluntario, en la cual incluían todos los casos en que faltara el consentimiento racional y jurídicamente eficaz de la mujer, pero hubiera concurrido su consentimiento animal, es decir en que faltara su disentimiento manifiesto”; o, en sentido crítico, en referencia al robo “... no os contentáis con que no haya consentimiento jurídico; exigís además que no haya consentimiento natural, es decir, exigís un disentimiento expreso...”. (Carrara, Francesco. “Programa de Derecho Criminal, Parte Especial”. Vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero). Bogotá: Editorial Temis; 1997. p. 188.)

El aporte legislativo ya comentados, giran en torno al impedimento de dar el libre consentimiento de practicar el acto sexual por parte de la víctima, Francesco Carrara ya explicaba la existencia de una tercera modalidad típica de lesión a la libertad sexual. por ello reitero insistentemente en que no cabe lógica de que se busque una modificatoria en base a medios coactivo y disentimiento.

Cabe preguntarnos y estudiar si la evolución legislativa a la que quiere llegar y concretar el legislador penal a través de estos proyectos de reforma, han sido necesarios con el devenir de los años o llanamente es una mala decisión de reforma del legislador; cuestión lo que es materia de otro estudio.

### **2.3.9. BASES PARA INTERPRETAR LA GRAVE AMENAZA DESDE LA NORMATIVIZACION DEL TIPO EN UN ESQUEMA FUNCIONAL DE LA TEORIA DEL DELITO.**

#### **2.3.9.1. Planteamiento:**

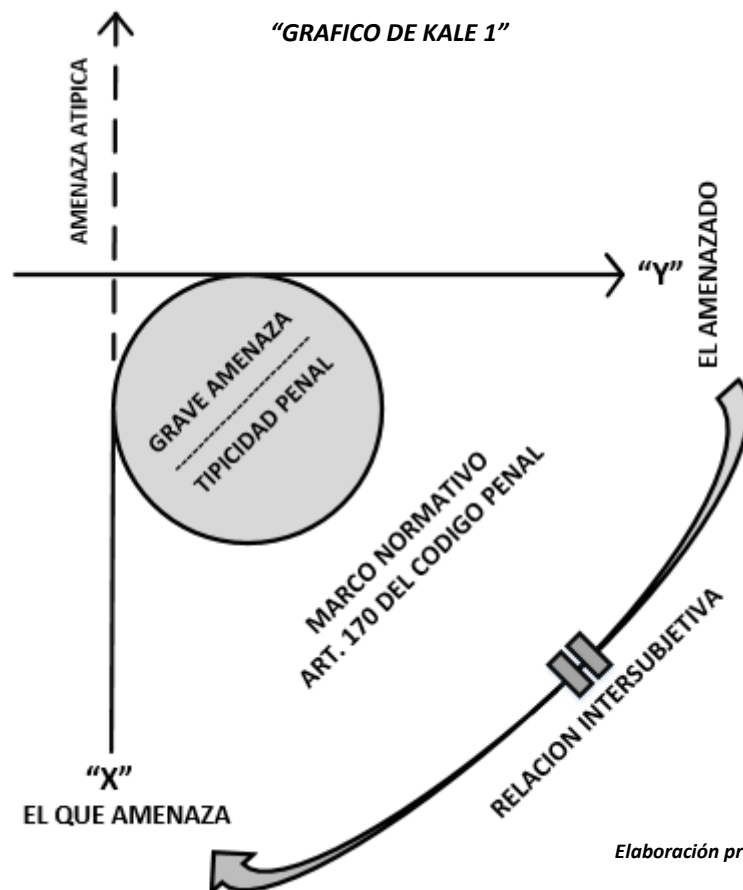
Pareciese a primera vista pues, que el estudio o análisis del elemento normativo que aquí interesa –grave amenaza- no trae muchos inconvenientes por parte de los operadores jurídicos al momento de interpretarlo frente a un caso en concreto; pero, una vez llegado a este punto, y solo después de haberse desarrollado como se ha hecho aquí –de la forma más precisa posible- las posturas doctrinarias (objetivas, subjetivas, mixtas y de *legue ferenda*) que intentaron e intentan dar solución a una correcta estructura e interpretación de esta modalidad del delito de violación sexual, se aprecia que en verdad existen dificultades estructurales relevantes al momento de determinar la configuración de la amenaza típica, lo que equivale a decir, establecer ¿cuál es la amenaza requerida por la norma prohibitiva para efectos de determinar la responsabilidad penal?.

Debe tenerse en cuenta que los modelos dogmáticos interpretativos aquí desarrollados, son válidos y ninguno se muestra superior del uno frente al otro; y bajo el análisis de lo desarrollado por la jurisprudencia nacional, por ahora solo nos queda confirmar que existe un vacío axiológico en cuanto al estudio de la grave amenaza; pues existen varias posturas dogmáticas interpretativas válidas, pero que no siempre –en relación a los casos prácticos- responden jurídicamente hablando, de la mejor manera posible.

Sin responder a la pregunta antes expresada, se puede llegar a la prematura conclusión, de que, ante un caso de violación sexual donde hubo de por medio un accionar ilícito expresado como una amenaza, lo que realmente importa y debe de importar, es la “valoración que corresponde hacerse a la amenaza, al que amenaza y al amenazado (a)”. Siendo esta afirmación lo más importante de la presente investigación, pues todo se resume al estudio de una acción y los sujetos que intervienen en una

relación intersubjetiva creada con el anuncio de una amenaza –con esto no me refiero a un estudio en abstracto o de puro sentido dogmático, sino a uno en concreto de desarrollo práctico-. Demás está decir que este estudio tiene por fin determinar acorde a la categoría de la tipicidad del delito –sin menospreciar a las otras categorías como antijuridicidad o culpabilidad- la forma de establecer una responsabilidad penal en cuanto al sujeto activo que se vale de la amenaza típica para cometer uno de los actos sexuales ilícito regulados en el Art. 170 del Código Penal.

Consideramos pertinente, para efectos académicos, graficar la relación intersubjetiva existente entre dos personas, como relación o vínculo que es generado –como ya se ha señalado- por la amenaza impuesta por el sujeto activo en contra del sujeto pasivo, lo que confirma el objeto de estudio de esta tesis, que es como sigue:



En el gráfico, al que hemos denominado “Gráfico de Kale”, se aprecia el hilo central de nuestra investigación, donde a primera vista se ubican dos sujetos o personas, a saber “X” y “Y”, donde por medio del uso de una grave amenaza por parte del primer sujeto, se generará directamente la existencia de una relación intersubjetiva; no debe olvidarse que la amenaza impuesta al segundo sujeto lo obliga a hacer algo (amenaza condicional) para evitar otra situación lesionante (ya sea en su perjuicio o el de un tercero cercano); y donde, de ser una amenaza “típica” se estará ante un hecho imputable penalmente, *contrario sensu* si la amenaza es atípica no hay hecho punible. Pareciese de lógico lo expuesto, sin embargo como se verá más adelante y con variación del gráfico mismo, es esencial tener presente lo citado en estas líneas.

Desde luego en el “Gráfico de Kale 1” no se muestra solución alguna en cuanto a la estructura e interpretación de la grave amenaza, pues ello se corresponde al planteamiento principal de esta tesis. Y una vez más previsto el estudio correcto de la grave amenaza en el delito de violación sexual, este tanto para efecto dogmático y práctico corresponde hacer su estudio en base a un sistema penal que permita su comprensión precisa y superadora con respecto a las construcciones dogmáticas hasta ahora desarrolladas (teorías objetivas, teorías subjetivas y teorías mixtas). (Benavente Chorres, Hesbert. “La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Señala que Schuneman Bernd explica que las etapas por las cuales ha atravesado la dogmática penal alemán, son: el naturalismo, el neokantismo, la perspectiva totalizadora, el finalismo y el funcionalismo. Barcelona: J.M. Bosh Editor; 2011. p. 133. Este mismo autor, realiza un esquema de la evolución del derecho penal, donde existen dos perspectiva a seguir: 1.- Ontologismo; que desde un plano de la naturaleza de las cosas se desarrollan el Causalismo Natural, el Causalismo Valorativa y el Finalismo; 2.- desde un plano de la función y fines del derecho penal se desarrollan el funcionalismo moderado de Claus Roxin y el funcionalismo radical de Gunther Jakobs. p. 135. PEREZ ALONSO, prefiere hablar de revoluciones científicas del derecho penal, las que transformaron el paradigma vigente en un determinado momento histórico, donde paradigmas se entienden a aquellas realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a la comunidad jurídica; así en la dogmática penal existieron cinco revoluciones científicas, que se han sucedido dialécticamente desde finales del siglo pasado hasta la actualidad, siendo los artífices de cada revolución, Karl



Binding, Von Liszt –y Mezger-, Hans Welzel, Roxín y Jakobs. Véase en: Pérez Alonso, Esteban J. “Las Revoluciones Científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal”. En: “Teoría del Delito – Problemas Fundamentales”. Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 24.)

Cuando nos referimos a un sistema penal, no hacemos más que invocar a una corriente jurídico-penal de la teoría del delito, la que a lo largo de la historia de las sociedades en el derecho penal ha dado lugar a la existencia de una serie de corrientes, las que en su debido momento originó la llamada lucha de escuelas. (Las Teoría del delito en el derecho penal Peruano, es estudiado desde la doctrina extranjera alemana, donde se dio origen a las mismas Escuelas Penales. Por ello el estudio del derecho penal Alemán se de importancia en el desarrollo del propio derecho penal actual; más los latinoamericanos recepcionan el pensamiento alemán por medio del derecho penal Español desde épocas de la independencia de cada país latino, así como a los estudios de los juristas nacionales; en tanto que nuestro derecho se corresponde al Sistema Romano-Germánico.)

### **2.3.9.2. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal como Método de Estudio:**

El presente tesis se basa en cuanto a otros método de estudio – propios de una investigación-, a un estudio de la Grave Amenaza como medio típico del delito de Violación Sexual por medio de un método de estudio propio del derecho penal.

Así, el método en el derecho en general, va a permitir explicar una teoría o conjetura que se elabora desde un punto exacto, como puede ser el derecho positivo; en tanto que en el ámbito del derecho penal podemos identificar y usar una metodología de trabajo, por medio de las corrientes jurídico-penales o de pensamiento que han desarrollado la dogmática penal; aquí hemos optado realizar un estudio de la grave amenaza – delimitación estructural e interpretación- desde un plano o corriente jurídico-penal Funcionalista de orden Normativista, como método del derecho penal. Que, como método servirá al estudio de los eventos criminales donde emergen conductas y resultados, cuales deben encontrarse descritas en un tipo penal.

Como se puso de manifiesto en la dogmática penal contemporánea los máximos representantes del sistema funcionalista del derecho penal, son los juristas Claus Roxin (Funcionalismo Moderado) (Polaino Navarrete, Miguel. "Introducción al Derecho Penal". Roxin desarrolla su sistema teleológico político criminal del derecho penal; quien partidario de la normativización de los conceptos jurídicos, considera que la vinculación ontológica es relativa, en tanto que de ella no se deriva un imperativa jurídicos, "deber ser" propio de lo jurídico, por esa razón su doctrina recibe la denominación de normativismo moderado. Roxin reformula los elementos del delito -tipicidad, antijuricidad, culpabilidad- y cuales les dota de un contenido eminentemente político-criminal que da entrada a elementos de utilidad social, lo que da lugar a un sistema abierto. Luego Claus Roxin desarrolla la doctrina de la teoría de la Imputación Objetiva -a la que trató no de manera sistemática, sino tópica a través de un conjunto de casos- y en el ámbito de la teoría y la participación, trabaja la teoría del dominio del hecho delimitándolo del dominio de la voluntad y del dominio de la acción. Perú: Editora Jurídica Grijley; 2008. pp. 317-318.) y Gunther Jakobs (Funcionalismo Radical) (Polaino Navarrete, Miguel. "Introducción al Derecho Penal". Jakobs, alejado de las bases de su maestro Welzel, reformula el entero sistema del derecho penal sobre la base de la (re) normativización del sistema jurídico y consecuentemente la liberación de prejuicios naturalistas y ontologistas. Jakobs basa su sistema en la filosofía idealista de Hegel y en la teoría de los sistemas sociales de Niklass Luhmann; el jurista alemán es tajando cuando sostiene que la misión de la pena es garantía de la entidad normativa de la sociedad, o sea, el mantenimiento de la vigencia de la norma; un quebrantamiento de la norma a su vez, no un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas. Perú: Editora Jurídica Grijley; 2008. pp. 319-320. Para Jakobs el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como jurídicos, por ello señala que el derecho no es muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el derecho es la estructura de la relación entre personas; de ahí que las normas sean consideradas como bienes jurídico-penales, donde su legitimación material residen en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de sociedad y el estado, y ello se consigue garantizando las normas, y por eso se debe afirmar como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción que tiene el mismo ámbito de la vigencia de la norma puesta en práctica. Jakobs, Gunther. "Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 45. Entre otros desarrollos profundos e importantes de la dogmática penal, se ubican sus trabajos respecto de la autoría y sobre todo de la imputación objetiva); sin embargo los sistemas desarrollados por cada uno de los mencionados profesores

Alemanes conllevan grandes diferencias en cuanto a la concepción del delito como planteamientos originales; más aquí tomados el estudio concebido por Gunther Jakobs.

Debe quedar claro, que el funcionalismo jurídico penal debe concebirse como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. (Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Jakobs precisa que aquí no se concibe a la sociedad como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar, sino más bien que la sociedad está estructura por la comunicación. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 19.)

En una teoría normativa, se entiende que los conceptos del derecho penal se normativizan –nombre propio- según los fines y funciones que tenga el mismo dentro de la sociedad; por ello mismo, la legitimación del derecho penal debe encontrarse dentro de la sociedad cuya identidad normativa busca proteger; y donde el derecho busca como sistema de la misma sociedad reducir la complejidad. (Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". La sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 21.)

Así, en un sistema funcionalista, se concibe al derecho penal como la confirmación de la identidad social, y el delito como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. (Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Lima: Palestra Editores; 2000. pp. 20-21.)

### **2.3.9.3. La Teoría del Delito basado en la Persona como Modelo a seguir:**

Nuestra Constitución Política establece como nivel primordial a tenerse en cuenta, a la Persona Humana; Artículo 1º: *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado"*. Así, no solo el derecho penal (sino también otras sub ramas del Derecho), como parte del sistema social, debe estar dirigido a la protección de la Persona. El Derecho pues, pretende a través de su

dimensión normativa eliminar, hasta donde ello sea posible, los obstáculos que pudiera impedir el libre desarrollo de la persona, en cuanto a su “proyecto de vida”, es decir, de lo que la persona desea ser y hacer en su vida.

En un sistema funcionalista normativo del derecho penal y como interpretación de la teoría del delito, subyace en nivel primordial “las normas”, entendidas estas como las que garantizan el respeto de los bienes (bien jurídico-penal- validez fáctica de las mismas), el cumplimiento de los roles y de la efectiva convivencia de la comunidad expresado en la paz social. Pero ¿bienes de quién, roles de quién y paz social entre quienes? (Así lo da a entender JAKOBS en: Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 58.)

Justamente es la “persona” que mediante su comportamiento en una sociedad se regula por las normas; de ahí que Jakobs sostenga que el derecho penal reacciona frente a una perturbación social y que para su comprensión hay que partir de los correspondientes conceptos sociales, de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir de la persona, del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada. (Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. La sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 38.) En cuanto a las normas, estas pueden ser de prohibición –cuando se infringen por acciones- o de mandato –que se infringen por omisiones reales o superficiales-. La imputación penal parte de asignar a una persona un ámbito libre de organización, de manera tal que el sinalagma lógico a esa asignación consiste en la competencia por los riesgos que se derivan de esa libre organización; y lo que determina la infracción penal es el hecho de que el autor resulta competente por la indebida organización que ha permitido que el riesgo afecte a terceros de forma prohibida. (García Caverro, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Lima: Editorial Grijley; 2008. pp. 37-38.)

Lo anterior se aclara aún más con lo explicado por el propio Gunther Jakobs cuando señala que: “las garantías normativas que el derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles –en cuyo caso se produciría una paralización de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción –y no a todas las personas-, determinados cometidos, es decir, aseguran standars personales, roles que deben ser cumplidos”. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 21. Ser persona significa tener que representar un papel; persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Véase en: Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. La sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 38.)

El jurista peruano Percy García Caveró partidario de este sistema penal, explica que “Persona” por naturaleza es un sujeto de derecho; mientras que la personalidad del ser humano se deriva del derecho de poseer una dignidad, la cual se manifiesta en dignidad absoluta y relativa; la primera es de carácter ontológico que le corresponde a todo ser humano por el solo hecho de serlo; mientras que el segundo de carácter relativo se es de carácter moral, la cual se sustenta en que el ser humano debe actuar orientado a su realización personal en sociedad. Así, las facetas prácticas de la personalidad se hallan en la individualidad y la socialidad: la individualidad de la persona implica atribuirle libertad en el sentido de poder autodeterminarse a una realización personal y la socialidad de la persona significa, que sus actuaciones están sujetas a una responsabilidad frente a los demás. En definitiva la libertad y la responsabilidad no son ilimitados, sino que se ordenan según criterios sociales, que en el ámbito jurídico son los roles sociales reconocidos. (García Caveró, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 59 – p. 272. Los Constitucionalistas peruanos explican que persona es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad; soma – cuerpo en sentido estricto- y la psique; y es unidad en cuanto todo lo que afecta al cuerpo en sentido estricto repercute, de alguna manera y magnitud, e la psique, y, viceversa, todo lo que afecta a la

psique repercute en el soma o cuerpo. Asimismo desde un plano ontológico, señalan que persona se atribuye al ser humano, porque éste se constituye en el único animal mamífero que es “espiritual” por cuanto es un ser libertad, lo que lo hace único, singular, irreplicable, idéntico a sí mismo, estimativa, proyectivo, no estandarizado, responsable. Véase en: Constitución Política Comentada. Perú: Gaceta Jurídica; 2004. p. 21-ss.)

El propio Jakobs es radical, cuando señala que una teoría del delito con consistencia interna –referida a una teoría del autor y su hecho-, tiene que partir hoy en día y también en el futuro de los conceptos “persona” y “lesión jurídica”, y no en cambio de otros naturalistas –referido al individuo y su estado psíquico- como “hombre” y “dolo”, etc. (Jakobs, Gunther. “Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad”. España: Thomson y Civitas Editores; 2004. pp. 20-21.); se comprende por tanto que, las normas rigen respecto de personas, es decir, respecto de portadores de derechos y deberes. Entonces la teoría del delito debe estar doblemente informada por el concepto de persona, el injusto penal se sustenta en una afectación a la persona y la culpabilidad en a posibilidad de imputar el injusto a una persona, pero a ello no debe dejarse de lado la dignidad humana reconocida constitucionalmente, la que no es absoluta. (García Caveró, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 272.)

Como ya señalara, el máximo representante del sistema funcionalismo normativo –radical-, es Gunther Jakobs, sin realizar un resumen de los preceptos dogmáticos desarrollados por el mismo pero a fin de que pueda comprenderse con claridad sus fundamentos, citamos en el presente estudio conceptos esenciales para la comprensión de su sistema normativo funcional del derecho penal, la que refuerza el contenido y desarrollo de la presente investigación.

- Sociedad y Persona: Solo existe una sociedad si hay normas reales, y en la medida en que las haya, persona es aquel a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona actúa según el esquema de deber y espacio de libertad; y la sociedad es comunicación. En el ordenamiento jurídico no existen seres humanos, solo existen sujetos; este solo conoce personas.

- Fin del Derecho Penal: La misión del Derecho penal, es garantizar la identidad de la sociedad, que es la norma.

- Norma como Bien Jurídico penal: El Derecho es la estructura de la relación entre personas. La legitimación del derecho penal reside, en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de sociedad y del Estado, y ello se consigue garantizando las normas. El bien a proteger es la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica. No obstante la norma como bien jurídico-penal, tiene a su vez un objeto de protección, que se denomina bien jurídico y se refiere a una situación o hecho valorado positivamente –unidad funcional-.

- Concepto de Delito: El delito es el quebrantamiento de la vigencia de la norma; esta se presenta como una perturbación social provocada por el apartamiento del rol por parte de su portador. Es una comunicación defectuosa, una expresión de sentido entre las personas, desautorizada por la norma.

- Persona Fiel al Derecho: El derecho penal garantiza la expectativa de que el otro es fiel al derecho, de no serlo, se comporta de manera culpable, con total independencia de su estado psíquico (conocimiento o no); quien es culpable entonces tiene un déficit de fidelidad al derecho.

- Fin de la Pena: Se concreta en la Prevención General Positiva de la pena; la que se representa como una tranquilización de los ciudadanos, en el sentido de que la norma está vigente, la que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena; por tanto con este fin, se asegura la confianza de la sociedad en la norma. (El criterio de la punición por la quiebra de la garantía o de la norma; históricamente con similar percepción se logra advertir que ya era propio del pensamiento medieval, así Montesquieu, quien desarrollando el punto de “la violación del pudor en los castigos”, textualmente señala que: Hay reglas de pudor observadas en casi todos los países del mundo. Absurdo sería el violarlas al castigar delitos, puesto que “el castigo debe tener por objeto restablecer el orden”. Véase en: Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes”. Editado por Chantal López y Omar Cortés. 1ra Ed. Cibernética completa. Biblioteca virtual Antorcha; 2006. p. 236.)

- Defecto Volitivo y Defecto Cognitivo: Cumple la norma, solo aquel que actúa con voluntad consciente y con conocimiento despierto. El defecto volitivo agrava la responsabilidad, y el defecto cognitivo la exonera. En cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actitud que su comportamiento denota, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso en falso atípico. Conocimiento de la ejecución de la acción y sus consecuencias (Dolo), y cognoscibilidad individual (imprudencia –lo que se conoce por culpa-).

- Rol de Ciudadano: El contenido del rol queda determinado por los institutos de la imputación objetiva; así, quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien no hace nada que contradiga su rol, tampoco defrauda ninguna expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado. El mandato debe decir: “no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al Derecho”.

- Autor Mediato: Este es responsable por su superioridad, del que debe tomar consciencia; por consiguiente debe de haber creado de manera imputable la inferioridad del otro, o la inferioridad debe tener causas que de todas maneras todos están obligados a tomar en consideración. Quien actúa dolosamente es autor mediato y quien ejecuta no dolosamente es instrumento.

Desde luego, existen otros conceptos también relevantes del derecho penal –parte general- desde un plano normativo, sin embargo los mismo serán desarrollados en lo que sigue de esta investigación con referencia a la grave amenaza en el delito de Violación Sexual. Debemos concluir esta parte señalando que una teoría del delito, basado en un sistema funcionalista del que aquí se parte, la persona actúa libremente, y entonces solamente pueden serle imputadas aquellas actuaciones que se aplican en el ejercicio individual de su libertad (aspecto individual); donde también resulta decisivo el aspecto social de la persona, el cual está constituido por su responsabilidad frente a los demás (aspecto socialidad).



(García Caveró, Percy. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 275.)

### **2.3.10. EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL: ENTRE DELITO DE MANO PROPIA Y DELITO DE DOMINIO O DE COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN PARA DELIMITAR LA AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL:**

Como casos complejos de determinar la autoría y la participación con respecto al tipo penal regulado en el Art. 170 del Código Penal: Caso de Carlos Parma – Caso del sicario violador contratado por la hija.

Los tipos penales conforme a la redacción normativa, cada uno con sus propias características de acción o las exigencias referidas al autor, surge su clasificación de delito en general (desde luego aquí nos limitamos a clasificar el delito en general en atención al delito de Violación Sexual, a efectos de su ubicación).

- **Primera Delimitación:** Delitos de Resultado y Delitos de Peligro.- El tipo, tanto de un delito doloso como culposo, adopta dos estructuras diversas según que se trate de delitos de resultado o de actividad o predominante actividad. Los delitos de resultado están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado; donde el resultado consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto. Dentro de este grupo de delitos se encontraría el delito de Violación Sexual, en la medida –aparte de negar al mismo como delito de propia mano- que la lesión consiste en afectar la libertad sexual como objeto de protección de la norma prohibida.

Por su lado en los delitos de peligro, no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar –se desarrollan aquí los peligro concreto y abstracto-.

Se está ante un delito de pura actividad o mera actividad, cuando el tipo se agota en la realización de una acción que, si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro algún. La cuestión de la imputación objetiva es totalmente ajena a estos tipos, dado que no vinculan la acción con un resultado o con el peligro de su producción.

- **Segunda Delimitación:** Una segundo segmento doctrinario, clasifican los delitos en Comunes o Generales y Especiales, ello según requieran un autor que ostente determinadas calificaciones o que puedan ser realizados por cualquiera. Por lo general solo se requiere para ser autor de un delito, tener capacidad de acción (delitos comunes), comúnmente las leyes penales designan esta falta de características específicas cuando se refieren al autor en forma genérica con la fórmula legal: “el que...”; así entraría aquí como tal el delito de violación Sexual. Luego, hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas: aquellos que tengan las características especiales requeridas por la ley para ser autor. Se tratan de delitos que importan la violación de una norma especial (cohecho, prevaricato, etc.), estos son los delitos especiales (propios e impropios –se analizan a los *intraneus* y a los *extraneus*-).
- **Tercera delimitación:** El Acceso Carnal como Delito de Propia Mano.- La determinación de esta categoría de delitos siempre ha sido una constante de discusión. Delitos de propia mano serían en principio, solo aquellos en los que la única manera posible de autoría reside en la realización corporal de la acción típica; como ejemplos clásicos del mismo se han señalado a la violación sexual y al estupro, en los que no puede ser autor quien no tiene acceso carnal. Bacigalupo Zapater refiere que los delitos de mano propia han sido confundidos con los llamados delitos especiales (de infracción del deber). (Bacigalupo Zapater, Enrique. “Derecho Penal Parte General”. Lima: Editorial Themis; 1996. p. 196. GARCIA CAVERO, limita los delitos de Propia Mano a delitos como el de Bigamia; más al delito de violación sexual, prefiere delimitarlo como un “Delito de Varios Actos”, donde al mostrarse

como tipo penal conjuntivo, se exige la realización conjunta de los actos previsto en el tipo penal, así en el delito de Violación Sexual son necesarios la Coacción y el Yacimiento -Acceso Carnal-. Véase en: García Caveró, Percy. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 316.)

Los penalistas partidarios de la teoría de "dominio del hecho en la autoría y participación" en encabezados por Hans Welzel, refieren que la misma categoría de delito nunca podría cometerse por Autoría Mediata, pues no habría dominio del hecho ya que el acto de acceder carnalmente sólo puede tenerlo quien "personal y corporalmente" realiza la acción de ejecución. (Hans Welzel. "Derecho Penal Parte General". Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor; 1956. p. 112.)

Recientemente el jurista Argentino Carlos Parma, quien partidario de la Teoría del Dominio del Hecho, sostiene que en los delitos de propia mano funciona un límite lógico semántico del dominio del hecho y complementario del mismo, que consiste en que el tipo penal exige que el hecho sea comisionado "personalmente" por el autor, vale decir que sea cometido por el mismo, en forma personal y directa, ejecutando el verbo típico en su persona, no obstante la cooperación que pueda recibir de los cómplices. (Parma, Carlos; Guevara Vásquez Iván. "Autoría y Participación". Lima: Editorial Ideas; 2015. p. 85 - pp. 153-154.) Así el acceso carnal solo lo puede concretar personalmente el violador, mientras que quienes sujetan a la víctima o disminuyen sus defensas de esta, estos serían cómplices primarios, pues su dominio del hecho no los transforma en autores; en tanto que si son varios los que accedan de alguna u otra forma a la víctima (penetración con su miembro genital, con ciertos objetos o miembros adicionales del cuerpo –mano, dedo-), se convertirían en sujetos activos del ilícito materia de estudio, habrá una coautoría, en donde los autores son del "mismo nivel".

- **Cuarta delimitación – hacia una postura superadora:** Ámbito de Competencia del Autor, el delito de Violación Sexual dentro de los llamados Delitos de Dominio.- La persona vive en un mundo regido por

normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal.

En materia de autoría y participación, Jakobs a través del concepto de “Figura Central del Suceso” denominado por él como método dialéctico, concluye que la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; este en toda caso determina la cantidad de una intervención delictiva. (Carlos Parma refiere que en Jakobs, la causación de un resultado puede ser atribuida a un sujeto dentro del ámbito de responsabilidad o competencia de éste, y esto es un elemento normativo, ya que el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. El mismo criterio debe tenerse en cuenta para fundamentar la coautoría, como también la autoría mediata. Véase en: Parma, Carlos; Guevara Vásquez Iván. “Autoría y Participación”. Lima: Editorial Ideas; 2015. p. 91.)

Lo ámbitos de competencia se fijan en base a los roles que se presentan en toda sociedad, por un lado están los “Roles Especiales”, mediante los cuales las personas deben configurar juntamente con otras, un espacio organizacional común (delitos de infracción de deber o de competencia por organización. Ejemplo: rol de padre, rol de cónyuge, rol del médico, etc.), luego están los “Roles Comunes”, los cuales se reducen a una reflexión general, (delito de dominio o competencia por organización) aquí el rol de la persona es de comportarse conforme a derecho. Toma relevancia el lado negativo de la persona en derecho, que es de no lesionar a otro. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. pp. 71-72. Explica ROBLES PLANAS, que los deberes en virtud de la organización obedecen a la lógica del sinalagma libertad/responsabilidad por las consecuencias y los deberes institucionales atienden a la dimensión de vinculación entre los ciudadanos para mantener en común determinadas estructuras elementales -instituciones- de la sociedad. Véase en: Robles Planas, Ricardo. “Entre la Complicidad y la Omisión del Deber de socorro”. En: “Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal”. Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007. p. 614.)

La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. Así Jakobs sostiene que los delitos de

dominio, conforman la lesión de los deberes generales de actuación – deberes en virtud de competencia de organización-, no mates, no lesiones, no robos, no viones; el “no” respectivo resalta el lado negativo del rol (el rol común puede ser infringido por acción y por omisión).

Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general –y el primero que antecede a todos- el de no lesionar a los demás en sus bienes; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho. El tipo penal regulado en el Art. 170 del C.P. -norma- devendría a configurarse como el bien jurídico-penal, donde la libertad sexual se muestra como el interés u objeto de protección por el mismo, pues su no alteración –unidad funcional- mantiene su normal estado del que puede hacer uso la persona, en este caso, de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales –sentido positivo dinámico- y en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir –sentido negativo pasivo-. Entonces la observación de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica.

Cabe agregar que, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aún en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 27.)

Los tipos penales conforme a la redacción normativa, cada uno con sus propias características de acción o las exigencias referidas al autor, surge su clasificación de delito en general; sin embargo y a pesar de la autonomía que pueda encerrar cada tipo penal de la parte especial, no se debe caer en el error de sostener que, el concepto de autor debe de

extraerse de cada tipo penal regulado en el Código Penal. Es cierto que cada ilícito aporta la base objetiva de comprensión de la estructura del concepto de autor, pero al corresponderse a la “parte especial” no expresan objeto alguno en cuanto a las diversas formas de participación delictiva; pues la idea acabada de autor solo se concibe y se muestra tal, en y desde la “parte general” del Derecho Penal. No negamos pues que existen acciones -contrarias a derecho- que solo puede concebirse como actos de propia mano.

Lo anterior quiere decir, que la determinación de la autoría y participación criminal se delimita desde la parte general en cuanto al estudio concreto de cada tipo penal, y por ello debe rechazarse la idea, de que el concepto de autor se determina en función a cada tipo penal de la parte especial. Dicho esto, nosotros en el presente estudio, partidarios de un sistema funcionalista nos alejamos de la concepción dogmática que ha entendido al delito de Violación Sexual como delito de propia mano, en tanto adoptamos la concepción normativista de que los tipos penales se dividen en función al rol que desempeña una persona y que dan crédito a los delitos de dominio o competencia por organización y delitos de infracción de un deber o competencia por institución. Aunque normativamente, todos los delitos (incluido la tentativa) son de resultado, pues producen una defraudación de expectativas normativas de conducta esenciales. (García Caveró, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 351.)

### **2.3.11. LA ESTRUCTURA DE LA AMENAZA TIPICA DEL DELITO DE VIOLACION SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA, ANALISIS Y DELIMITACION PROPIA DEL INVESTIGADOR:**

En un primer momento se han citado determinadas sentencias judiciales en casos de Violación Sexual que han sido cometidos mediante una determinada amenaza (conforme al hecho propio de cada caso) en contra de la víctima, sobre todo en cuanto a la Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 3166-2012-Ayacucho; así como se ha hecho mención al desarrollo doctrinario que ha realizado nuestra Corte Suprema

de Justicia – Poder Judicial en el Acuerdo Plenario N° 01-2011; sin embargo acorde a los objetivo de este trabajo y con la finalidad de estudiarlo desde un plano normativo, corresponde una vez que fueron delimitados los diversos criterios postulados por la doctrina (subjetiva, objetiva y mixta), que han servido a los doctrinarios para sostener la responsabilidad del sujeto activo en casos prácticos que otros la han negado, situación en manifiesto que solo genera una inseguridad jurídica producto de las variadas interpretaciones –válidas- que se le otorga a la “grave amenaza”, pues lejos de no estar determinado la estructura de la grave amenaza no existe un criterio concreto para establecer su relevancia típica.

Entonces, acorde con el “Gráfico de Kale” aquí elaborado, se hace inevitable establecer cuáles son los requisitos esenciales que debe poseer un mal anunciado para ser considerado como grave amenaza, es decir, para configurar como típica la amenaza requerida por la norma prohibitiva, que equivale a decir, delimitar el comportamiento que no está permitido o que infringen un deber general.

De tal modo que esa “amenaza” –comportamiento socialmente perturbador-, al constituirse como el medio elegido por el sujeto activo va a devenir en un resultado, que es el de acceder carnalmente al sujeto pasivo, lo que configuraría el tipo penal y se estaría por consiguiente ante una consumación. Estos requisitos –de la amenaza típica- permiten ubicar el comportamiento dentro del marco normativo del Art. 170 del C.P., la que configura una acción y establece una determinada forma de competencia; en tanto que los mismos, deben contrastarse con una teoría moderna del derecho penal que nos permita determinar la relevancia típica de los comportamientos enjuiciados, tal teoría relevante es la llamada imputación objetiva, la que será desarrollada en los posteriores puntos, claro está sin desligarse del estudio base de esta investigación, que es la grave amenaza en la violación sexual. (Fue en el año 1972 que el penalista Alemán CLAUS ROXIN publica su artículo titulado “Consideraciones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal”, en el cual postula y desarrolla los actuales fundamentos de la teoría de la imputación objetiva, basándose en las falencias que traía el sistema causalista del derecho penal así como al sistema

del finalismo; así Roxin planteó que la tipicidad debía contener un juicio normativo del comportamiento humano. Así la propuesta del profesor alemán se impuso tanto en su país de origen como en el resto de países que comparten el análisis de la teoría del delito, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. En nuestro país sudamericano se aprecian resoluciones judiciales basadas en la utilización de esta teoría desde los años 95 sin embargo con escaso análisis (sobresalen los casos conocidos como: Caso del Festival de Rock - Exp. 4288-1997-Ancash; Caso Accidente de tránsito de peatón en estado de ebriedad - Exp. 1789-1996-Lima; Caso de Excesiva Velocidad y Atropello - Exp. 5032-1997-Lima; Caso Elsa Canchanya Sánchez y su rol de congresista – Exp. 550-1998-Lima), más en la actualidad los pronunciamientos judiciales intentan no obviar el uso de la imputación objetiva por ser útil y válida a la solución de los casos (corresponde hacer su mención al Acuerdo Plenario N° 03-2010-/CJ-116, la que ha establecido como doctrina legal a la imputación objetiva y ha obligado a todos los tribunales de justicia a tenerla en cuenta), sucediendo lo mismo con la doctrina pero resaltando sus aspectos consensual y unívoco de aplicación de la imputación objetiva. Por ello los doctrinarios de la especialidad han prestado esfuerzos para desarrollar y explicar los criterios o presupuestos que dan asidero o en su caso nieguen la imputación objetiva. Como dijera ya Gimbernat Ordeig, la imputación objetiva se ha convertido en los últimos treinta años en el referente doctrinal más importante para explicar con mayor solvencia la dogmática de la teoría del delito. Pero es JAKOBS con su planteamiento teórico de la Imputación Objetiva que viene ejerciendo mayor influencia en la dogmática actual –del comportamiento y del resultado-, este autor establece criterios normativos para imputar el resultado a la acción en los delitos de resultado material, luego intenta insertar estos criterios normativos a la teoría general del tipo. Véase en: Pérez Alonso, Esteban J. “Las Revoluciones Científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal”. En: “Teoría del Delito – Problemas Fundamentales”. Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 45.)

Citando una vez más lo referente a la grave amenaza en el Recurso de Nulidad N° 3166-2012-Ayacucho, a continuación se realizará un análisis dividido en dos partes (a los que llamaremos Criterios A y B); en tanto que ésta es la única resolución judicial del poder judicial que delimita conceptualmente los medios comisivos en el delito de violación sexual, esto nos permitirá corroborar si ésta se corresponde al desarrollo doctrinario respecto del medio de coacción grave amenaza:

- **Criterio “A”:** *Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a interés de la víctima o a intereses vinculados a ésta.*



*La promesa de daño debe de producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente.*

- **Criterio “B”:** *La intimidación como medio comisivo alternativo, ha sido definida por la jurisprudencia española como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa, que genera dicha intimidación,...* *La esencia del artículo ciento setenta del código penal radica en el empleo de la violencia absoluta o compulsiva para la perpetración del abuso sexual”.* (R.N. N° 3166-2012 – Ayacucho. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de Enero del Dos Mil Trece.)

#### **2.3.11.1. Análisis Del Criterio “A”:**

Claramente del párrafo se aprecia una delimitación jurídico-conceptual de lo que es la “grave amenaza”, más en el fondo y sentido conceptual de ese medio comisivo podemos constatar los requisitos que una amenaza grave debe de poseer para tener tal calidad o cualificación y en consecuencia se acredite su tipicidad penal. No debemos olvidar que aquí nos hallamos frente a una amenaza condicional y la que es usada como medio para doblegar la voluntad de la víctima para conducirla a actuar de determinada forma, la que siempre vulnera su libertad sexual; corresponde a *prima facie* calificar a la amenaza de un mal relevante, como el quebrantamiento de derechos garantizados. (Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 397.)

- a. Violencia moral:** La referencia a la “violencia moral”, es indicativo de una de las clases de medios empleados que en el punto respectivo se ha dividido en esta investigación, estos son los medios físicos o materiales y los medios morales o psíquicos; así estos últimos son

aquellos que actúan sobre la psiquis de la víctima, como es el miedo, el terror, el espanto, las sorpresas o malas noticias, y en este caso la amenaza. Entonces debe quedar claro que el término “moral” no está referido a una concepción moral o religioso del acto violento, sino como se acaba de señalar, es alusivo a una clase de “medio” que puede ser empleado por el sujeto activo. Como dijera FRANCESCO CARRARA, La fuerza que impele al hombre a obrar, puede ser física o moral; es física cuando obra sobre el cuerpo, y es moral, cuando obra sobre el ánimo. (Carrara, Francesco. “Programa de Derecho Criminal, Parte especial, vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero)”, Editorial Temis, Bogotá, 1997., Pg. 194.)

Compartimos una vez más lo arribado por Teófilo Idrogo, cuando infiere que la vis compulsiva o violencia moral es la coacción ejercida por medio de amenazas, que producen en la persona a quien van dirigidas una perturbación angustiosa (miedo), que pueden obligarla a practicar un acto no querido por ella. (Idrogo Delgado, Teófilo. “Teoría del Acto Jurídico”. Lima, Perú: Idemsa Editores; 2004. p. 241. En similares términos se han pronunciado SALINAS SICCHA, En: Salinas Siccha, Ramiro. “Derecho Penal Parte Especial”. 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. pp. 539, 540; y PEÑA CABRERA, En: Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo II. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008. p. 445.)

Así la “violencia moral”, que es la amenaza, va a ser con la que se logre el acceso carnal contra la voluntad del sujeto pasivo.

¿Coacción? La meta, pues, de quien hace uso de la amenaza, es encauzar, encaminar y/o dirigir a la víctima, hacia una conducta determinada, amenazándola con un mal en caso de una conducta contraria a la que se quiere (cualquier acto sexual prohibido), y es por la presión que así ejerce sobre la víctima, como obtiene lo que desea el que amenaza (pues lo ha coaccionado). (Esta forma de entender la coacción que genera la amenaza, es tomada por el investigador con variantes terminológicas para explicar el efecto de coacción en el delito de violación sexual. Sin embargo el concepto original proviene de la obra “Teoría pura del Derecho” de Hans Kelsen, notable y admirado en el mundo jurídico al desarrollar el tema del “derecho como técnica social” -coacción de la norma a los hombres-.)

**b. Anuncio de un mal:** Anunciar se corresponde a un aviso o una advertencia de la ocurrencia pronta de algo, aquí, de una situación negativa en agravio de la víctima. El emisor de la amenaza puede canalizar al receptor el mal, sea mediante una forma oral, escrita, como también por gestos (ademanos simbólicos, señas etc.); pero siempre deberá formularse el mal de tal manera que resulte inteligibles y apreciables como tales, esto es, como amenaza (Creus, Carlos. "Derecho Penal, Parte Especial". Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea; 1993. p. 352.) (caso contrario creemos que la víctima puede caer en error, al pensar que determinado acto de su victimario se muestra como amenaza cuando realmente se trataba solo de una broma, o el que puede apreciarse de un altercado verbal).

Intentar obligar a alguien a un contacto sexual bajo la Amenaza de vender un inmueble a un tercero, cuando dicho bien ya había quedado pactado para una venta a favor del amenazado; si bien en este supuesto puede existir un mal o perjuicio para el comprador, como puede ser económicamente o genere un cambio negativo en los planes que tenía el comprador con respecto al bien inmueble a adquirir; sin embargo y como ya se explicara desde el criterio mixto de la amenaza, aun cuando sea apreciable como el anuncio de "un mal injusto" la venta del inmueble a un tercero cuando ya se tiene por pactado la venta, este no alcanza a configurarse como el mal requerido para efectos de tipicidad del delito de violación sexual. El mal pues, siempre debe ser injusto, debe estar dirigido al ataque de un bien jurídico protegido por la norma penal (sin poner una delimitación de que bien o bienes jurídicos entran o no en protección) así, entrarían en protección la vida, la integridad física, hasta el patrimonio e incluso el honor. Caso contrario, negar que el mal vaya dirigido a la afectación de un bien jurídico, se admitiría como amenaza típica el ejemplo antes indicado de la compra venta de bien inmueble, así como otros ya citados.

Y subrayamos la calidad "injusta" del mal, porque los males justos (ya explicados) que más bien se presentan como "situaciones beneficiosas"

para la aparente víctima, no pueden ser abarcados por la norma prohibida y menos ser perseguidos en el ámbito penal (Ejemplos: Caso del hermano terrorista, Caso de la detención legal a una ladrona, Caso del juicio hipotecario, Caso del puesto laboral, etc.).

El anuncio de mal bien puede estar dirigido a afectar a la propia víctima del acto sexual, como también el mal puede estar dirigido a afectar a un tercero vinculado a la víctima; cuestión a la que arriba la Corte Suprema cuando parafrasea “o a intereses vinculados a esta”, ello no hace más que poner de relieve a un tercer sujeto sobre el que recaerá el mal de no realizar el acto sexual de que trate, por parte de la víctima.

Supóngase que el sujeto activo tiene maniatado al padre biológico de la víctima en el jardín de la casa de éste último, y amenaza a la hija del rehén, con matar a su padre con un arma blanca, si ella no baja del segundo piso, lugar donde se encuentra segura del peligro, y se entregue carnalmente.

Sobre éste último punto, no se aprecia con términos expresos que la Corte Suprema delimite a quienes deba de considerarse como los sujetos vinculados a la víctima sexual –tercer sujeto-; ahora bien, cambiemos de sujeto y en vez del padre biológico pongamos en su lugar al sobrino, enamorado o amigo, de la víctima. Nótese que no es lo mismo pues, amenazar con matar al padre biológico, que amenazar con dar muerte al sobrino, enamorado o amigo de la víctima sexual; esta situación generaría dudas al momento de delimitar la tipicidad de la amenaza (aun cuando el mal esté dirigido a un bien jurídico fundamental como la vida del tercer sujeto), es razonable admitir que es el padre biológico que se superpone como el sujeto más cercano o vinculado a la víctima, ¿pero lo podrán ser los otros sujetos?

- c. **Seriedad de la Amenaza:** En la delimitación jurisprudencial se exige que la amenaza sea emitida "seriamente"; basándonos en los pronunciamiento doctrinarios desarrollados en el presente trabajo, solo nos cabe agregar con respecto a este elemento, que para admitir tal

seriedad en la amenaza, primero debe distinguirse, entre los amedrentamientos que irresponsablemente se expresan con frecuencia en el calor de una discusión o que se hacen con ligereza, por burlarse de alguien, hacerle una broma o simplemente molestarlo, de aquellas amenazas que realmente se pretenden cumplir. No es serio todo aquello que en quien la emite, se aprecie una falta de voluntad real para ejecutarla; y son serias todas aquellas que revisten este carácter, todos los males que se presentan con posibilidad de concreción y cuya ocurrencia depende de la voluntad de quien hace la amenaza.

Los males imposibles de ocurrir si no accede la víctima al acto sexual devendrían en atípicos, como por ejemplo: te tragaré la tierra, te partiré un rayo; o que siendo posibles acaecimientos no dependen de la voluntad de la gente, ejemplo: el cielo te castigará, haré que la gente destruya tu casa, haré que la policía meta preso a tu hermano, yo te maldigo. Como se advierte, estos males carecen de cierta concreción, y decimos que son atípicos porque carecen de seriedad, pues solo constituyen meros deseos.

Analizar el carácter serio, conlleva internamente la llamada “idoneidad” de la amenaza, y va a tener tal calidad, cuando es suficiente para generar el estado de alarma o temor en la víctima que la conllevará a afectar su libertad sexual (como se ha explicado hasta ahora, no resulta pacífica la elección de los criterios –subjetivos y objetivos- a utilizarse para su comprobación.

El solo temor reverencial o el que experimente la víctima sin que el autor haya expresado de cualquier manera el mal que la víctima imagina, no se constituye como una amenaza típica.

Sin embargo, y sin negar lo antes sostenido con respecto a la seriedad, se vuelve a caer en la problemática de la valoración que cada víctima haría de la amenaza impuesta a su persona, ello considerando la pluriculturalidad de nuestro país latino del que autores como Espinoza Vásquez ya lo han advertido, y aplicando los distintos ejemplos citados

hasta aquí, se puede claramente arribar a una conclusión obvia, referida a la validez de los criterios subjetivos para casos determinados en las que se pueda apreciar a víctimas débiles por su cultura, educación y/o religión; luego que estos criterios no pueden ser aplicados a un sector de la población entera, a todas luces más desarrollados al menos culturalmente, en educación o religión, en términos de formalidad, avanzados socialmente; en todo caso, a estos últimos les corresponde analizarlos desde un criterio objetivo y/o mixto de las amenazas en materia sexual.

**d. Promesa de Daño:** Hablar respecto de la promesa de daño por parte del que amenaza, equivale a referirse al anuncio del mal, que como ya se dijo, este tiene que ser serio e injusto. Pero intentemos dar respuesta a la frase “La promesa de daño debe de producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia...”; aquí se puede advertir dos consecuencias producto de la promesa de daño por parte de quien amenaza, siendo los siguientes:

**i) *El miedo en la víctima.*** En términos enciclopédicos, el miedo consiste en la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal real o imaginario; hasta aquí y para efectos penales es claro que se requiere que el miedo sea producto de un mal real, más si el miedo es producto de un mal imaginario en la psiquis de la víctima, esta no es atribuible penalmente a nadie. A su vez, el miedo como aprehensión que uno tiene, de que le suceda una cosa contraria a lo que desea puede ser grave o leve (la que solo se puede medir psicológicamente, la misma que es valorada por el juzgador tanto como parte del daño causado para efectos punibles, como daños resarcibles mediante la correspondiente reparación civil; cuestiones valorativas procesales que también atañen al Fiscal Provincial en lo penal).

Pero, ¿cómo determinar lo real de la amenaza?, el presente investigador considera que no es suficiente con que la amenaza sea proveniente de un sujeto cualquiera; y respondiendo a esta

interrogante, debe analizarse la seriedad de la amenaza, donde la “voluntad de quien amenaza” juega un rol importante, por ello es dable agregar sobre la voluntad de quien amenaza, lo que CREUS ha denominado como la “governabilidad del daño”, (Creus, Carlos. “Derecho Penal, Parte Especial”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea; 1993. p. 350. Debemos señalar que Creus habla de “Governabilidad del daño” haciendo un análisis al tipo penal de Coacción, más tal criterio no se aprecia con respecto del delito de violación sexual; cuestión que el investigador considera dable aplicar este criterio de análisis del daño y del miedo real en el ámbito sexual, que como se puede advertir hasta este punto y se verá en los siguientes capítulos, quien amenaza a otro siempre realiza un acto de coacción.) donde el daño anunciado va a generar el miedo en la víctima, y éste se va a mostrar como dependiente de la voluntad del sujeto activo, ya sea por su propia acción o por la acción de un tercero supeditado voluntariamente a él.

Así, al existir una amenaza de daño contra la víctima del acceso carnal o a un tercero vinculado a ésta, la víctima, de no realizar la condición sexual buscada por el sujeto activo (quien amenaza), éste generaría que se efectúe ese daño real o en su caso olvidarse y dejar de lado la realización del daño, ambas y finales decisiones del que amenaza se corresponde con su poder gobernable del daño.

- ii) **¿Resistencia de la víctima?**. La resistencia es la renuencia en hacer alguna cosa, a su vez consiste en la fuerza que se opone a otra fuerza; en definitiva, se resiste a algo combatiendo, ya que no se tolera, aguanta o espera sufrir el mal que se nos ha anunciado. Creemos que la víctima sexual puede oponer resistencia mediante un grito a viva voz como también mediante manifestaciones físicas con su cuerpo respecto de su amenazador e incluso mediante otros actos que buscan salvaguardar su libertad sexual, pudiendo ser llamadas o mensajes telefónicos de auxilio u otros actos violentos en las cosas (ejemplo: para llamar la atención de los vecinos la víctima rompe los cristales de su ventana).

La cuestión paradójica es si debe exigirse o no la concurrencia de resistencia por parte de la víctima; no olvidemos que el carácter de resistencia que aquí se analiza es solo con respecto a la “amenaza”, (Creemos que la concepción de la resistencia de la víctima al que hace alusión la Corte Suprema en el recurso de nulidad en comento (así como el concepto de grave amenaza), se corresponde a la interpretación del que es partidario el jurista ALONSO PEÑA CABRERA con respecto a la amenaza en el delito de violación sexual. Véase en: Peña Cabrera F, Alonso R. “Los Delitos Sexuales”. Lima, Perú Editorial Ideas; 2014. pp. 210-211.) Más no entramos en el terreno del otro medio comisivo que es la “violencia”. Al respecto el jurista CASTILLO ALVA sostiene que dadas las diferencias estructurales que hay entre la amenaza y la violencia y las particularidades características que poseen cada una, la oposición o resistencia de la víctima es distinta con respecto a su magnitud, grado e intensidad. (Castillo Alva, José Luís. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Lima Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. p. 86.)

Como indicáramos ya, en la doctrina nacional el jurista CARO CORIA ha señalado, que ante una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia (Caro Coria, Dino Carlos y San Martín Castro, Cesar. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, aspectos penales y procesales”. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2000. p. 79.); por su parte el jurista SALINAS SICCHA indica que solo será necesario verificar si la capacidad psicológica de resistencia u oposición del sujeto pasivo ha quedado suprimida o substancialmente disminuida o mermada (Salinas Siccha, Ramiro. “Derecho Penal Parte Especial”. 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. p. 777. Este mismo autor en su obra “Los delitos de acceso carnal sexual”, refiere textualmente que: “la finalidad que tiene de la violencia y la amenaza grave es vencer la resistencia de la víctima, oposición o voluntad contraria de la víctima a practicar el acto o acceso carnal sexual...”, Véase en: Salinas Siccha, Ramiro. “Los delitos de acceso carnal sexual”. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2005. p. 63. Posteriormente niega tal finalidad de los medios comisivos, alegando que: “En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente”.



Véase en: Salinas Siccha, Ramiro. “Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano”. 2da Edición, Perú: Jurista Editores; 2008. pp. 41 ss.); el maestro BRAMONT ARIAS TORRES ha indicado que, la intimidación (refiriéndose a la amenaza) tiene por objeto vencer la resistencia de la voluntad de la víctima. (Bramont Arias Torres, Luis Alberto y García Cantizano, María Del Carmen. “Manual de Derecho Penal Parte Especial”. Ejemplos de amenazas serían: donde la persona que padece claustrofobia, es encerrada de manera prolongada en condiciones gravosas; o cuando el sujeto, cuyo hermano es terrorista y nadie lo sabe, es intimidado con la amenaza de denunciar al hermano. Respecto de la amenaza sobre las cosas, sería ejemplo: con la amenaza de arrasar con la cosecha, único sustento de una mujer viuda y sus hijos. 2da Edición. Perú: Editorial San Marcos; 1996. p. 213.)

Vemos una vez más que la doctrina más distinguida no llega a un consenso a la hora de pronunciarse con respecto a la resistencia, en tanto que quienes sostienen la concurrencia de una resistencia ante una amenaza, generalizan dicha resistencia a las amenazas de otros tipos penales (ya descritos en esta investigación), como en la trata de personas, en el robo, en los daños o en la usurpación, etc.

Predicha ya esta discrepancia en los estudiosos de la materia, consideramos dable relatar el caso muy ejemplificativo de una supuesta violación narrada por el príncipe de los ingenios, Miguel de Cervantes Saavedra, en su obra “El ingenioso Don Quijote de la Mancha”; relato en el cual sobresale la búsqueda de la verdad no solo desde la versión de la víctima. El siguiente texto representa a una de las sentencias de Sancho como gobernador de la ínsula baratoria, en la querrela de una mujer que llegó ante él fuertemente amargada de un ganadero, y quien dando grandes voces llega a formular los cargos como sigue: “*¡Justicia señor gobernador, justicia! Y si no la hallo en la tierra, la iré a buscar al cielo. Señor gobernador de mi ánimo, este mal hombre me ha cogido en la mitad de ese campo, y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera un trapo mal lavado; y, ¡desdichada de mí! Se ha llevado lo que tenía guardado más de veintitrés años ¡ha!, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y extranjeros, y yo siempre dura como un*

*alcornoque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego, o como la lana entre las zarzas, para que éste buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme. Escuchó el gobernador al ganadero, quien negó haber forzado a la campesina, asegurando que todo había sido obra de la mujer. Dispuso entonces Sancho, que el acusado entregara a la mujer una bolsa de cuero con monedas de plata que llevaba consigo. Mostrando gran alegría y agradecimiento se retiró la mujer de la presencia de Sancho, llevando consigo la bolsa tomada de ambas manos. Cuando apenas salió, fue que Sancho dijo al ganadero: “Buen hombre: id tras aquella mujer y quitadle la bolsa, aunque no quiera, y volverá aquí con ella”. Al poco rato volvieron los dos ante Sancho. La mujer con la bolsa en sus manos, afirmando que antes se dejará quitar la vida que la bolsa, el hombre dándose por rendido y sin fuerzas, confesando que las suyas no eran bastante para quitársela. Dispuso entonces Sancho que la bolsa fuera devuelta al ganadero, y dirigiéndose a la mujer, le dijo: “Hermana mía: si el mismo aliento y valor habéis mostrado para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza”. Este caso narrativo ha sido utilizado inicialmente por el jurista Fontan Balestra, quien es citado por el jurista peruano de antaño Manuel Espinoza Vásquez.*

En supuesto judicial de Sancho, pone altamente en consideración el análisis que se debe de tener de la resistencia de la víctima, al menos que se muestre de cierta entidad.

Los primeros criminalistas explicaban que la resistencia de la mujer agraviada, tenía que ser genuino, contraria, constante y sostenida hasta el último momento, en forma seria; pero si después de una vana resistencia la mujer se hecha a su suerte frente a su violador, desaparece el delito de violación sexual, porque estaría permitiendo el coito, aunque en un momento resistió pero al final desiste en oponerse. Tal criterio era pues a todas luces fatalista y extremista, al arribar doblemente en una desgracia para la víctima, situación que persistió durante la edad media.

Es claro que en la actualidad nadie es partidaria de este pensamiento medieval. El sustento del autor CASTILLO ALVA es altamente considerable, al sostener que simplemente se exige una resistencia razonable, la que debe fijarse según las circunstancias de lugar (ejemplo: un descampado, una casa abandonada, etc.) y de tiempo (la noche, o la madrugada, etc.), la fortaleza física del autor, su energía criminal. (Castillo Alva, José Luís. "Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales". Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. p. 89.) Y compartiendo el mismo jurista el criterio de Ernesto Ure, considera que deben valorarse las condiciones subjetivas (constitución física, personalidad, temperamento, posibilidad de fuga, etc.) y algunas condiciones objetivas como el tiempo, modo o lugar en el que se desarrolla el hecho.

El punto de vista seguido por el Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-115-Lima, de fecha seis de diciembre del dos mil once, tuvo como problema y objeto de análisis entre otros, a la determinación de si en el delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la "resistencia o no de la víctima" – alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-. En sus fundamentos 18 y 19 se dilucida lo relativo a la resistencia de la víctima desde la doctrina, mientras que en el fundamento 21 - párrafo segundo, se arriba a concluir textualmente en los siguientes términos: "...no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de éste ilícito penal –Art. 170-. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso..." (El acuerdo plenario justamente objeta la valoración de la resistencia de la víctima basándose, en que existen supuestos de abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o que se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual. Por ejemplo, cuando acontecen circunstancias de cautiverio, o cuando el abuso es sistemático o

continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita (no muestra algún acto contrario) una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física (Fundamento 21).), tal acuerdo pronunciado está dirigido a aplicarse tanto en la violencia como en la grave amenaza; pues es innegable que puede suceder que la impresión o el miedo paralicen a la mujer, impidiéndola resistir y pedir auxilio; del mismo modo el cesar de la víctima en su accionar resistente por agotamiento o el que admita que poner esfuerzos serían vanos, son cuestiones que no deben entenderse como consentimiento.

He aquí una discordancia entre el pronunciamiento de la Corte Suprema con su Recurso de Nulidad N° 3166-2012-Ayacucho y el Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-115, respecto de la resistencia de la víctima en materia de violación sexual, involucrando también a la misma doctrina.

Por nuestra parte, partiendo de una lectura íntegra a la norma prohibida vigente –*de lege lata*– o de su análisis literal (Art. 170 del CP), no se aprecia la exigencia del requisito “vencer la resistencia de la víctima”; no negamos que la víctima sexual pueda representar y personificar algún acto de defensa propia, asimismo admitidos que tal acto permite medir con más claridad la objetividad de la gravedad del mal con que se amenaza; sin embargo ésta no debe apreciarse como requisito indispensable para efectos de tipicidad del daño abarcado por el anuncio del mal por parte de quien amenaza, si conforme a la redacción del tipo penal de violación sexual la resistencia de la víctima no figura como requisito del tipo; admitirlo como tal sería excesivo, lo que generaría problemas al momento de imputar la conducta como delictiva. Cabe agregar que lo arribado antes, el basarnos en la propia norma penal, se corresponde a una situación legal que el legislador penal ha obviado a la “resistencia” de la víctima al crear la norma, confiamos que ello lo hizo por parecer un requisito extremado. Entonces debe quedar claro, que la mayor o

menor resistencia de la víctima no es elemento del tipo, porque el tipo no está construido sobre la base de la fuerza de amenaza y menos de la violencia, sino que el tipo penal en concreto tiene su fundamento de punición en el ejercicio de los medios de los que se vale el sujeto activo para acceder carnalmente a la víctima (violencia y grave amenaza), la que es más que en la realización del hecho de relevancia sexual en sí mismo. En todo caso, la mayor o menor resistencia física es solo un elemento de prueba –a nivel procesal-.

Como se puede apreciar, somos de la consideración que ante la promesa de daño, debe existir un miedo en la víctima, este sentimiento pues va a ser la que lleve a la víctima a actuar del modo sexual exigido por parte del amenazador. Sin embargo no compartimos el criterio de la corte suprema cuando hace referencia a que la promesa de daño deba vencer la resistencia de la víctima; admitir ello, sería exigir a cada víctima potencial de una violación a ser protagonista heroica y/o épica de su propia tragedia o batallar arriesgada pero osadamente aunque sea mínimamente frente a la amenaza impuesta por su agresor, sea en protección de su vida, su integridad física, su libertad etc., o en protección de los bienes de un tercero cercano a ella; cuestión misma que es aclarada mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-115.

- e. **Mal Grave:** Como señaláramos tempranamente lo “grave” se representa o configura como un elemento normativo social del injusto penal. La gravedad de la amenaza se muestra no solo como característica de la misma, sino que se presenta de forma sobresaliente como requisito propio del tipo penal, al formar parte expresamente solo en el delito de violación sexual (Art. 170) y en el delito de actos contrarios al pudor en mayores de catorce años de edad (Art. 176).

Ahora bien, sea como característica de la amenaza en sí o como requisito legal del tipo, delimitar la “gravedad” del mal es una constante problemática en la doctrina y no resuelta hasta la actualidad. Una vez

más citamos en forma abreviada la opinión de los destacados especialistas en la materia.

El jurista de antaño ESPINOZA VASQUEZ comparte el criterio criminalista, de que la amenaza será grave, solo cuando ésta es seria y tenga la fuerza de coacción moral que constriña y pese sobre el ánimo y la vida afectiva de la víctima. (Espinoza Vásquez, Manuel. "Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas". Trujillo, Perú: Marsol Editores; Edición 1983. p. 36.) NOGUERA RAMOS, explica que la amenaza debe ser grave, porque solo así se podrá vencer la resistencia de la víctima, cita el ejemplo de amenazar con matar al hermano menor si no se entrega al acto sexual, explicando que en juego se encuentra la vida de un familiar cercano. (Noguera Ramos, Iván. "La Violación de la Libertad Sexual en el Código Penal". Doctrina Procedimiento y jurisprudencia. Lima, Perú: Ediciones Fecat; 1992. p. 47.) SALINAS SICCHA opina que el mal a sufrirse, mediata o inmediatamente, puede constituirse en el daño de algún interés de la víctima que le importa resguardar, como su propia persona, su honor, sus bienes, secretos o personas ligadas por afecto, etc. (Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. p. 776.) Luego agrega que, la gravedad de la amenaza deberá medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. (Salinas Siccha, Ramiro. "Los delitos de acceso carnal sexual". La indemnidad o intangibilidad sexuales, proceden en principio de la doctrina italiana y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años sesenta y principios de los ochentas. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2005. p. 182.)

PEÑA CABRERA, GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR, respectivamente exigen que la amenaza en el delito de violación sexual debe de ser grave, sin embargo obvian el fundamento que permite establecer cuando es que se deberá entender que se está frente a esa gravedad. Para el maestro BRAMONT ARIAS TORRES, la gravedad tiene que medirse en relación al efecto que determina sobre la resistencia o voluntad de la víctima. El mismo jurista admite que materia de amenazas típicas son las dirigidas incluso a bienes patrimoniales; como es el caso de la amenaza con destruir la cosecha, único bien que

sirve de sustento a la víctima, quien es una mujer viuda con hijos. (Bramont Arias Torres, Luís Alberto y García Cantizano, María Del Carmen. "Manual de Derecho Penal Parte Especial". Ejemplos de amenazas serían: donde la persona que padece claustrofobia, es encerrada de manera prolongada en condiciones gravosas; o cuando el sujeto, cuyo hermano es terrorista y nadie lo sabe, es intimidado con la amenaza de denunciar al hermano. 2da Edición. Perú: Editorial San Marcos; 1996. p. 213.) REATEGUI SANCHEZ, sostiene que la amenaza debe tener un concepto de gravedad en función a las circunstancias objetivas de cada caso concreto. Luego no se comprende bien la posición de este autor, pues en un primer momento acepta como grave amenaza, la dirigida a destruir la cosecha de la mujer viuda con hijos, y cuando desarrolla las características de la grave amenaza, sustenta de que el mal debe ser considerable, donde el daño amenazado tiene que ser mayor al acto sexual de que se trate, de tal suerte que se recoge el menor, (Reátegui Sánchez, James. "Derecho Penal Parte Especial". Vol. I. 3ra Ed. Lima, Perú: Ediciones Legales; 2014. pp. 182-184.) dando el ejemplo de dar muerte a la madre si la víctima no se entrega carnalmente, siendo aquí el mal menor el entregarse sexualmente al agresor para salvar la vida de la madre que viene a constituirse como el mal mayor. VASQUEZ SHIMAJUKO, explica que la gravedad de la amenaza exigida por el tipo no debe ser solamente valorada usando exclusivamente criterios generales y abstractos, sino por el contrario, deben utilizarse como puntos de referencia las circunstancias que rodean al sujeto pasivo para considerar si la amenaza reúne la calidad de grave. (Vásquez Shimajuko, Carlos Shikara. "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano: algunos apuntes acerca del acto sexual, el acto sexual análogo, la violencia y la amenaza". En: Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Tomo Nº 292. Trujillo: Normas Legales; 2000.)

Por último, CASTILLO ALVA es del criterio, de que la solución correcta para entender a la gravedad de la amenaza, es partir de la aceptación de criterios objetivos que son a la postre los puntos de referencia sobre los cuales se levanta nuestra legislación cuando alude a la grave amenaza; (Castillo Alva, José Luís. "Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales". Ob. cit. p. 100.) luego este mismo autor, cuando habla de

los bienes jurídicos susceptibles de ser amenazados, se advierte que es del criterio que las amenazas deben recaer sobre la vida o la integridad corporal, e incluso la amenaza de violación sexual de un tercero cercano a la víctima; y negando a su vez que la amenaza pueda recaer sobre bienes patrimoniales. Así la postura de Castillo Alva se basa en que el mal de la amenaza debe ser igual o mayor al bien jurídico amenazado, en este caso al bien jurídico libertad sexual. (Ibidem. p. 102.)

Aunque si damos una revisión al análisis de las amenazas de otros tipos penales, los juristas coinciden también en exigir que la misma sea grave, aun cuando el tipo de que se trate no exige “taxativamente” tal sobrevaloración por así decirlo de la amenaza. En el delito de Violación Sexual como se aprecia del desarrollo de la presente investigación, su delimitación como elemento del tipo -grave- y en concreto de la amenaza, no es del todo claro, máxime si conforme al Criterio Mixto desarrollado por la doctrina, se exige que una amenaza será grave, solo si está dirigido a atacar tres bienes jurídicos, los más fundamentales para el derecho penal -nuclear- como son la vida, la integridad personal, la salud o la libertad personal. Es Castillo Alva quien desde un criterio objetivo, solo admite como amenaza grave las que van a afectar bienes jurídicos de igual jerarquía, como es la libertad sexual, o superior a ésta; criterio que es compartido por James Reátegui Sánchez. En tanto que, para Salinas Siccha la amenaza no deja de ser grave al estar dirigido a bienes jurídicos como la integridad personal, el patrimonio o el honor; este autor con claridad es partidario de un Criterio Subjetivo, al resaltar la capacidad de influencia en la decisión de la víctima. Vásquez Shimajuko razona en base a las circunstancias que rodean al sujeto pasivo para determinar la gravedad (no podemos delimitar con seguridad, si este autor cuando hace referencia a las circunstancias que rodean al sujeto pasivo, se refiere a las circunstancias personales de ésta o a las circunstancias de tiempo, lugar y personalidad del que amenaza; ya que si fuese lo primero predominaría un criterio subjetivo y de ser lo segundo, estaríamos frente a un criterio mixto, ligado al



requisito resistencia de la víctima). Finalmente Bramont Arias Torres, considera que lo grave se mide por las circunstancias objetivas en que se encuentra la víctima, más de inmediato resalta de importante y definitivo que, la gravedad tiene que medirse en relación al efecto que determina sobre la resistencia o voluntad de la víctima, lo que convierte en un criterio mixto, pero dando prevalencia a uno subjetivo.

Entonces, para determinar la gravedad de una amenaza ¿debe medirse en base a un mal constitutivo de delito igual o superior a la libertad sexual?, ¿debe la cuestión del comportamiento del que amenaza ser observado? o ¿debe la cuestión de la perspectiva de la víctima amenazada ser enfatizado? (JORGE VALENCIA, señala que la amenaza ha de ser grave, vale decir, de tal entidad o extensión que de no eliminarse la eficacia intimidatoria del mal que se anuncia se comprometan seriamente intereses jurídicos de índole personal, material o afectivos (personalidad, honor, fama, integridad, bienes, secretos, etc.) de la víctima o de tercero afectos a ella. Véase en: Valencia, Jorge Enrique. "Acceso Carnal Violento". En: El delito sexual – El aborto. Estudios de Derecho Penal Especial. Bogotá, Caracas – Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana; 1990. p. 88. MARTINEZ ZUÑIGA, señala que para medir la gravedad del mal no se necesita que lo sea objetivamente, en abstracto o en concreto. Basta que lo sea subjetivamente. Véase en: Martínez Zúñiga, Lisandro. "Derecho penal sexual". 2da Ed. Bogotá: Temis; 1977. p. 234. GARRIDO MONTT, explica que el mal en cuestión puede afectar a la persona física de la víctima o la de alguno de los miembros de su familia (la vida, la integridad corporal o la salud), como también puede referirse a la honra o la propiedad de aquellos; no se extiende a daños distintos a los señalados, como lo es de naturaleza política, entre otros. Ha de tener en todo caso, cierta gravedad para el amenazado, ha de ser de una entidad suficiente que logre crear en la víctima un estado de alarma o temor que vulnere su autodeterminación. Véase en: Garrido Montt, Mario. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo III, 4ta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010. Pg. 374. POLITOFF, MATUS, y RAMÍREZ; primigeniamente y contrarios a la postura de Gimbernat Ordeig, refieren que el impacto de la amenaza en la víctima no puede medirse únicamente de un elemento delito a los sentimientos valorativos. Por ello sostienen que para determinar el efecto intimidatorio de la amenaza (su gravedad y verosimilitud) debe tenerse en especial cuenta las condiciones personales de la víctima y las circunstancias objetivas en que se encuentra. Luego concluyen en base a los pronunciamientos de Bustos Ramírez, diciendo que la gravedad de la amenaza se refiere a la clase de mal con que se amenaza, en la medida que solo una intimidación grave puede ser considerada en la violación; este mal debe ser un delito que afecte la seguridad o

integridad física de la persona ofendida o de un tercero presente con quien ésta tenga lazos de parentesco o afinidad; consideran también en este grupo de casos la fuerza que se ejerce sobre las cosas que sirven de protección a la mujer (con lo que se afecta su seguridad personal), como es el caso de romper a golpes la puerta de la habitación donde se encuentra la víctima. Y niegan la existencia de grave amenaza el caso de la destrucción de la cosecha de la mujer viuda con hijos, por ser discutible la gravedad y la inmediatez de la amenaza. Véase en: POLITOFF L. Sergio; MATUS A. Jean Pierre, y RAMÍREZ G. María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial". 2da Edición. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2007. Pg. 254. NUÑEZ RICARDO, quien citado por Castillo Alva, infiere que el anuncio de un mal por parte del autor, no está en él objetivamente mirado, sino en lo que realmente pasó en el alma del destinatario: si frente al anuncio de un mal objetivamente débil, la víctima se atemoriza en forma reprochable, la intimidación existe. Véase en: Castillo Alva, José Luís. "Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales". Ob. cit. p. 100. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, textualmente señala, que la gravedad del mal con que se amenaza debe medirse de forma objetiva y debe tener, además, un carácter de inmediatez en su realización que prácticamente no le deje a la persona intimidada otra salida que aceptar realizar lo que se le pide, pero esto no significa que deban dejarse a un lado las circunstancias en que se encuentra la víctima; para este jurista son graves amenazas las dirigidas a una chica joven con decir a sus padres donde ha pasado la tarde con su novio; así como amenazar con mostrar las pruebas de infidelidad matrimonial al cónyuge, males en caso que las víctimas no accedan a un encuentro sexual. Véase en: Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal Parte Especial". 18ava Ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2010. p. 224.)

Si bien los criterios que expresan la gravedad de la amenaza difieren relativamente en cuanto a la finalidad sexual, sin embargo son claros en cuanto a la afectación de bienes jurídicos –concebidos por los autores antes citados-, del cual el presente investigador se adhiere; con esto quiero sostener que la "amenaza típica" tiene que estar dirigida a afectar otros objetos de protección (bienes jurídicos) expresados en una norma penal vigente (bien jurídico-penal/tipos penales).

Por ello debe tenerse claro que la amenaza típica sustancialmente va dirigida a atacar un bien jurídico propio del derecho penal, así la amenaza se expresa como un mal rotundamente constitutivo de un delito; de modo que la amenaza de retirar a una postulante política de la lista principal de la candidatura de determinado movimiento social y/o

político sino concede a un contacto sexual, por más que fuese muy perjudicial tanto económica como moral para la postulante (entre otros ejemplos ya citados, como la compra venta de bien inmueble o el caso de la mujer infiel puesta a descubierto), nunca podría ser considerado como “grave” amenaza para efectos de tipicidad, por no encontrarse bien jurídico penal alguno como objetivo de ataque por parte de quien amenaza o lo que equivale, por ser que el mal de la amenaza no es constitutiva de un delito; ahora, si bien se encuentra en tela de juicio la libertad personal en el caso del que amenaza a la mujer con denunciar al hermano terrorista si ésta no accede a un encuentro carnal, ésta amenaza aun cuando está dirigida a afectar un bien jurídico penal de un tercero cercano a la víctima, no puede ser considerada “grave”, por faltarle el requisito “injusto” del mal, pues es más beneficioso ocultar a las autoridades la participación ideológica del hermano -mal justo-.

Si bien consideramos dable admitir que el mal de la amenaza debe ser constitutivo de un delito, sin embargo no somos partidarios de que la “gravedad” del mismo este encaminada a establecerse solo en cuanto a determinados bienes jurídicos, tales como la vida, la integridad física y la salud o la libertad personal -como lo hace el criterio mixto-; y ello lo sustentamos esencialmente en aplicación del principio de legalidad, pues el tipo penal regulado en el Art. 170 -Violación Sexual- respecto del elemento comisivo grave amenaza no se delimita su ámbito de ataque. Así, usando de ejemplo al delito de Robo -Art. 188 del CP-, donde taxativamente se regula que la amenaza contra el sujeto pasivo, debe “conllevar un peligro inminente para la vida o integridad física”, de modo que si fuese una amenaza fuera de estos ámbitos perjudiciales de la víctima no cabría hablar del delito robo; tal cuestión legal no es propia pues del delito contra la libertad sexual (Violación sexual y Actos contra el pudor en menores de catorce años). Por ello no nos mostramos como partidarios del Criterio Mixto o Ecléctico desarrollado por la doctrina.

Más bien, entendemos a lo “grave” de la amenaza típica del delito de Violación Sexual, sin limitación de bienes jurídicos -aun cuando lo

parezca ello no es contradictorio-. Pues no solo pueden ser graves los peligros para la vida, la salud o la libertad, sino también el que puede afectar al honor, a la propiedad, etc. Cualquiera de estos otros bienes jurídicos puede ser afectado de modo grave o de modo leve; así, no será lo mismo amenazar a una mujer toxicómana o adicta al tabaco con hurtarle sus cigarrillos del día sino accede a un contacto sexual de felación (que sea un sujeto adicto al tabaco no lo convierte en inimputable y menos que tenga o sufra una grave alteración de la consciencia), que amenazar con el mismo hurto de cigarrillos a un sujeto normal. De igual manera, sería grave la amenaza de destruir la cosecha, único bien vital que permite el sustento de la viuda con hijos sino accede a una relación sexual (aquí la destrucción de la cosecha debe ser inminente a la percepción del que analiza el hecho –el juzgador-, caso contrario de no mostrarse lo inminente no cabría hablar de grave amenaza). Nótese pues, que en ambas situaciones (considerados o no como casos límite) las amenazas serán “graves” según el estado personal en que se encuentren las víctimas, en tanto que serán amenazas leves para el ciudadano normal el perder los cigarrillos y en su caso el sujeto que cuenta con basto patrimonio, no le importará perder una cosecha, pues no se pone en peligro su subsistencia como es en el caso de la mujer viuda con hijos; corriendo la misma suerte las amenazas de despojar -usurpar- a la propietaria de su bien inmueble sino no consciente mantener una noche de relaciones carnales, donde la vivienda se muestra como único bien de resguardo seguro. No debemos olvidar que lo grave de la amenaza también puede ir dirigido a un tercer sujeto con vínculos estrechos a la propia víctima sexual.

Ahora bien, retomando el caso de la mujer que es amenazada con dejarla en medio de la espesura de la selva sino permite que la accedan sexualmente; es loable admitir que se está frente a una “grave” amenaza, no importando si la víctima conoce o no el territorio, y si bien el daño no le corresponde a la gobernabilidad del que amenaza o de un tercero conducido por el amenazador, sigue siendo típica del delito de

violación sexual el anunciar -amenazar- con “dejarla en medio de la nada”. Si bien en este caso la amenaza se reduce a dichos términos, no dejan de estar presente la seriedad de la amenaza, la promesa de daño, el inminente peligro, y la verosimilitud del mismo; pues es lógico razonar que la víctima sola en un lugar descampado, abandonada a su suerte, puede correr cientos de peligros potenciales, desde ser asaltada o sufrir un acto de violación sexual por un tercero, así como ser secuestrada, o ser víctima y presa de algún animal peligroso; en definitiva corre peligro potencial su vida e integridad física y otros bienes jurídicos, peligros todos que se reducen o desaparecen si no es separada de su acompañante -por ello, el daño que sufriese la víctima al ser abandonada, se corresponde en términos de paridad a un daño gobernable por quien la amenazó-.

La gravedad del mal pues no solo se deriva del requerimiento expreso de la norma prohibida –Art. 170-, sino también de que un sujeto no puede hallarse amenazado –violentado-, y nadie es violentado por la amenaza de un mal ínfimo. Y justamente para considerar que es y que no es “ínfimo”, no planteamos que la “gravedad” de la amenaza sea entendida en puridad desde un criterio subjetivo, objetivo o mixto. Sino que el hecho en concreto, sea analizado desde fuera por parte de un tercer sujeto ajeno al hecho, quien es el juzgador penal o en su caso el fiscal penal, teniendo en cuenta los aportes de cada uno de los intervinientes en el caso –del que amenaza y el amenazado / sujeto activo y sujeto pasivo-. Criterio último que permite establecer con seguridad, la interpretación de la amenaza típica, cual será fundamentado en los siguientes puntos de este estudio.

- f. **Verosimilitud:** Se ha señalado que la seriedad de la amenaza se refiere a su existencia como tal (a que sea “verdadera”, desde el punto de vista de quien la profiere), la verosimilitud, en cambio, lo hace respecto del mal con que se amenaza.

Verosímil es aquello que ofrece apariencia de cierto, de modo que el análisis ha de realizarse con criterio objetivo. Que sea verosímil la

amenaza importa que, en el caso concreto cualquier tercero situado en la posición de la víctima pueda dar por cierta la realización del mal amenazado o que el mismo haya sido altamente susceptible de cumplirse, de no acceder al acceso carnal conminado por la amenaza; así al existir objetivamente podrá genera una acción y un efecto, en este caso serán el temor fundador en la psiquis de la víctima que la llevará a actuar sexualmente del modo deseado por el que la amenaza, ello con relación a la lesión que se causará en un determinado objeto de protección relevante para la víctima.

Una vez más, el tercero observador tendrá en especial cuenta las circunstancias que rodearon el hecho desarrollado y el aporte de cada sujeto, de modo que pueda concluirse si ese mal se llegó a presentar para el ofendido como algo altamente susceptible de cumplirse. Y es inverosímil, lo imposible, como es el caso de amenazar a alguien con detonar en la ciudad (Huancayo) un aparato nuclear o con matar "por control remoto" a un ser querido de la víctima, etc., o cuando la víctima está adecuadamente protegida.

- g. Lo Inminente del mal:** "Inminente" implica algo que sucederá pronto, así con la amenaza se crea un estado de peligro para los distintos bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad personal o sexual, honor, etc.) sea del sujeto amenazado o de un tercero cercano a ésta (considero que el peligro siempre tiene que ser concreto). Por ende, el mal será un acontecimiento futuro -futuro pero no tan distanciado en el tiempo-, es decir que a su respecto siempre tendrá lugar cierta duda, puesto que nunca puede tenerse una certeza absoluta acerca de un hecho futuro. No se exige una certeza sobrehumana ni tampoco el máximo de certeza humano, sino una alta probabilidad, que es suficiente para la inminencia; y en definitiva cuando cualquiera en el lugar del sujeto amenazado así lo comprendería.

Consideramos que dentro de lo inminente del mal, se encuentra el elemento "inmediato" del mal; tal como hemos señalado, lo inminente hace referencia a un peligro futuro, pero no tan extendido en el tiempo,

pues es un futuro muy próximo o cercano y por eso debe afirmarse la inmediatez del mal; contrario sensu si el mal amenazado por más grave que fuese, está dirigido a ejecutarse en el futuro (Ejemplo: Amenazar con matar al hermano menor quien encontrándose de viaje regresará en dos días) –desapareciendo así lo inminente-, no se estaría frente a la amenaza requerida por el tipo de violación sexual, en tanto que si podría hablarse del delito de Coacción regulado en el Art. 151 del CP, no debe olvidarse que en el delito de Coacción no se requiere gravedad ni inmediatez de la amenaza del que se vale el sujeto activo, siendo esas características importante las que dan relieve a la amenaza del delito de violación sexual, (Art. 151 del Código Penal Peruano: El que, mediante “amenaza” o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.) de ahí que consideráramos plausible hablar de un peligro concreto creado por la amenaza encaminada a conseguir el acto sexual de que se trate.

**h. El Engaño Intimidatorio como conducta típica de grave amenaza:**

Acorde con nuestro código punitivo, la tentativa inidónea no es punible, puesto que nunca habría consumación cuando el autor emplea un medio de absoluta impropiedad para lesionar el bien jurídico.

Imagínese el supuestos donde un comunero que posee un arma que le fue entregado por el estado en los año 80´ para la defensa de la comunidad contra ataques terroristas, ahora treinta años después la misma sea obsoleta internamente e inapropiado para su uso y la utilice para amenazar con causarle la muerte a una mujer de su comunidad si esta no accede a una práctica sexual; o se amenace con disparar el arma que a simple vista pareciese real, pero que tan solo es un arma de fogueo, o de juguete; o que se le amenaza con lesionarla con un cuchillo, pero que la misma es una imitación para escenario teatral o utilería.

Como se puede ver, los medios -objetos físicos- existen y se usan los mismos para coaccionar la voluntad o el consentimiento del instrumento para que permita la acción sexual buscada por quien la amenaza con

causar un daño a sus bienes jurídicos; pero el dato del defecto en el funcionamiento, la falsedad, imitación e inidoneidad del medio empleado –pistola, cuchillo- para causar el mal es desconocido por la víctima. Entonces ¿cabe hablar de amenazas típicas del delito de violación sexual?

La solución a la interrogante se encuentra en los estudios realizados en el delito de robo, donde se realizan coacciones mediante amenazas lesivas a la integridad física, para que el amenazado se desprenda de sus bienes patrimoniales; no importando si el medio que emplea el sujeto activo es idóneo o no para el fin de lesionar el bien amenazado, en tanto que mediante el mismo medio intimidatorio, se doblega o evita la resistencia de la víctima de esa acción (amenaza de clavar, golpear, apuntando con ella, blandiéndola o mostrándola significativamente – Ejemplo: Abriéndose el saco-, levantándose la chaqueta, haciendo el ademán propio de extraerlas.); así pues el dolo consiste precisamente en el empleo de algo que sea arma también para él, de tal forma que el robo cometido con un cuchillo de papel, es robo, porque media intimidación. (D. A'lessio, Andrés José. "Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial (artículos 79 a 306). Buenos Aires: Editorial La Ley; 2004. pp. 410-412. La doctrina peruana es unánime cuando considera típica de robo, las logradas por medio de armas de juguete o una cachiporra de plástico, pero que la misma no podría ser figura agravada y ello teniéndose en cuenta la no peligrosidad del agente, en ese sentido se expresan Bramont Arias, García Cantizano, Peña Cabrera, Villa Stein. Sin embargo en la Jurisprudencia nacional no se toma en cuenta la potencial agresividad del agente, sino por el contrario, se toma en cuenta el estado anímico de la víctima al momento que el agente actúa portando o haciendo uso del arma aparente y en cuyo caso ha de ser agravante del Robo. Por su parte Rojas Vargas considera que será agravante cuando a pesar de ser un arma inofensivo se puede utilizar también para poner en igual peligro a la vida, integridad física o salud, de no ser así se estará en el robo simple. Para Salinas Siccha siempre se aplica la figura agravante, atendiendo al efecto intimidatorio del arma y la finalidad que busca el agente. Véase en: Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010. pp. 1121-ss. Aun en el ámbito nacional no se habla de un engaño intimidatorio.)



En el mismo sentido, BASCUÑAN RODRIGUEZ reconoce jurisprudencialmente que, el carácter de arma de fogueo del objeto empleado por el reo para amenazar no le quita el carácter de medio idóneo para coaccionar la voluntad, y por ende, para obtener la apropiación de cosas ajenas sin el consentimiento de su poseedor. (Bascuñán Rodríguez, Antonio. "El Robo como Coacción". REJ – Revista de Estudios de la Justicia, Nº 1, Año 2002. p. 110.)

Un punto importante es que, si bien se admite que el asalto que se logra mediante la amenaza de daño con un medio caracterizado por su absoluta impropiedad –pistola de juguete o cuchillo de papel- es "Robo" y por consiguiente un acto imputable y punible, el mismo dice ANDRES D'LESSIO, no es robo agravado. (D. A'lessio, Andrés José. "Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial (artículos 79 a 306). Buenos Aires: Editorial La Ley; 2004. p. 413.)

Bajo tal apreciación doctrinaria de los medios empleados caracterizados por su absoluta impropiedad en el delito de robo, si eficacia no se admite con respecto al daño del bien, sino el efecto de coacción significativo que genera en cualquier sujeto que desconoce dicha impropiedad; pues desde la perspectiva de cualquiera se está ante un riesgo no permitido que bien puede generar un daño a los intereses de uno.

Entonces el "engaño intimidatorio" propio del delito de robo, bien puede y debe de ser aplicado al delito que aquí interesa, de Violación Sexual, donde por medio del uso de un objeto inapropiado también se puede infundir un temor en el sujeto pasivo, coaccionando y determinando en él una instrumentalización a razón de verse coartada su salida, el esquivar, la barrera y defensa del que pueda valerse; y en consecuencia acceder a la petición sexual, convirtiéndose en víctima. Solo en la medida que la víctima desconozca la carencia de eficacia del medio empleado –pistola, cuchillo o piedra u otros objetos-, pero que exista una apreciación -en el contexto de que se trate el caso concreto- de que el mismo crea un peligro e inseguridad para su bien jurídico –el bien puesto en amenaza-, la acción intimidatoria ha de ser comprendida como una "grave amenaza", pues la coacción ha sido lograda por medio

el “engaño intimidatorio”. (Partidarios de la aplicación del engaño intimidatorio en casos Violación Sexual son los autores Chilenos POLITOFF L. SERGIO; MATUS A. JEAN PIERRE Y RAMÍREZ G. MARÍA CECILIA, haciendo uso también del caso de la pistola de juguete. Politoff L. Sergio; Matus A. Jean Pierre y Ramírez G. María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial”. 2da Edición, Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2007. p. 254.)

No debe olvidarse que la forma de punición del Robo, donde el sujeto activo que ha actuado amenazando a otro con un objeto físico de absoluta impropiedad, no puede ser típica del robo agravado sino tan solo del tipo base; por consiguiente si bien el Art. 170, inciso 1 del C.P., regula como agravante que: “*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años, si la violación se realiza a mano armada.*”; el acceso carnal consumado ha de ser imputado a título de dolo pero bajo el marco punitivo del tipo base –Art. 170-, y no de la agravante, ello en atención de que mediante un arma de foguero, de juguete o de utilería objetivamente en comparación de uno verdadero e idóneo para causar un daño, no genera un peligro personal real y concreto corrido por el sujeto pasivo –no tiene idoneidad para hacer correr peligro a la persona-, aun a costa del miedo infundido y del peligro que desde la perspectiva de la víctima coartada si existía.

(Cita D.A'LESSIO Jurisprudencias de su país Argentina que fundamenta la punición del robo con armas falsas: “La aptitud intimidante que posee un arma es el fundamento de la figura agravada,... con independencia de la efectiva capacidad vulnerante que se acredite en relación con ese elemento y no puede negarse el carácter de arma, so pretexto de una inidoneidad funcional, al objeto que ha servido para alcanzar la finalidad de la acción delictual”. “Lo relevante no es el poder ofensivo real del arma, sino el efecto intimidatorio concreto que conlleva su utilización”. D. A'lessio, Andrés José. “Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial (artículos 79 a 306). Buenos Aires: Editorial La Ley; 2004. p. 421.)

La aplicación del engaño intimidatorio resuelta aquí en nada afecta a los principios del derecho penal de legalidad o taxatividad, la determinación típica como grave amenaza sigue siendo desde una perspectiva alejada de los criterios subjetivos, objetivos y mixtos. E incluso dentro del marco de los llamados “engaños intimidatorios” podrían admitirse los casos de

amenazas mediante prácticas de brujería o hechicería y otros de similar apreciación. Lo señalado en este párrafo será tratado más adelante de forma amplia.

### **2.3.11.2. Conceptuando la Grave Amenaza:**

Debemos concluir esta parte, después del análisis dogmático que encierra la grave amenaza, conceptualizarlo como: un medio consistente en el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta, y que utiliza el agente para coaccionar mediante el poder gobernable del daño la voluntad de la víctima y obligarla a practicar o dejarse practicar cualquier acto sexual ilícito o análogo. El mal grave debe ser determinado, injusto, serio, inminente y verosímil.

Si bien se está frente a un concepto amplio, el mismo se ha delimitado a fin de que pueda comprenderse en su más amplio y completo sentido jurídico y axiológico, al menos para fines académicos, que al momento de llevar a la práctica judicial debe de tenerse en cuenta.

Hasta aquí se ha cumplido con delimitar la estructura de la amenaza en el delito de violación sexual, para efectos de tipicidad en cuanto a dicha modalidad delictiva, donde de lograrse el acceso carnal ilícito de que se trate, se estaría ante un delito consumado.

### **2.3.11.3. Análisis Del Criterio “B”:**

Claramente en este pronunciamiento judicial se señala a la intimidación como “medio comisivo alternativo” y la describe como pieza primordial de un delito sexual en la legislación española. Nótese que se toma a la intimidación como medio empleado por parte del sujeto activo, y que la misma al ser tomado como “alternativo” si es que no ha elegido el agresor usar una amenaza, es pasible de considerar típico su conducta para efectos punibles, lo que se explica por considerársele como el medio empleado alternativo pero “no regulado por el tipo penal”.

La no regulación de la intimidación como medio comisivo en el tipo penal, no puede ser admitido como una modalidad “típica”, si taxativa y

legislativamente el legislador penal no ha tenido en cuenta a dicho comportamiento para regularlo dentro del alcance del tipo penal de violación sexual; dicha apreciación de aplicación alternativa del medio comisivo grave amenaza, genera pues una excesiva interpretación *in malam partem* en cuanto a punición de conductas. Aun cuando la doctrina penal se ha encargado como ya se visto, de tomar en la mayoría de los casos como sinónimos a la intimidación y la amenaza, es a través de este Recurso de Nulidad que se esclarece la distinción entre una y otra, y que el acto prohibido base son la violencia y la grave amenaza, salvo la “alternatividad de la intimidación como conducta punible”; por ello cuando hablamos de amenaza no nos referimos a la intimidación, aunque si se puede llegar a esta última mediante la amenaza; pues intimidar es generar miedo, pero se puede intimidar a través de otros actos que no necesariamente consistan en amenazas. Por ello consideramos arbitraria la aplicación de la intimidación como medio alternativo típico del delito de violación sexual arribada por la Corte Suprema al negar el programa penal-constitucional de nuestro estado democrático de derecho. (Paucar Castellanos, Miguel Ángel. “Derecho Penal Constitucional – El derecho penal y su concordancia con la constitución”. El programa constitucional está formado por valores superiores que determinan la orientación político criminal del poder punitivo del estado, así como principios constitucionales que a su vez configuran los contenidos materiales que se han de tener en cuenta al momento de configurar prohibiciones y mandatos penales y al momento de su aplicación en la instancia judicial. El legislador penal ha de prestar observancia y cumplimiento de los principios constitucionales y disposiciones constitucionales que conforman el Derecho Penal Constitucional, principios constitucionales como: el principio de legalidad penal (Art. 2, numeral 24, literal d), principio de igualdad ante la ley (Art. 2, numeral 2), principio de culpabilidad (Art. Contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho, así como en el principio de dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad); principio de proporcionalidad (Art, 200, numeral 6), principio de inaplicabilidad por analogía (Ar. 139, numeral 9) y culpabilidad. En: “Boletín Peruano de Derecho Constitucional”, N° 4. Huancayo; 2013. pp. 111-112.)

### **2.3.12. LA TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA COMO MODELO DE INTERPRETACION DE LA GRAVE AMENAZA:**

Primigeniamente se ha contado con la idea solo de estudiar en esta investigación la estructura de la grave amenaza, sin embargo al toparnos con los comentarios recientes, hechos por FRANCISCO MUÑOZ CONDE respecto de la amenaza típica en el delito de violación sexual (del Código Penal Español), ha agudizado el entendimiento básico de interpretar a dicho elemento normativo social desde la imputación objetiva, a pesar de que dicho jurista es partidario de criterios subjetivos, textualmente el mismo ha referido que "...la gravedad de la intimidación y su suficiencia,... es un problema de causalidad suficiente entre la acción y el resultado que debe ser resuelto con los criterios generales de la causalidad y la imputación objetiva, trasladados a las relaciones interpersonales". (Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal Parte Especial". 18ava Ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2010. p. 224.)

#### **2.3.12.1. El Estado Social y Democrático de Derecho y el Principio De Imputación:**

La imputación mínima o necesaria (Mendoza Ayma, Francisco Celis. "Imputación concreta, aproximación razonable a la verdad". La imputación necesaria o concreta, es el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal. En: Revista Oficial del Poder Judicial. Año 4-5, N° 6 y N.° 7 / 2010-2011 pp. 82-83.) y los medios para su protección en el nuevo sistema procesal penal –Código Procesal Penal del 2004-, no es un tema que la doctrina nacional la haya desarrollado suficientemente, por ello existen jurisprudencias emitidas por parte de nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, que resaltan la importancia de la misma, en orden a garantizar el derecho de defensa y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, así como de las disposiciones y requerimientos fiscales, ello en cuanto a la actuación procesal.

Imputar el delito en su totalidad significa "culpar" a alguien como a su autor (si imputar es atribuir algo a alguien, cuando lo que se imputa es

algo, ética o jurídicamente disvalioso; imputar es culpar de ello). En materia penal son tres los niveles de imputación (objetiva, subjetiva y personal) las que constituyen exigencias del principio de culpabilidad, entendido en el sentido amplio que permite y aconseja este término para servir de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición general de castigar a un inocente (no culpable) en un Estado Social y Democrático de Derecho respetuoso de la dignidad humana.

El presente trabajo de investigación, siguiendo los fines u objetivos perseguidos, solo se encargará de analizar el primer nivel de imputación - la objetiva-, el cual, en el marco de las garantías de un Estado social y democrático de derecho, busca afirmar el disvalor intersubjetivo de la conducta y el disvalor del resultado del tipo objetivo.

### **2.3.12.2. Importancia De La Imputación Objetiva y los Aportes Conductuales:**

Acorde con el fundamento N° 20 del acuerdo Plenario 01-2011, referido a la prueba en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se insinúa altamente a los operadores jurídicos estudiar, analizar, comprender e interpretar a la grave amenaza del delito de Violación Sexual desde el Derecho Civil, específicamente de las normas que regulan la anulación del acto jurídico mediante intimidación.

Sin otorgar desméritos a los especialistas que estudiaron el delito de violación sexual, cabe señalar que los doctrinarios han tendido a interpretar un proceso coactivo, y en específico de las amenazas, desde la perspectiva de algún sujeto interviniente en el suceso (sujeto activo/sujeto pasivo y sus circunstancias personales), mientras que otros prefieren o suman a esa perspectiva personal de los sujetos, la situación envolvente o circunstancias que rodean al hecho en concreto (lugar, tiempo, etc.). Situación de apreciación, calificación e interpretación jurídica que el presente investigador no comparte, más podríamos considerar a dichas perspectivas de análisis como erróneo, ello en la medida que no se realiza un análisis desde una posición concreta, pues en el caso concreto bien se tornaría

relevante la perspectiva del sujeto activo o del sujeto pasivo o incluso las circunstancias externas a estos sujetos por parte de los operadores jurídico, sin determinar un estándar jurídico a tenerse en cuenta siempre ante casos de violación sexual; lo que intento decir, es que no hay una sola perspectiva de analizar un caso concreto, sino varias, las mismas que sirven al juzgador para resolver el problema de la interpretación –desde los sujetos intervinientes hasta las circunstancias externas al hecho- de la grave amenaza, no posicionándose en una sola perspectiva a tener en cuenta para el resto de casos concretos.

Al menos el legislador civil ha delimitado la estructura (Art. 215 del C.C.) y el campo de interpretación de la intimidación (Art. 216 del C.C.) como medio de coacción con respecto a la anulación del acto jurídico; sin embargo esa delimitación no es propia del Derecho Penal con respecto a los delitos sexuales, por ello alejándonos de lo arribado en el Acuerdo Plenario N° 01-2011, consideramos más bien, que el análisis de un hecho mediado por la grave amenaza, debe corresponderse ya no a la perspectiva de los sujetos intervinientes o de las circunstancias externas al hecho, sino más bien por la perspectiva que ha de tener un tercer sujeto ajeno al hecho, el Juez penal –o todo operador del derecho-. Consecuentemente sostenemos aquí, que los delitos y en específico el delito de violación sexual deben de ser interpretados desde instituciones propias del derecho penal, en este caso, desde la institución dogmática denominada como la “Imputación Objetiva”.

Ya hemos hecho la atingencia, de que el legislador penal ha hecho muy bien en regular los elementos normativos de violencia y grave amenaza en el delito de Violación Sexual; pero no basta con que este bien redactado el tipo con respecto a sus medios de comisión, si su interpretación es ambigua o no se corresponde a una interpretación propio del sistema penal -dogmático-, dicha interpretación debe ser entendida a cabalidad, y esto se logra solo cuando la dogmática jurídico-penal se encarga de sistematizar el estudio para una correcta aplicación con respeto

propio al principio de legalidad, pues para comprender el sentido de ley no basta solo la propia existencia del derecho positivo.

La grave amenaza, ha sido desarrollado doctrinariamente bajo puntos subjetivos, objetivos y mixtos; actualmente la mayoría doctrinaria penal se inclina a interpretar la grave amenaza desde un plano o criterio subjetivo, o como lo hace propiamente el legislador civil a través del Art. 216 del Código Civil, del que la Corte Suprema es partidaria -Acuerdo Plenario 1-2011-. Como medio de coacción la grave amenaza se constituye en un proceso, donde intervienen varios sujetos, al menos dos –el que amenaza y el amenazado-.

Luego en ese proceso intersubjetivo, cada uno de esos intervinientes realiza determinados “aportes conductuales”, a través de los cuales se llega a concretar la pretensión ilícita buscada a instancia del que amenaza (primer aporte conductual), que es logro de un acto sexual prohibido - acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías-, en tanto que la víctima forma parte de esta relación al permitir la práctica sexual (segundo aporte conductual) de que se trate por evitar la concreción del mal anunciado –sea en su perjuicio o en el de un tercero-.

Entonces, al admitir la existencia de “aportes de conductas” tanto por el sujeto activo como del sujeto pasivo y que las mismas contribuciones logran formar la estructura de la grave amenaza; ésta se puede interpretar válidamente a través del análisis de la Imputación Objetiva. (Benavente Chorres, Hesbert. “La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Imputación significa, por un lado, atribución de un hecho a un hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así era entendido el término Zurechnung (o imputación) en autores como Kant, Feuerbach o Berner, por no ir más atrás,.. Pero en el último siglo el término “imputación” se ha utilizado mucho más –precisamente en el marco de la doctrina de la imputación objetiva- para aludir a la pregunta sobre el contenido de sentido concreto que tiene aquello que previamente se ha imputado, al menos en cierta medida, a la libertad. Barcelona: J.M. Bosh Editor; 2011. p. 179.)



La imputación objetiva no solo incide en la atribución de resultados a una conducta, sino que la imputación objetiva afecta además a la imputación de riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación. La Imputación objetiva se centra en las valoraciones que se realiza al obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad. (Benavente Chorrés, Hesbert. "La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio". Ob. cit. p. 180.)

Jakobs responde a su pregunta de ¿Cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un injusto sea propio?, a ello asume que un movimiento corporal que conduce a un resultado, solo es por sí mismo un dato naturalista; pero si a ese injusto se concibe como expresión de sentido –defraudación a la norma- de una persona competente, este dato adquiere significado social, pero, a su vez, y por tanto deberá ser comprendida como el destinatario de la imputación. Entonces aquellas personas que se hayan organizado de tal forma, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas, será propiamente el destinatario de la imputación; pues la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que el mismo perseguía, en tanto que ello no se aleja ni se deja de lado al quebrantamiento de rol que siempre tiene objetivamente sentido. (Jakobs, Gunther. "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal". Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. pp. 78-79. CANCIO MELIA citando a JESHECK, señala que en el marco de la imputación objetiva, solo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente pohibida del objeto de acción proegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico; como se ve, esta concepción del fin perseguido por la Imputación Objetiva para efectos académico es más comprensiva, pero la misma no se aleja de la concepción dada por Jakobs. Véase en: Cancio Meliá, Manuel. "Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal". 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. p. 55. FELIPE VILLAVICENCIO, refiere que la imputación objetiva requiere comprobar primero, si la acción ha creado un peligro jurídicamente, y segundo si el resultado es producto del mismo peligro. Véase en: Villavicencio Terreros, Felipe. "La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana". En: "Imputación Objetiva". Raúl Pariona Arana y Francisco

R. Heydegger (coordinadores). Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 32. Para HESBERT BENAVENTE, el proceso de imputación es sobresaliente en las siguientes situaciones y claro está, son en estas donde se desarrollan criterios objetivo-valorativos: 1.- La imputación del comportamiento (creación de un riesgo prohibido); esta determina que un comportamiento lesivo puede imputarse al sujeto como, infracción de su rol general de ciudadano, o bien de roles especiales o competencias institucionales. Como ambas clase de roles deben, formar parte del contenido tipo penal a encuadrar la conducta del agente, es que, los mismos determinan una modalidad de delitos; así el primer tipo de rol configura los denominados delitos de dominio o competencia por organización; en cambio el segundo tipo de rol determina a los denominados delitos de infracción de un deber o competencia por institución. Y; 2.- La imputación objetiva del resultado (realización del riesgo); El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la existencia previa de una imputación de comportamiento; luego para que exista consumación, se requiere la existencia de una relación objetiva entre ambos. En ese sentido para poder imputar objetivamente a una persona un resultado, este debe poder explicarse mediante un comportamiento prohibido,... sin embargo los problemas de la imputación objetiva del resultado se presentan cuando éste puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos. Ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida. Véase en: En: Benavente Chorres, Hesbert. "La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio". Ob. cit. pp. 180-ss.)

En el marco de la imputación objetiva –del comportamiento-, se imputa las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol –rol general de ciudadano-. (Jakobs, Gunther. "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal". Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 21.) Sin la imputación objetiva –como material interpretativo- lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista y que no han adquirido un significado social; entonces la imputación objetiva convierte el suceso en algo comunicativamente relevante comprensible. (Jakobs, Gunther. "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal". Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 24.) De ahí que Jakobs conceptúe a la "acción penal" en sentido general, como aquello que es objetivamente imputable.

No todo es asunto de todos (en Jakobs), esto equivale a decir que, no todo causante del hecho realiza el tipo. (Cancio Meliá, Manuel. "Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal". 2da Ed. Universidad Externado de Colombia.

Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. p. 55.) VÁSQUEZ SHIKARA considera que la teoría de la imputación objetiva es un esquema de interpretación que tiene como finalidad el reparto de responsabilidad, la delimitación de ámbitos de responsabilidad. (Vásquez Shimajuko, Shikara. "La Normativización del Tipo y los Modelos de Imputación Objetiva". En: "Derecho Penal y Procesal Penal". Benito Atencio V. (Director). Lima: Editorial Grijley. 2014. p. 125.) GARCIA CAVERO expresa que, en la actualidad la teoría de la imputación objetiva es un instrumento conceptual que sirve para determinar la tipicidad objetiva en los delitos. (García Caveró, Percy. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 324.) Así, para violar — sexualmente— es preciso no solo acceder carnalmente a la víctima, sino que ese acceso carnal pueda imputarse objetivamente al sujeto como su autor, esto es, como hecho suyo, como perteneciente a él. (Existen otros sistemas de Imputación Objetiva, como el "Modelo de Wolfgang Frish": Considera este autor, que conviene distinguir entre el juicio objetivo y normativo de desaprobación de la conducta, por un lado, y la imputación del resultado a la conducta desaprobada, por el otro. Sólo en este segundo ámbito podría hablarse en sentido estricto de imputación objetiva. Frisch emprende una separación entre conducta típica e imputación del resultado, según esto, determinar si el autor ha creado un riesgo desaprobado y hasta donde llega el alcance del tipo no es una cuestión de la imputación del resultado, sino de la conducta típica, mientras que a la teoría de la imputación pertenece únicamente el nexo causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado. Véase en: Roxin, Claus. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito". Tomo I. Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas; 1997. p. 365. "Modelo de Joachim Hruschka": La estructura de imputación como medio de análisis debe partir de la diferenciación existente entre imputación ordinaria y extraordinaria; y entre cuatro motivos distintos que excluyen la imputación. Esta distinción encuentra sus raíces en la Edad Media, y es visible en las obras de Santo Tomás de Aquino y de Samuel Pufendorf. La aplicación de la ley a un hecho puede dar lugar a alguno de estos tres resultados: puede mostrar que la persona a cuyo hecho se aplica la ley: 1) ha obrado conforme a la ley; o 2) ha infringido las leyes; o 3) ha llevado a cabo más de lo que la ley requiere, es decir, ha obrado de manera supererogatoria. Véase en: Donna, Edgardo Alberto. "Teoría del delito y de la pena - Imputación Objetiva". Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea; 1995. p. 183. "Modelo de Gimbernat Ordeig": Desarrolla la teoría de la reprochabilidad objetiva, según la cual sólo es antijurídica lo que el hombre medio, conforme al criterio de un hombre normal, habría podido prever, entendiéndose que las acciones peligrosas realizadas observando las normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico. Y no pueden ser antijurídicas, porque la

antijuridicidad se decide tomando como criterio al hombre prudente (ideal), y lo que precisamente hace este hombre prudente (por eso lo es) cuando ejecuta una acción peligrosa, es seguir las normas de diligencia. Por eso, si éstas son observadas, no habrá antijuridicidad, aunque se condicione un resultado típico. De la misma forma desarrolla una teoría del delito en base a “la norma penal es fundamentalmente una norma de motivación”; de esta forma el tipo se define en atención a su función, función motivadora que determina su propio ámbito conceptual: “En él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar”. Véase en: Benavente Chorres, Hesbert. “La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Barcelona: J.M. Bosh Editor; 2011. p. 155. “Modelo de Reyes Alvarado”: El contenido de una conducta injusta es labor de una teoría de la imputación objetiva, mientras que el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación subjetiva. Con esta concepción valorativa de la teoría del delito, este autor no concibe al dolo como parte del injusto sino que debe ser tratado dentro del ámbito de la culpabilidad, modificando con ello expresamente la concepción sobre el lugar sistemático del dolo. Véase en: Reyes Alvarado, Yesid. “Imputación Objetiva”. 2da. Ed. Bogotá, Colombia: Temis, 1996. p. 5. “Modelo de Sancinetti”: Existe un concepto unitario de ilícito propio de la teoría de la imputación objetiva: todo ilícito es siempre la creación de un riesgo reprobado. Pero no es verdad que los riesgos imputables sean objetivamente iguales en el delito doloso y en el imprudente. En efecto, para el jurista argentino, la distinción entre dolo e imprudencia ocurre ya en el tipo objetivo, no depende de un dato especial del tipo subjetivo. Subjetivamente, sólo hace falta la representación del riesgo, pero del riesgo característico del tipo. En el caso del tipo doloso hace falta que el suceso pueda ser descrito objetivamente como molde apto para perseguir el resultado, aunque de hecho el autor asuma el riesgo de mala gana, es decir, sin intención. Mientras que si el molde objetivo del riesgo no es tan correcto como para esa descripción, pero todavía es suficiente para considerar objetivamente razonable planificar la evitación de ese riesgo, entonces, ese riesgo, en tanto el autor haya conocido el síndrome que lo configuraba, será suficiente para la imprudencia; pero sólo para la imprudencia. El riesgo será insuficiente para el dolo, aunque el autor actúe “a propósito”. Véase en: Sancinetti, Marcelo. “Observaciones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva”. Teorías actuales en el derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc; 1998. p. 194. “Modelo de Bustos Ramírez”: La imputación objetiva es una relación valorativa entre una afección al bien jurídico y la situación típica. Y al ser el bien jurídico la base de sustentación del injusto, su afección denota una característica de la antijuridicidad, entonces si la imputación objetiva pretende establecer una relación desde el fin de protección, esto es, el bien jurídico, entre la afección a él y la situación típica, necesariamente ha de pertenecer también a la antijuridicidad. Véase en: Bustos Ramírez, Juan. “La Imputación Objetiva”. Teorías actuales en el derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-

Hoc; 1998. p. 212. Ahora bien, si existen Teorías Funcionalistas como las de Roxin y de Jakobs que explican la Imputación Objetiva, es factible admitir que al existir Teorías del Delito como la “Tesis Realista de Antolisei”, “Teoría de Gómez Benítez”, también se puedan desarrollar criterios ajenos a los ya descritos, de la imputación objetiva. Para más amplitud de las Teorías del Delito, Véase: Benavente Chorres, Hesbert. “La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Ob. cit. pp. 135 ss.)

El planteamiento general antes referido es trasladado a un sistema de delito practicable a través de cuatro instituciones dogmáticas que describen determinados límites a los roles, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo, aunque se haya causado de forma evitable; otros llaman a los mismos filtros objetivos en la teoría del tipo, entre estos se encuentran el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima –actuación a propio riesgo-; desde luego no se requiere que todas estas instituciones tomen lugar en el análisis del caso concreto. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. pp. 100-ss. JAKOBS expresamente refiriéndose al estudio de la conducta de la víctima, señala como una institución de la imputación objetiva a la “actuación a propio riesgo”, pero suele hablar también de la llama “competencia de la víctima”. Véase en: Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 40.)

Así, al realizar un estudio de Imputación del caso objetivamente, permite la existencia de un tercero ajeno del hecho, que estudia las conductas aportadas por los intervinientes del proceso causal generado por la amenaza. Así este sistema de interpretación, permite reflexionar, deducir y concluir al tercero ajeno del hecho, que es lo que se puede imputar a cada uno de los intervinientes –como mínimo sujetos activo y pasivo-, como consecuencia de su contribución conductual realizada en el hecho concreto, para hacer posible el proceso intersubjetivo –véase el Gráfico de Kale-.

Se pone en consideración relevante pues, que solo a través de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad penal, como institución dogmática propia del Derecho Penal, es que se logrará delinear una correcta interpretación de la grave amenaza típica de la Violación

Sexual – Art. 170 (posiblemente también de las amenazas contenidas en otros tipos penales); como consecuencia de ello, aquí nos alejamos de la interpretación que direcciona el Acuerdo Plenario N° 1-2011 a los operadores del derecho en cuanto a interpretar la grave amenaza desde el ámbito del derecho privado, como se ha referido ya, del estudio contenido acerca de la Anulación del Acto Jurídico mediante Intimidación. En definitiva, la imputación objetiva como herramienta nomológica nos permitirá atribuir al autor, como obra suya, la realización tanto de la conducta como del resultado.

Dentro y a través de la teoría general de la conducta, esto es la imputación objetiva, a fin de determinar la responsabilidad penal -tanto del comportamiento como del resultado-; se analizará a continuación los siguientes puntos de interés: 1. La autoría mediata y La imputación objetiva; y 2. El consentimiento y La Responsabilidad.

### **2.3.12.3. Hacia una ¿Autoría Mediata en el Artículo 170 del Código Penal?:**

Como ya se citara en el marco histórico del tema de interés, en la Roma Imperial la violación ocupaba un lugar importante en la vida sexual, se atropellaba sin vergüenza y se consideraba que el individuo forzado obtenía placer de ello; donde el modelo de la sexualidad romana era la relación del amo con sus subordinados (esposa, pajes, esclavos), es decir, el sometimiento. Por ello Binding señalaba que, probablemente uno de los primeros casos de lo que hoy se conoce con el nombre de autoría mediata se debió dar en la antigua roma, cuando el señor utilizaba a su esclavo para la comisión del delito el cual tenía un deber de obediencia. (Rodríguez Devesa, José María. "Derecho Penal Español, Parte General". Revisada por Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Editorial Dykinson; 1985. p. 800. El concepto de autor mediato se hallaba latente en el derecho romano, pues en el Digesto se regulaba el fin del aserto de que también quiere el que ha cometido el hecho por coacción, "*coactus volui*", así indican los comentaristas italianos, quienes construyeron un verdadero sistema del "*concursum delinquentium*"; así se reconocía en quien se valía de un inimputable, en quien compelia al que se hallaba en el trance de obedecer una orden, en quien

constreñía a otro por amenaza y en quien utilizaba a quien era víctima de error exculpante, a un “verdadero autor”. Álvaro Bunster – Bibliografía desconocida.)

Los alumnos de una academia premilitar, cuyo instructor busca que estos se internalicen con los valores de la carrera militar, en una de sus prácticas, los hace matar y comer a un perro, luego a las pocas horas los alumnos presentan un cuadro infeccioso, que los incapacita a su salud por determinada cantidad de días. Acá el instructor responderá por autoría mediata del delito de lesiones. También existirá de Juan, cuando éste con Lucho se encuentren en una pugna sentimental por María y el primero, se las ingenia para que mediante el juego de la ruleta rusa lucho se mate, lógico que será del delito de instigación. Será autor mediato de asesinato si A, logra que un enfermo mental se corte la yugular, desangre y muera, pero, si esto, mismo sucede con un joven de veinte años que tiene capacidad de discernimiento, habrá delito de instigación al suicidio y no asesinato.

Estos ejemplos son dados por JESHECK, (Jescheck, Hans Heinrich. “Tratado de Derecho Penal Parte General”. Vol. II. Traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A, 1981. p. 923.) al explicar cuando el instrumento actúa atípicamente, en estos casos el autor mediato ejerce un fuerte influjo sobre el instrumento, por ejemplo, cuando una persona se mata o se autolesiona asimismo. El mismo jurista nos explica, que el influjo debe ser análogo a un estado de necesidad. El “influjo” al que se hace referencia, es la influencia que tiene el autor mediato con respecto al instrumento. En realidad Jescheck no es el único jurista de su talla, que asimila la instrumentabilidad de un sujeto a los existentes en los estados de necesidad; Hanz Welzel también consideraba en la forma de autoría mediata donde el sujeto actúa sin libertad, a un “estado de necesidad por coacción”, donde el instrumento justamente actúa producto de la influencia, la que es similar al que actúa bajo un estado de necesidad, de ahí que se utilice el término “análogo”. Este último autor pone de ejemplo, al sujeto que obliga a una mujer embarazada, bajo amenazas graves a ingerir un abortivo, la mujer no actúa antijurídicamente, pues se la ha obligado a

actuar como el autor quiere. (Hans Welzel. "Derecho Penal Parte General". Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor; 1956. p. 107.)

Desde luego, las concepciones de la autoría mediata, dogmáticamente, respondían a la idea del dominio de la ejecución del tipo, con independencia de si el autor ejecuta o no por sí mismo el propio delito. Lo esencial de la autoría radica pues, más que en ejecutar el hecho en "dominar su ejecución" o "dominar el curso del acontecimiento típico". El autor mediato pues, no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho; así su autoría se funda en el dominio del hecho: objetivamente, tiene en las manos el curso del acontecimiento típico y, subjetivamente, conoce y quiere este dominio. Por ello, deben concurrir en él tanto los presupuestos objetivos como subjetivos del dominio del hecho. (Donna, Edgardo Alberto. "El concepto de Autoría y la Teoría de los Aparatos de poder de Roxin". En: "Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal". Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007. p. 255.) Por ello es que se admite la proposición de que la voluntad del instrumento se encuentra sometido al propósito del hombre de atrás.

Esta forma de concebir a la autoría mediata, desde la teoría del dominio del hecho, desarrollado profundamente por Claus Roxin, actualmente es aceptada en la doctrina mayoritaria e incluso en los juristas y tribunales de justicia peruanos –sobre todo en la línea de los aparatos organizados de poder-. (La expresión "autor detrás del autor" o "autor mediante otro autor", en la doctrina especializada se hace referencia a estas frases cuando se intenta establecer atribución de responsabilidades a título de autor conforme a una estructura vertical; cuales hacen referencia a la clase de autoría mediata en aparatos organizados de poder, siendo su fundamento la fungibilidad de los instrumentos. Esta clase de autoría es independiente de la forma de coacción y del error. Para una mayor dilucidación Véase: R.N. Nº 4104-2010. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente, de fecha 20/07/2012, que condena al Destacamento Militar de Inteligencia "Colina". En materia Penal-Constitucional, nuestro Tribunal Constitucional, ha señalado respecto del autor y partícipe lo siguiente: "... Es Autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el



resultado total le es atribuíble independientemente de la entidad materia de su intervención;... Es partícipe cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye debidamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar (contribuir) su ejecución”. Sentencia N° 1805-2005-HC/TC, Fundamento 35. Lima 29/04/2005. Vemos pues como base a la teoría del dominio del hecho en los fundamentos otorgados por este máximo tribunal de justicia; sin embargo debemos resaltar que la misma es contraria al principio de “autoresponsabilidad”, principio por el cual una persona responde penalmente por haber colaborado en el hecho de otro. El hecho en tanto, unidad desestabilizadora de la norma, les pertenece a todos los que resulten competentes, por haber brindado una razón para ello, un aporte que los vincula normativamente.)

Ahora bien, existen legislaciones penales como la peruana, cuales regulan la autoría mediata a través de una interpretación amplia del “instrumento”, al no ser regulado expresamente la forma en la que se puede desarrollar esta clase de autoría. (Código Penal Peruano: Artículo 23. El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible,...)

En la doctrina nacional, se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A esta última, los especialistas le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. Sin embargo, se acepta también la expresión “instrumento”, (Al respecto en la doctrina penal nacional: Reátegui Sánchez, James: “Manual de Derecho Penal Parte General”. Vol. II. Perú: Pacífico Editores, Actualidad Penal; 2012. p. 812. Villa Stein, Javier. “Derecho Penal Parte General”. 3ra Ed. Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 317. García Caveró, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 566. Parma, Carlos; Guevara Vásquez Iván. “Autoría y Participación”. Lima: Editorial Ideas; 2015. p. 154. Urquiza Olaechea, José. “El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su Recepción en el Código Penal peruano”. En: Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal. Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007. p. 581. Bramont Arias Torres, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. 2da Edición. Lima; Editorial Eddili; 2002. p. 405. Quiróz Salazar, William. “Lecciones de Derecho Penal Parte General”. Lima: Edición 2001. p. 298.) otros juristas cuestionan la terminología por ser equívoca a sus criterios, (Hurtado Pozo, José. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Tomo I. 3ra Edición. Lima: Editorial Grijley; 2005. pp. 864-865. y Villavicencio Terreros, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”. 1ra Edición. Lima: Editorial Grijley;

2006. p. 471.) Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces. (Así lo entiende pues nuestra Corte Suprema. Siguiendo la clasificación dada por Hans Welzel, ENRIQUE BACIGALUPO, señala que: La autoría mediata, a su vez, será de apreciar cuando el autor se sirve como herramienta de la acción de otro, es decir en los siguientes supuestos: utilización de un tercero que obra sin dolo, de un tercero que no obra libremente (coaccionado, sin voluntad -niños, enfermos mentales-), o en cumplimiento de una orden antijurídica obligatoria en el ámbito militar. Véase en: Bacigalupo, Enrique. "Dominio del hecho, Autoría Mediata y Derecho Penal Internacional". En: "Reflexiones sobre la Cuestión Criminal – Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano". Argentina: Lerner Editores; 2011. p. 49.)

La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita. En definitiva como dijera, PEREZ ALONSO, en esta clase de autoría, lo determinante es el proceso de instrumentalización al que se ve sometido el sujeto de delante. (Pérez Alonso, Esteban J. "La Regulación de la Autoría en el C.P. Peruano". En: "Teoría del Delito – Problemas Fundamentales". Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 351.)

Sin embargo, siguiendo los lineamientos de interpretación acogidos en la presente investigación, corresponde aquí desarrollar la autoría mediata en función del modelo dogmático funcionalista, la cual se ha optado en la presente tesis. (Como dijéramos antes, Jakobs a través de su desarrollo de la "figura central del suceso", concluye que la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; y que este en todo caso determinada la cantidad de una intervención delictiva. Así objetando a Claus Roxín, señala que el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría, ya que junto a este, está también el deber especial, los delitos de propia mano y los delitos de omisión, donde se cuestiona la construcción de un concepto unitario de autor con un dominio y un deber.)

Jakobs fundamenta la coautoría y la autoría mediata, bajo la cuestión de que la causación de un resultado puede ser atribuida a un sujeto dentro del ámbito de responsabilidad o competencia de éste –como elemento normativo-, ya que el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. (JAKOBS habla de la comisión por medio de otro –autoría mediata-, teniendo en cuenta el superior dominio de la decisión; así establece seis formas de concurrencia de una autoría mediata, a saber: 1.- Autoría mediata a través de un instrumento sin dolo de tipo, 2.- Autoría mediata en la actuación cuasi-dolosa –autolesión del instrumento-, 3.- Autoría mediata a través de un instrumento que actúa justificadamente, 4.- Autoría mediata a través de un instrumento que actúa cuasi-justificadamente, 5.- Autoría mediata a través de un instrumento que actúa sin culpabilidad, y 6.- Autoría mediata en la autolesión de un instrumento cuasi-inculpable. Véase en: Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. pp. 761-ss. Sin embargo en la obra “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal” se señala que Jakobs considera como reglas generales de la autoría mediata, cuando se utiliza un instrumento cuasi no doloso, cuasi justificado y cuasi inculpable. Véase en: Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 328.)

Así, la figura de la autoría mediata puede ser utilizada para intentar explicar la compleja estructura del medio de coacción que aquí nos interesa, la grave amenaza; este elemento normativo pues, al existir como generador de un proceso intersubjetivo, y donde se presentan aportes conductuales de los sujetos (agresor y víctima), es que se corresponde directamente con una autoría mediata -en sentido amplio- pues como dijera ZAFFARONI, (Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal Parte General” Tomo IV. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1994 p. 320.) la expresión “Autoría mediata” indica autoría mediante determinación de otro, pero no “autor mediante otro autor” porque frecuentemente el interpuesto no es autor. Debe quedar en claro que la expresión “determinación de otro” se refiere al instrumento, en este caso a una persona, término último cual ya ha sido explicado en el acápite respectivo al medio empleado del que el autor se vale para la comisión del injusto penal.

Paul Johann Anselm Feurbach, fundador del primer Código Penal Alemán, consideraba ya, que el delito de violación sexual se corresponde a una autoría mediata; la noción de coacción que Feuerbach manejó en los delitos de robo y violación se basa en su teoría de la coacción como causa de exculpación y fundamento de la atribución de responsabilidad al coaccionador (autoría mediata). (Bascuñán Rodríguez, Antonio. "El Robo como Coacción". REJ – Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, Año 2002. p. 66.) Situación que la doctrina penal contemporánea al parecer no la ha tomado en cuenta.

Advertido que fue la idea de la autoría mediata en los delitos de robo y violación por parte de Feurbach, debe afirmarse que lejos de ser posible considerar jurídicamente el proceso intersubjetivo expuesto en el delito de violación sexual como una autoría mediata, lo correcto es interpretarlo como tal, esto es, a través de la doctrina de la autoría mediata y considerarla, como en el caso del delito de Estafa, donde existe un proceso de instrumentalización de la víctima. (Caro Coria, Dino Carlos. Expone el jurista en "Lineamientos dogmáticos y jurisprudenciales del delito de Estafa", que: "El despliegue del "engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta" (medios comisivos del delito de Estafa - Art. 196) vienen a configurarse como el despliegue de "inveracidades prohibidas", las que se pueden mostrar a través de cualquier medio, escrito, verbal, gestual, situacional, contextual (la llamada puesta en escena). Como regla, no existe un deber general de manifestarse conforme a la verdad, salvo que a través de una inveracidad se genere un riesgo para un ámbito ajeno de organización". Continúa el Penalista Peruano sosteniendo que: "Esto nos ubica en el terreno de la Imputación Objetiva. El engaño, la inveracidad debe ser idóneo para inducir o mantener en error a la víctima. Debe tratarse de un mantener en error a la víctima. Debe tratarse de una inveracidad no permitida. "Así la estafa se configura como una forma de autoría mediata tipificada", donde el autor instrumentaliza, mediante una inveracidad a la víctima y logra de ella la disposición patrimonial". La postura tomada por Caro Coria, es una concepción contraria a la perspectiva psicologicista, para el cual es suficiente que el engaño ejerza influencia en el ánimo de la víctima y la determine a disponer de su patrimonio. Fecha de exposición: CEDPE 06/06/2012.), que el delito de agresión sexual puede ser un caso más de "Autoría mediata tipificada" (El persuasivo vendedor que, con el propósito de concretar un negocio beneficioso para él, convence a la víctima de que el producto que ésta adquirió en otro centro comercial es de mala calidad o que su precio en el mercado es mucho menor al que le ofrecieron.)

Lo anterior nos permite, acorde a los fines perseguidos por el investigador, lograr una interpretación de la grave amenaza del delito de violación sexual haciendo uso de las instituciones dogmáticas propias del derecho penal, permitiéndonos desligar de su estudio desde la institución de la Anulación del Acto Jurídico –Acuerdo Plenario N° 01-2011-; y ello porque consideramos a la misma, como válida a los efectos prácticos a la hora de resolver un caso en concreto y superadora en la medida que el desarrollo dogmático como institución propia del derecho penal, hace posible comprender la situación intersubjetiva creada por una amenaza materia del presente estudio, y que otorgar resultados favorables en cuanto a la tarea del juzgador de determinar responsabilidades penales, la que es acorde al desarrollo de la dogmática penal actual o si quiere decir, moderna la que va a otorgar una mayor seguridad jurídica a toda la sociedad.

La teoría del delito de “Estafa” como “autoría mediata tipificada”, fue desarrollada por Urs Kindhäuser, del cual NURIA PASTOR al presentarse también como partidaria del mismo, señala que el autor (hombre de atrás) utiliza a quien actúa en error (el hombre de delante o instrumento) para alcanzar el resultado, así la peculiaridad que se presenta es la de la “víctima e instrumento” en una misma persona. Situación “víctima e instrumento” que también se presenta en los ejemplos clásicos dados por Jescheck y Hans Welzel. (Pastor Muñoz, Nuria. “La determinación del engaño típico en el delito de estafa”. Proyectar la figura de la autoría mediata sobre la estafa tiene la sola función de aportar una explicación estructural de este delito; no se debe pretender extraer de la autoría mediata la solución al problema de los límites de la tipicidad en la estafa. El tratamiento de ésta última cuestión requiere criterios materiales -la infracción de un deber de veracidad- que permitan afirmar que se ha producido una instrumentalización relevante a efectos de la estafa. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; 2004. pp. 125-128.)

Continua Nuria Pastor tratando de explicar, que en la estafa, lo primordial es el “engaño” que hace que el instrumento actúe en error y en su propio perjuicio, lo que lo convierte en víctima; pero si la decisión final del hombre de delante es producto de una decisión libre y no a consecuencia del error, el resultado se le imputaría a éste y no al hombre de atrás. Sin embargo se advierte que para tal efecto, se requiere de

criterios materiales para definir qué clase de engaño es suficiente para afirmar que hay instrumentalización, consecuentemente determinar con ello, la responsabilidad del autor por el acto de disposición de la víctima estafada.

Urs Kindhäuser concibe que la generalidad de los delitos eran neutrales en cuanto a la autoría, pero que en el conjunto de normas (código penal) podían encontrarse casos de tipificación expresa de autoría directa o autoría mediata. Así, podía darse los casos de tipificación de una autoría directa cuando el legislador había criminalizado una conducta que se debía producir contra la voluntad de la víctima (el hurto); en cambio cuando el código penal recogía una conducta que debía producirse con la voluntad de la víctima, debía entenderse que estábamos ante la tipificación de una autoría mediata (la estafa), pues el delito se debía imputar a quien lo había realizado sirviéndose de otro como instrumento. Esta concepción pues, se corresponde a una autoría mediata en la cual el instrumento actúa en error, donde se resalta la existencia de una Autoría Mediata Tipificada, la que existe propiamente en el tipo legal creado por el legislador. (Pastor Muñoz, Nuria. "La determinación del engaño típico en el delito de estafa". Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; 2004. p. 127. WILLIAM QUIROZ, comprende que la dogmática puso en consideración que los delitos contenidos en la parte especial del derecho penal, representan a diferentes clases de autoría. Así, estos casos son clasificados como tipificaciones o bien bajo una autoría inmediata o directa y tipificaciones bajo una autoría mediata o indirecta; luego están la autoría paralela o accesoria, autoría concomitante y coautoría. Véase en: Quiróz Salazar, William. "Lecciones de Derecho Penal Parte General". Lima: Edición 2001. p. 297. BUSTOS RAMIREZ, afirma también que la categoría de autor mediato surge de los tipos legales, y por eso, hay determinados tipos que no permiten por su estructura la autoría mediata; pero no habría razón, aunque no se dijese en la ley, para abarcar el concepto de autor al autor mediato, ya que no es una forma extensiva de la punibilidad. Véase en: Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal Parte General". 3ra Edición. Barcelona: Editorial Ariel; 1989. p. 285.)

Así, los delitos de –entre otros- homicidio simple, hurto, violación de domicilio se constituyen como casos de autoría inmediata o directa; y los delitos de estafa, chantaje, extorsión se constituyen como casos de autoría mediata.

#### **2.3.12.4. La Violación Sexual cometida mediante grave amenaza interpretada como una Autoría Mediata en sentido amplio:**

Si bien se ha utilizado ejemplos de autoría mediata de autores, como Binding, Hanz Welzel y Jescheck, quienes han comprendido a dicha clase de autoría desde un plano alejado –en tiempo y evolución dogmática– a la comprensión dogmática del que aquí se opta, sirven de base a la comprensión del mismo, más por ello corresponde aquí, hablar de una autoría mediata en el delito de violación sexual desde un plano funcionalista normativo.

Como ya se dijera, Jakobs en el tema de la intervención delictiva, explica que es autor, aquel que es competente preferente por la mayor cantidad de dominio en la configuración del delito; donde la configuración trabaja en un sentido normativo, en ese sentido, la ejecución del delito propia del autor debe ser configurada normativamente en función de la relevancia del aporte y no de la cercanía espacio-temporal con la consumación del delito. Consecuentemente autor será quien tenga una competencia preferente por el hecho, en la medida que configuró el delito con un dominio cuantitativamente mayor. (García Caveró, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. La autoría como competencia preferente por la configuración del hecho de Jakobs. Lima: Editorial Grijley; 2008. p. 562.) Luego en la autoría mediata existe un aprovechamiento de la superioridad sobre un instrumento, la que constituye un quebrantamiento de un rol. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 86.)

En un plano normativista pues –dejando de lado el aspecto subjetivo del hecho como la voluntad y alejados de la concepción de delito de propia mano del delito de violación sexual–, el hombre de atrás responde como autor, en base a su competencia por lo realizado por el ejecutor, sino que además lo es en un grado que configura el propio delito, debiendo responder como autor.

García Cavero, entre otras dos formas de autoría mediata, habla de la existente en cuanto a la “Competencia por la condición del instrumento”, y dentro de esta, existe una “autoría mediata en atención a la instrumentalización del ejecutor debido a una situación de justificación”. (García Cavero, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Lima: Editorial Grijley; 2008. pp. 568-569.)

En el desarrollo propio de esta clase autoría se habla de la “coacción” pero no como figura delictiva sino como forma o efecto de un hecho envolvente que atañe a los sujetos activo y pasivo, esta denominación de los sujetos –activo y pasivo- o si se quiere llamar categoría, no pierden las personas envueltas en un hecho coactivo, sino que las mantienen *per se* al encontrarse inmersas en un hecho de apariencia delictiva. Como dijera PEREZ ALONSO, la instrumentalización normalmente se crea mediante el ejercicio de coacción sobre el instrumento. (Pérez Alonso, Esteban J. “La Regulación de la Autoría en el C.P. Peruano”. En: “Teoría del Delito – Problemas Fundamentales”. Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 352.)

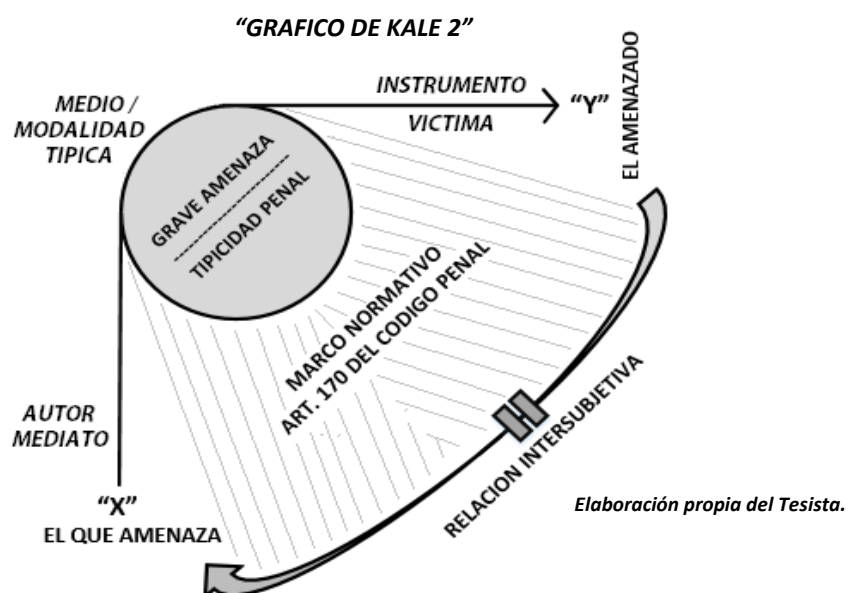
Aparte que la “violación sexual mediante amenazas” aparece como hecho social desde los inicios en la historia de las primeras sociedades y como delito legislativamente en los primeros códigos punitivos, mientras que la “coacción” recién se incorpora terminológicamente desde 1729, pues hasta el siglo XVIII para referirse a la coacción se utilizaban como ya se dijo en el punto respectivo, los términos “fuerza y violencia”. Fue recién a mediados del Siglo XIX, que en el sistema de la Parte Especial de la doctrina del derecho común y de la codificación de los estados particulares alemanes, que se consolidó el principio sistemático de la coacción -delito contra la libertad- como tipo residual respecto del robo, la extorsión, la violación y los abusos sexuales, siendo estos últimos delito como tipo especial (calificado) de coacción. (Bascañán Rodríguez, Antonio. “El Robo como Coacción”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, Año 2002. pp. 66-67.)

Jakobs en el desarrollo de la “víctima cuasi justificada”, cita entre otros tantos, el caso de los terroristas que secuestran a los hijos de una familia con la amenaza de matarlos, si el padre no se suicida; y donde



determina que los mismos serán autores mediatos del suicidio cuasi justificado del padre de los secuestrados. (Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Lima: Palestra Editores; 2000. p. 325.) Ahora, ¿qué diferencia cabría, en el supuesto de que un sujeto "X", amenace con un arma blanca a una mujer "Y", con matar a su hermano menor de diez años que se encuentra a lado suyo, sino deja que se le practique un acto sexual; o con amenazar con destruir la única cosecha que posee la mujer "Y", quien es una viuda con hijos, sino deja que se le practique un acto sexual ilícito?, - entran aquí el resto de supuesto planteados en la presente investigación-.

Así como refirió Nuria Pastor, en cuanto al delito de Estafa como Autoría Mediata Tipificada, que lo primordial o relevante para efectos de tipicidad, es el "engaño" que hace que el instrumento actúe en error y en su propio perjuicio, lo que lo convierte en víctima. Es esta misma situación la que envuelve a un hecho de Violación Sexual mediante el uso de la grave amenaza, pues, aquí lo relevante es la "grave amenaza" del que se vale el "sujeto que amenaza", la que hará que el "instrumento actúe" de la forma requerida (hacer o practicar sobre su cuerpo, del que amenaza o el de un tercero cualquier acto sexual ilícito contemplado en la norma prohibida) por el primer sujeto, acto sexual que es realizado en su propio perjuicio, lo que también lo convierte en víctima (propiamente del delito de Violación Sexual). La presente situación se grafica de la siguiente manera:



En este segundo gráfico se puede apreciar claramente la realización propia de una autoría mediata tipificada –propio de la norma- en cuanto al ilícito penal de análisis, la Violación Sexual cometida por medio de una Grave Amenaza –acorde a la norma vigente-. Como hemos señalado, lo importante es la forma de instrumentalizar al sujeto de delante “Y”, la que se logra con el uso de la “Grave Amenaza” del se vale el sujeto de atrás “X”; no debe olvidarse que la amenaza requerida por la norma –amenaza típica- para efectos de instrumentalización es la que ya hemos cumplido con estructurarla en el capítulo respectivo. (La grave amenaza, la conceptualizamos como: Un medio consistente en el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta, y que utiliza el agente para coaccionar mediante el poder gobernable del daño la voluntad de la víctima y obligarla a practicar o dejarse practicar cualquier acto sexual ilícito o análogo. El mal grave debe ser determinado, injusto, serio, inminente y verosímil. En esta Tesis. pp. 249-250.)

Para determinar la responsabilidad que existe entre autor mediato e instrumento, la situación normativamente será que: si se pretende que el autor mediato sea responsable de su superioridad, debe ser competente para tomar conciencia de ella. Por consiguiente debe haber creado de manera imputable la inferioridad del otro, o la inferioridad debe tener causas que de todas maneras todos están obligados a tomar en consideración. (Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 320.)

En el hecho del autor mediato “X”, el comportamiento concluye cuando éste –autor mediato- deja de mantener al instrumento bajo su control, lo que lo ha logrado mediante el poder gobernable de realización que conlleva el mal de la amenaza dirigida contra “Y”; y ello no hace más que acreditar la superioridad en la que se encuentra el sujeto de atrás frente al instrumento –lo que así también lo comprende “Y”-, lo que finalmente hará que lo convierta en víctima a sufrir el acto sexual ilícito de que se trate. (Así también lo ha entendido Jakobs. Véase en: Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 320.)

Por ello en la autoría mediata tipificada, es necesario considerar que la víctima se autolesiona como instrumento del autor, al ser utilizado siempre por el autor de forma dolosa.

Pues el tipo penal de violación sexual en la concurrencia del tipo subjetivo –sin entrar en más detalles-, exige que el agente dirija su conducta amenazante con el conocimiento que encierra su acción y las consecuencias que acarrea de este -dolo-, que es la de hacer sufrir el acto sexual al sujeto pasivo -instrumento-; y donde el agente debe conocer que la libertad de decisión de la víctima –en el ámbito sexual- es contraria a sus deseos, y es en razón de ello que ha desplegado el medio coactivo. El fin perseguido por el agente delictivo es el de perpetrar el acto sexual ilícito de que se trate.

Entonces el injusto penal de violación sexual, se consumará solo mediante una intervención activa de ese sujeto pasivo, que es el instrumento del hombre atrás; intervención activa supeditada a la realización de un mal, pasible de producirse ante la negativa de la víctima de intervenir de forma activa.

La actuación de la víctima se explica de la siguiente forma; como instrumento de acto *coacto* logrado por la amenaza, siempre se deberá al miedo y temor de realizarse el contenido de la amenaza grave (governabilidad del daño), la que puede devenir de la actividad del agente o de un tercero a instancias de aquél o de una organización conjunta. El temor, es generado por todo aquello que tenga la aptitud de infundir ese sentimiento o sensación de miedo. (D. A'lessio, Andrés José. "Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial (artículos 79 a 306)". Buenos Aires: Editorial La Ley; 2004. p. 703.) Así en los casos en concreto de "miedo generado en la víctima", ésta tiene dos vías de ejecutar una acción: 1.- Liberarse del mal con el que se le amenaza, y 2.- Realizar la condición requerida por el sujeto activo como medio para librarse del mal amenazado. (Casado Abad, Jesús. "Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial". Pamplona: Cuadernos Colección Canónica de la Universidad de Navarra; 1965. p. 36.) Ambos caminos son válidos, pero siempre el primero es la más beneficiosa para la víctima de una amenaza. La diferencia radica

claramente en el análisis psíquico, decisión personal y sobre todo desarrollo de actuación de la víctima como instrumento del hombre de atrás.

Razonemos pues, que si la víctima elige el segundo camino, es claro que va a consentir realizar el acto sexual, pues o bien lo hace o bien sufre el mal; pero no debemos olvidar que su consentimiento está viciado, justamente por la amenaza. En estos supuestos, el agresor -autor- no actúa directamente contra la víctima, sino más bien el sujeto activo necesita de la víctima, pues busca que esta realice un aporte concreto al permitir la realización de los actos sexuales contenido en el Artículo °170 del Código Penal (así, siempre está vigente su libertad, pero de forma limitada). Es por eso, que debemos admitir, que el autor actuó “con la víctima” y en ese sentido es factible considerar a la víctima como un instrumento que ha intervenido para lesionar su propio bien jurídico, libertad sexual, pero que este se corresponde a la esfera de organización y competencia de defraudación de la norma por parte del autor mediato. (Peña Cabrera F, Alonso R. “Los Delitos Sexuales”. La Libertad Sexual, parte de la autonomía misma del ser humano, de dirigir dicha esfera conforme al discernimiento como plasmación de la voluntad que se exterioriza a partir de actos concretos y que involucra a otro ser humano, pues en definitiva los actos que el sujeto haga con su propio cuerpo no es de incumbencia para el derecho penal, a menos que este sea obligado a realizarlo mediando coacción y/o amenaza. Lima, Perú: Editorial Ideas; 2014. p. 291.)

#### **A.- Autoría Mediata y Conductas Lesivas realizadas a través del Comportamiento de la Víctima:**

Siguiendo el “Gráfico de Kale 2”, es menester recalcar en cuanto al acto de “instrumentalización”, que el hombre atrás (el que va a acceder sexualmente) emite y pone en perspectiva de la “víctima” un mal que amenaza con dañar un bien jurídico -un objeto de protección, referido a una situación o hecho valorado positivamente- relevante para el “instrumento”, sea de ella o de un tercero cercano a ésta; mal que es el contenido de una grave amenaza, la que va a lograr “instrumentalizar” a la propia víctima, pues el mal anunciado es condicional –se espera algo de parte del que amenaza, de ahí que se hablara de una relación intersubjetiva generada entre ambos sujetos-, y donde el daño del mal siempre queda a merced de

la realización del comportamiento del hombre de atrás, pues se presenta como dependiente de su voluntad como coaccionador, a lo que llamamos la “governabilidad del daño”; por ello el resultado final logrado –el acceso carnal-, le es imputable al autor mediato u hombre de atrás, por haber instrumentalizado a la víctima mediante una amenaza perjudicial para ella o un tercero ligado a ésta, porque en definitiva, ha logrado determinar una actuación en el otro sujeto -el instrumento-, que es la de aceptar a practicar o dejarse practicar uno de los actos sexuales prohibidos y regulados en el Art. 170 del CP (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos referidos a la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías), consecuentemente ha defraudado y decepcionado con su comportamiento las expectativas de la norma.

El jurista Argentino DONNA, era preciso en su pensamiento cuando sostenía que la autoría mediata, conllevaba el caso de la persona que realiza el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona - el instrumento- que “le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia” a la voluntad dominante del autor mediato. Resaltamos el aspecto de la anulación de la oposición o resistencia de la víctima al acto sexual de que se trate, de ahí que válida y razonablemente negáramos como requisito para efectos de tipicidad a la resistencia de la víctima en el caso concreto, más solo este se constituye en una prueba a nivel procesal. Donna, Edgardo Alberto. “El concepto de Autoría y la Teoría de los Aparatos de poder de Roxin”. En: Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal. Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007. p. 256.)

Por ello admitidos que esta situación “acceso carnal o acto análogo logrado mediante grave amenaza” es propia de la “autoría mediata en atención a la instrumentalización del ejecutor debido a una situación de justificación” (JAKOBS habla de la Víctima Cuasi Justificada como supuestos de Autolesión, donde considera a las tipificaciones legales de la autolesión que también se halla cuasi justificada a la Coacción y al Chantaje. Véase en: Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 324.) o lo que otros autores, la entienden como “autoría mediata por coacción” –principalmente partidarios

de la teoría del dominio del hecho-, pues se utiliza a una persona a la que se ha limitado su libertad (referida al acto de disponer libremente del cuerpo físico para efectos sexuales –sentido positivo dinámico- y en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir –sentido negativo pasivo-) o mejor dicho aún “coaccionado”, y por el cual el hombre de atrás haciendo uso de la “*vis compulsiva*” -amenaza-, va a lograr que con el actuar del instrumento se ejecute por completo la conducta típica -el acceso carnal- (instrumento/víctima, realiza el acto sexual requerido por el hombre de atrás). Precisamente como indicara EDGARDO DONNA, es que a través de este medio “coacción”, que el autor inmediato obra con un mínimo de libertad; configurándose como un simple intermediario (instrumento) y no respondiendo por el hecho delictivo. (Donna, Edgardo Alberto. “El concepto de Autoría y la Teoría de los Aparatos de poder de Roxin”. En: Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal. Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007. p. 262.) Entonces el autor mediato responde de la decisión que toma desde una posición de superioridad, y por consiguiente el actuar de la víctima como instrumento no constituye injusto. (Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 328.)

Explicaba FRANCESCO CARRARA, que la “fuerza” que impele al hombre a obrar, puede ser física o moral; es física cuando obra sobre el cuerpo, y es moral, cuando obra sobre el ánimo. Con ello, el maestro italiano nos explica que en el primer caso se habla de forzar, en el segundo de coaccionar. (Carrara, Francesco. “Programa de Derecho Criminal, Parte Especial”. Vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero). Bogotá: Editorial Temis; 1997. p. 194.) En definitiva son las dos formas o medio de comisión (elementos normativos) que el legislador penal las ha regulado en el delito de Violación Sexual.

NOVOA MONREAL, desarrolla las modalidades del delito de Violación Sexual, definiendo que: 1.- La *Vis Absoluta* (Violencia Física) ejercida sobre una persona, anula la voluntad de ésta y convierte a su ser -cuerpo- en un simple instrumento del que emplea la fuerza. Aquí “el violentado no acciona”, pues se convierte con un cuerpo físico sobre el que

recae solamente la fuerza impuesta. 2.- En cambio, la *Vis Compulsiva* (Amenaza Grave conforme al Art. 170 del C.P.) es la fuerza moral, empleada en contra de otra persona con el objeto de obligarla a adoptar una decisión. (Novoa Monrreal, Eduardo. "Curso de Derecho Penal Chileno". Chile: Edición Jurídica de Chile; 1960. p. 600.)

Entonces, se torna sumamente importante recordar que tal calificación de la violación sexual como autoría mediata tipificada e interpretada como autoría mediata en sentido amplio, solo se corresponde con el medio comisivo "grave amenaza", pero la misma no puede ser considerada con respecto al medio comisivo "violencia", la que también puede considerarse como otra distinción de entre las existentes entre ambos medios comisivos; solo la grave amenaza pues, puede lograr el "efecto de coacción" y no así la violencia –así también lo ha comprendido nuestra Corte Suprema a diferencia de autores argentino y españoles que se aferran a la postura de que la "coacción también es posible mediante la violencia", e incluso dentro de este grupo se encuentra el propio Gunther Jakobs- (JAKOBS es de la consideración de que la amenaza es un subcaso de la violencia, a la conceptúa como violencia con efectos variables. Véase en: Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Lima: Palestra Editores; 2000. p. 396.), pues ésta última como "*vis absoluta*" hace que el sujeto activo actúe "contra la voluntad de la víctima", mientras que con la amenaza se indica que el sujeto activo actúe "con la voluntad de la víctima"; la que equivale a decir que la violencia anula por absoluto la libertad sexual que posee la víctima, mientras que con la amenaza la libertad sexual no se anula por completo, de ahí la existencia de una coacción, la que limita o dirige la realización de un determinado acto o suceso por parte de una persona (el hombre de atrás). Lo desarrollado es un pensamiento que se corresponde con el arribado por Feubach, sin embargo del mismo no se ha obtenido mayores estudios ni bibliografía disponible.

Para ser más explícitos, en los casos de tipificaciones de autoría inmediata o directa, se encontrarían aquellos supuestos en los cuales el "actuar contra la voluntad" del sujeto pasivo pertenece conceptualmente al

tipo objetivo. En cambio, serán casos de tipificaciones bajo una autoría mediata o indirecta, aquellas situaciones en las cuales el propio tipo objetivo requiere “actuar con la voluntad” del sujeto pasivo. Si bien esta actuación conlleva datos fácticos-psicológicos –actuar con la voluntad-, ello está referido a la “actuación libre” de la víctima, es decir, actuar con la poca libertad de decisión que le queda producto de la amenaza y a practicar el acto sexual solicitado a instancia del que lo amenaza, y esto es objetivable en la medida que puede ser valorada objetivamente por un tercero ajeno al hecho –el operador del derecho-.

Nótese que la diferencia sobresaliente radica en el “aporte” que debe realizar la víctima, pues en la autoría inmediata se ataca el bien jurídico sin la voluntad del sujeto pasivo, mientras que en la autoría mediata se requiere un aporte necesario de la víctima. Al respecto el jurista argentino AGUIRRE OBARRIO, señala que: en los delitos realizados con la actuación voluntaria de la víctima el sujeto activo pretende que ella realice una acción, es decir que “el delincuente obra para motivar a otra persona” a realizar un aporte determinado, sin el cual la conducta no puede considerarse típica. (Aguirre Obarrio, Eduardo. “El delito de chantaje”. Buenos Aires: Lexis Nexis Editores; 2005. p. 261.) Por nuestra parte –como ya lo hemos expresado- hemos adoptado la concepción de la “governabilidad del daño” desarrollado por CREUS en el delito de Coacciones. (Creus, Carlos. “Derecho Penal, Parte Especial”. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea; 1993. p. 350.) A través del “Daño Gobernable” –la que se presenta como requisito estructural de la grave amenaza-, se permitiría concebir que el daño anunciado tiene que mostrarse como dependiente de la esfera de organización del sujeto activo, lo que hace que ostente normativamente un “estado o posición de superioridad”, ya sea por su propia acción (autoría mediata en hombre de atrás e instrumento/víctima a la vez) o por la acción de un tercero supeditado también al que ostenta la superioridad (en cuyo caso habría una autoría mediata común, donde existen tres sujetos, el hombre de atrás, el instrumento -supeditado- y la víctima) o por la realización de la acción conjunta con otros (la organización conjunta da base a la coautoría). Observemos pues que desde un punto de vista psicológico –la que se puede objetivar-, se presenta una motivación de



incentivo a emplear por el sujeto activo, incentivo que se quiere que cumpla el papel motivo en la acción de otra persona; donde esa otra persona puede ser la víctima, y el incentivo se puede objetivar a través de una amenaza, amenaza que contiene un mal, un daño que siempre es gobernable por el sujeto activo o un tercero supeditado o por la realización conjunta de la acción, toda vez que al existir una amenaza de daño contra los bienes jurídicos de la víctima del acceso carnal o de un tercero vinculado a ésta, la víctima de no realizar la condición sexual buscada por el sujeto activo, ésta generaría que irremediablemente se efectúe ese daño, al menos eso es lo que se espera por parte del hombre de atrás, aunque nada obsta a que también no ejecute la amenaza conminada, la que también queda a merced de su poder gobernable.

Con lo señalado hasta aquí, el investigador no niega que existan otras formas de intervención delictiva en el delito materia de estudio, como la instigación (incitar a otro a amenazar a una mujer para que le acceda carnalmente, como forma de venganza), o la coautoría (a.- coautoría funcional: dos sujetos que planean con realizar actos sexuales por medio de amenazas –ámbito de organización conjunta-. b.- Coautoría sucesiva: un tercero sujeto ajeno a la amenaza impuesta a la víctima, en vez de acudir a favor de ésta, está dispuesto a ser parte del hecho y acceder carnalmente a la víctima. Se trata de la incorporación de un coautor durante la ejecución del hecho, siempre y cuando interviene en la fase ejecutiva del delito; e incluso con partícipes (que uno se encargue de cuidar el lugar donde el otro realiza el acto sexual). Situaciones pues que pueden ser tratadas desde el ámbito de competencia organizada para los autores, autores mediatos y coautores, en tanto que los partícipes –para ser considerados tales- deberán realizar una acción antes de la ejecución del delito. De la misma forma debe aceptarse la posibilidad de que pueden ser dos o más sujetos, los que pueden instrumentalizar a un sujeto –propia víctima-, desde el ámbito de organización conjunta. Lo punible pues, es el comportamiento que tiene lugar a partir del comienzo de la tentativa. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. pp. 75-76.)

## **B.- Medición de la Coacción para una instrumentalización:**

La “*vis compulsiva*” será más peligrosa para la víctima de la violación sexual, mientras mayor sea el mal conminado y menor sea el tiempo que se deja al instrumento coaccionado (propia víctima) para decidir entre acceder a las exigencias del coaccionador (hombre de atrás) o soportar el mal anunciado como consecuencia de la negación, siempre que haya un lapso mínimo. Aquí la amenaza como cuestión de grado se mide por su mayor o menor intensidad en cada caso concreto, la que también ya hemos cumplido con dar explicación al mismo; pero ¿Cómo se mide la coacción en el instrumento/víctima?

La respuesta a la interrogante presente, es, que la coacción en el instrumento/víctima se mide en base al efecto de la coacción.

Y este a su vez, efecto de coacción, se determina en relación con la estructura del comportamiento del que hace uso el hombre de atrás, que es la Grave Amenaza –la que ya ha sido delimitada estructuralmente-; entonces, el comportamiento que no es configurativo de una Grave Amenaza nunca generaría el fruto del “efecto de coacción”; se dejan de lado aquí a los efectos coactivos sin consecuencias jurídicamente relevantes. (Aunque a decir verdades el efecto de coacción, también se puede producir a consecuencia no precisamente de graves amenazas, sino también de miedo ante peligros -amenazas menos graves- tentaciones a la suerte, impedimentos y falta de medios para franquear obstáculos, como consecuencias religiosas, o debido a vínculos amorosos; pero esta clase de efectos de coacción no cabrían ser comprendidos jurídicamente, pues los mismos no pueden fundamentar el injusto típico. Así también JAKOBS en: Jakobs, Gunther. “Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal”. Lima: Palestra Editores; 2000. p. 379.)

En ese sentido, el efecto de coacción va a conllevar un comportamiento en el instrumento, comportamiento que es obtenido por la coacción, la que conforma el resultado típico –violación sexual-.

El concepto de efecto coactivo, ha sido entendido comúnmente en un plano de tipo psicologista, cuando la víctima acepta a disgusto la situación, de mala gana en su fuero interno o sintiéndose coaccionada.

(Márquez Cárdenas, Álvaro. "La coacción como forma de instrumentalización en la autoría mediata". Maurach y Schroeder partidarios de esta posición, priorizan la entidad material de la coacción y sus efectos sobre la víctima; así como la consideración cualitativa y cuantitativamente de la amenaza sigue siendo valorada por sobre quien recae la amenaza. Así el dominio del hecho se aprecia acudiendo a otras fuentes valorativas para precisar la instrumentalización del sujeto de adelante. Maurach R. trae a colación el siguiente ejemplo: A determina a B, una mujer fácilmente influenciable o sometida a aquél tanto sexual como psicológicamente, a dar muerte a su marido, bajo la amenaza de abandonarla, en caso contrario. Para llevar a cabo el designio le entrega el veneno, le da instrucciones precisas y vigila la ejecución del hecho por parte de A. Lo que para Maurach es un claro ejemplo de Autoría mediata, dado que el hombre de atrás impulso a la actividad provocadora del proceso causal, aunque ese impulso haya sido psíquico, pero suficiente para dominar el hecho por parte del sujeto de atrás; aunque el mismo se confunde con los casos de inducción. Revista Diálogos de Saberes. N° 24, Enero-Junio, 2006. pp. 120-123.)

Pero tal comprensión de la postura fáctica-subjetiva / psicológicista es errada, pues de lo que se trata es de si la víctima, al verse obligado a ello, configura el comportamiento con base en la grave amenaza, pues la coacción y su efecto debe determinarse normativamente y no sobre la base del ámbito interno. Así el efecto coactivo es competencia del autor, y a decir verdad, este se alcanza –la competencia- por criterios naturalistas sensoriales tales como lucha, fuerza, cuerpo (significando la expresión cuerpo: vida, integridad física, libertad; las que envuelven una posible actuación de la víctima); porque el déficit en la organización del hombre de atrás –autor mediato- se basa en que se destruyen, se sustraen o se bloquean medios de organización de la víctima. (Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Lima: Palestra Editores; 2000. p. 385. También desde un plano funcionalista, Roxin fundando su teoría del dominio de la voluntad por coacción, manifiesta que la autoría mediata aparece cuando el sujeto de atrás tiene el dominio de la voluntad, aunque éste no debe identificarse con cualquier clase de influencia psicológica sobre la voluntad del ejecutor; pues tal influencia lo tiene tanto el instigador como el cómplice. Asegura el mismo penalista, que el autor que ejerce la coacción domina directamente sólo al coaccionado, y debido a que la acción de éste domina el curso del acontecimiento, propicia también que el sujeto de atrás domine mediatamente el hecho. Por ello debe aplicarse en cada caso en concreto, al principio de responsabilidad, por el cual: Cuando la ley declara responsable al ejecutor coaccionado, hay instigación, mientras que si lo considera irresponsable, convertiría al sujeto de atrás en autor mediato. Principio que solo se aplica a la autoría mediata por coacción. Una coacción convierte al sujeto de detrás en la figura clave del

suceso de modo distinto a que si se hubiera limitado a determinar o simplemente a aconsejar. (Roxin, Claus. "Autoría y Domino del hecho en Derecho penal". 6ta Edición (trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gómez de Murillo), Madrid Barcelona: Marcial Pons; 1998. p. 144.)

### **2.3.13. ATIPICIDAD POR AUSENCIA DEL TIPO OBJETIVO:**

Las causales de atipicidad lo conforman aquellos supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal; consiguientemente en el plano que nos ocupa, el delito de violación sexual en este sub tema, se realiza un tratamiento a la ausencia de algún elemento del tipo objetivo, y a su vez dentro de la cual se excluye la tipicidad por falta de imputación objetiva –en general se comprendería como las situaciones donde la conducta desplegada por el sujeto activo encuadra en uno de los institutos o filtros valorativos de la propia imputación objetiva - riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso o autopuesta en peligro por parte de la propia víctima-.

En definitiva se habla de una exclusión de la tipicidad penal cuando se acredita la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida o insignificante, atendiendo el contexto en el que se produce. (Villavicencio Terreros, Felipe. "La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana". En: "Imputación Objetiva". Raúl Pariona Arana y Francisco R. Heydegger (coordinadores). Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 35.)

Si bien cuando se ha desarrollado a la autoría mediata como forma de interpretación –correcta- en el delito de violación sexual, ello no nos debe limitar llegar a una interpretación más completa aún de la agrave amenaza, la que se logra justamente mediante las instituciones de la teoría de la imputación objetiva; por consiguiente y con esa finalidad perseguida, a continuación se aborda el estudio de la Grave Amenaza desde las instituciones o filtros valorativos de la conducta, específicamente del "riesgo permitido" y "actuación a propio riesgo de la víctima", las que de advertirse su concurrencia en el hecho lesivo concreto, da lugar a la Atipicidad por Ausencia del Tipo Objetivo; categorías de la imputación objetiva que

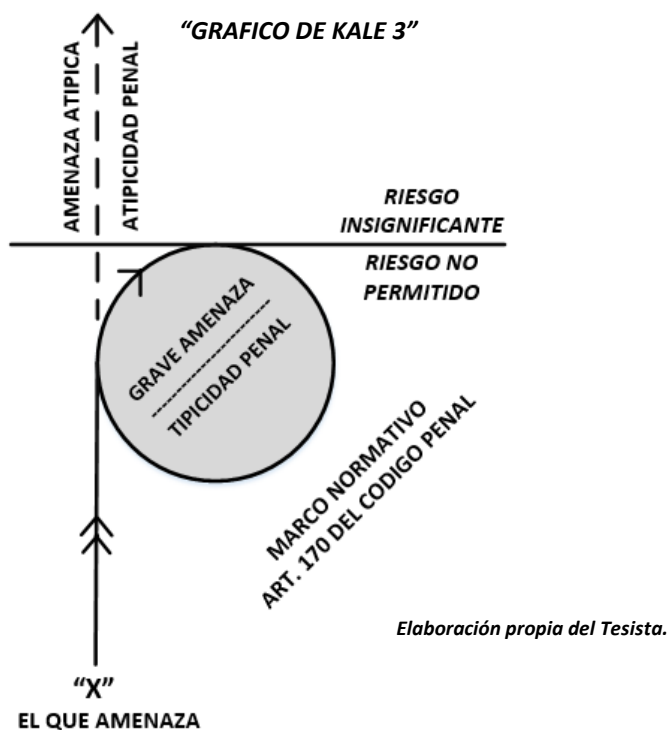
permite fijar grados de responsabilidad de los sujetos intervinientes en el hecho, en atención a los aportes de conductas relevantes para el derecho que cada uno realiza.

### **2.3.13.1. El Riesgo Permitido VS Grave Amenaza:**

Se ha señalado hasta aquí, que el medio típico “grave amenaza” entendido como medio coactivo, al ser un elemento normativo, es generador de una relación de causa a efecto, la que se da, entre la conducta del autor y la conducta del instrumento/víctima; así, el autor de las amenazas llega a poner en perspectiva de la víctima, un mal –la causa- y ello trae como consecuencia -en algunos casos-, al contacto sexual no deseado por el instrumento/víctima –el efecto-. (Explica JUAN GONZALES RUS, que existen dos procesos caracterizados por dos relaciones causales autónomas aunque con cierto grado de relación. Por una parte, con respecto a la intimidación, se da entre la -causa- amenaza con la puesta en perspectiva de un mal y el -efecto- intimidación de un sujeto concreto. Y por otra, una relación causal entre la -causa- intimidación y el -efecto- contacto sexual con el sujeto pasivo. Véase en: González Rus, Juan. “Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”. CPC, 1996, N° 59. p. 390.) Y no podemos negar ni eliminar esa relación, pues ella ha servido para comprender aquí, en los casos de violación sexual la relación intersubjetiva existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, ello no involucra que también estemos acogiéndonos a un sistema penal causalista o que hay una confusión con el sistema normativo del derecho penal.

Como dijera Jakobs, para explicar un daño, -alejado de toda explicación cognitiva-, la mera “causalidad” de un comportamiento desaprobado no basta como explicación, pues un comportamiento no permitido puede tener efectos causales respecto de un resultado, tanto de modo planificable como no planificable –en este último caso a través de la mera variación de riesgos generales de la vida-. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Es erróneo entender que “un comportamiento no permitido explica un curso lesivo cuando éste no habría tenido lugar sin el comportamiento”. Lo que no significa que dicha afirmación no debe ser aceptada, sino que ello no debe ser considerado como regla general. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 126. Así en el caso de la amenaza de contar la verdadera edad de la mujer si esta no permite que se le practique

un acto sexual, ese acto sexual sería considerado como el efecto de la amenaza impuesta, el efecto; aun a costa de que esa amenaza –de divulgar la verdadera edad de la víctima- no es una grave amenaza, o mejor dicho la no es una amenaza típica para efectos punibles.) Pasemos a graficar las situaciones de riesgo generado con el comportamiento de “el que amenaza”.



El riesgo permitido, no es otra cosa que aquella conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida. (Villavicencio Terreros, Felipe. “La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana”. En: “Imputación Objetiva”. Raúl Pariona Arana y Francisco R. Heydegger (coordinadores). Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 33. Para CANCIO MELIA, el riesgo permitido es el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación. Véase en: Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal”. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. p. 68.) Entonces, hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellos implican, pero también hay individuos que pueden generar riesgos más allá de lo que socialmente es permisible o tolerable; si es este último es posible la imputación penal en la medida que ello ocupe un ámbito de estabilización de una norma penal; de ahí la afirmación de que solo aquello que es objetivamente imputable puede

denominarse en un sentido general, acción. El “Gráfico de Kale 3” permite entender al lector, las clases de riesgo que puede dar a lugar mediante una acción individual –o conjunta- y por ende el gráfico mencionado se torna importante, en este caso se explican los riesgos más allá de lo socialmente permisible o tolerable. (Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. pp. 241-ss)

Así en el gráfico ya referido y dentro de la posición de la imputación objetiva referida al riesgo permitido, se trata de separar entre el comportamiento permitido del no permitido. Será un comportamiento no permitido, es decir, el quebrantamiento del rol de un ciudadano fiel al derecho (todo comportamiento socialmente perturbador), cuando el sujeto “X” se vale o hace el uso de una “grave amenaza”, la que la va a dirigir contra otro sujeto; y ello no es más que la realización de un “riesgo típico” en la medida que ese comportamiento taxativamente se encuentre prohibida por la norma en concreto bajo determinada consecuencia –“*Art. 170 del C.P: El que mediante violencia o grave amenaza...*”-, pues el uso de ese medio comisivo entendido como riesgo no permitido será la forma en la que se logrará poner en peligro el bien objetivo libertad sexual de ese otro sujeto.

Teniendo la estructura de la grave amenaza ya desarrollada, configurarían como sentido de expresión personal y socialmente perturbadores, es decir como comportamientos no permitidos –riesgos no permitidos, riesgos prohibidos, riesgos típicos- las amenazas de matar a la víctima sexual –y todas las que encierren una muerte-, la de destruir su cosecha como único sustento de la viuda con hijos, la de abandonar a la víctima en medio de la espesura de la selva y el resto de situaciones comprendidas y determinadas aquí como “Grave Amenaza”.

Mientras que el comportamiento permitido –riesgo permitido-, será aquel comportamiento que es acorde al rol del ciudadano, en nuestro caso sencilla y llanamente se presentaría en todas las situaciones que el sujeto “X” no determine o realice una conducta abarcada o comprendida como

grave amenaza y en definitiva la que no genere ningún riesgo lesivo para la víctima y sus bienes de ésta, entonces no se realiza tipo alguno.

A pesar de que existen riesgos permitidos, en el “Gráfico de Kale 3” no se indica o hace mención a un “riesgo permitido” respecto de las formas de amenazas, más bien, señalamos de que si el sujeto “X” intenta acceder sexualmente a otro sujeto haciendo uso de las “amenazas atípicas” (Ejemplo: amenazar con contarle al marido de la víctima sexual con la infidelidad de ésta, contar la oculta y verdadera edad de la víctima a los amigos de ésta, contar la verdadera relación parental entre la víctima y la hija adoptada de ésta, informar a los padres de la víctima del lugar al que se escapó el día anterior, informar a la policía de los actos de terrorismo del que es parte el hermano de la víctima, no detener a la víctima por un delito cometido *infraganti*, y el resto de casos determinados aquí como amenazas atípicas del delito de Violación Sexual), estas se comprenden y son abarcadas por los llamados “riesgos insignificantes”, erróneo sería considerarlos como riesgos permitidos.

Se constituyen en riesgo insignificante todas las acciones que implican la falta de significación social de los mismos y la no punibilidad surge desde el bien jurídico protegido. (Villavicencio Terreros, Felipe. “La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana”. En: “Imputación Objetiva”. Raúl Pariona Arana y Francisco R. Heydegger (coordinadores). Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 34.) Y ello se aprecia en el pensamiento normativista de Jakobs, cuando sostiene que existe una diferencia entre “Relación sustancialmente no permitida” *versus* “relación socialmente irrelevante”. Donde para fijar su diferencia, no son determinantes las expectativas individuales de la víctima, determinantes son las expectativas que tiene y que gozan de apoyo social. Y en ese sentido, la grave amenaza –aquí desarrollada- para ser comprendida como tal ha sido analizada y determinada en atención a las expectativas que tiene apoyo social, es decir como conducta prohibida y punible que interesa a todos los ciudadanos común, pues de permitir una concepción de expectativas individuales –postulados subjetivos- se comprenderían como graves amenazas a las comprendidas como riesgos insignificantes. (Jakobs,



Gunther. "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal". Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 111.) Irrelevante es para el derecho penal todas las conductas determinadas aquí como amenazas atípicas para abarcar el marco normativo y punitivo del Art. 170 del C.P.; pues el hecho de utilizar como amenaza el contar al marido la situación de la infidelidad de la mujer -y resto de casos similares-, la misma abarca una escasa gravedad para ser admitidas como comportamientos relevantes en los cuales urge la actuación estatal o lo que es lo mismo, no se debe ni debería esperar una reacción social y menos desde el derecho penal frente a tales comportamientos. La relación del autor hacia la víctima en los casos de amenazas atípicas sólo externamente resulta no permitida, pero siempre desde el punto de vista sustancial, es socialmente irrelevante.

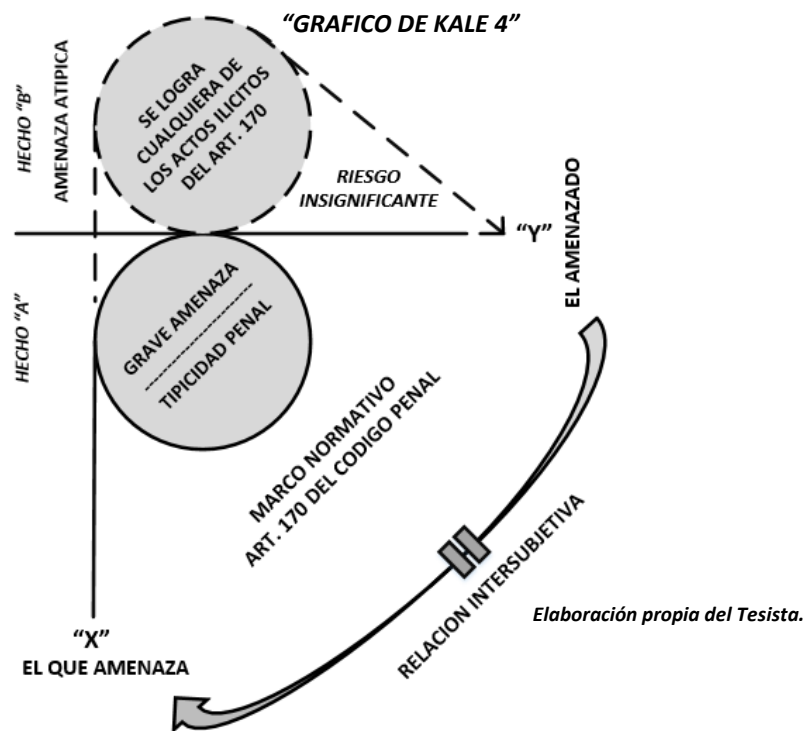
Ahora, hemos señalado de que existe una relación intersubjetiva entre sujeto activo y sujeto pasivo, esta se explica perfectamente a través del comportamiento no permitido –determinación normativa-; así, el autor de las amenazas graves, establece una doble relación con la víctima: en un primer momento, va a obligar al sujeto pasivo, a soportar un riesgo que planificadamente puede convertirse en daño –el acto sexual ilícito de que se trate-. Y en esa medida el autor de las amenazas graves impone a la víctima su organización, para que en un segundo momento, la víctima solo pueda orientarse a actuar, remitiéndose al comportamiento inadecuado del autor que se vale de la amenaza como explicación de la lamentable situación –permitir la ejecución del acto sexual ilícito-. Si la relación intersubjetiva es entendida así, se trata por tanto, de una relación sustancialmente no permitida que parte del autor hacia la víctima y por consiguiente es un riesgo no permitido que de resultar el acceso carnal producto de esa grave amenaza, el hecho le es imputable penalmente al autor de las amenazas. (En ese sentido véase: Jakobs, Gunther. *Ibidem*. p. 110.)

No debe olvidarse que lo que se analiza aquí es la relación intersubjetiva creada por la amenaza, y por consiguiente se imputa al autor el comportamiento que lleva a cabo otra persona –de ahí que se afirme una autoría mediata-; entonces acorde al "Gráfico de Kale 3", la norma en

específico –Art. 170 del C.P.- mediante su formulación legal, prohíbe a todo sujeto –“el que”-, llevar a cabo ciertas conductas amenazadoras, por estar abarcado las mismas por el “riesgo no permitido” de lesionar el bien objetivo libertad sexual de otro sujeto, aun teniendo en cuenta su carácter de persona autorresponsable, es que se admitiría que se ha realizado una infracción a su rol general de ciudadano. Y esto, no se aleja -como ya se ha dicho- en nada a la estructura de la autoría mediata como forma de interpretación de la grave amenaza del tipo sexual que aquí nos interesa, sino que en este sub tema se realiza una valoración de la conducta típica con respecto al daño ocasionado al bien jurídico, la que se logra justamente mediante los filtros normativos de la imputación objetiva.

### **2.3.13.2. Imputación a la Víctima en presunto Delito de Violación Sexual:**

Acorde con el gráfico siguiente, corresponde dar respuesta normativa a la interrogante de ¿Quién responde por los daños ocasionados a la libertad sexual de la víctima, cuando se ha utilizado como medio a una amenaza atípica?, es decir, existe un acto consumativo que es el acceso carnal o la realización de algún acto sexual ilícito que se ha logrado justamente por el anuncio o imposición de un mal considerado como riesgo insignificante o irrelevante, entonces ¿a quién se le imputa ese resultado lesivo?; esto en el marco de la imputación objetiva.



La problemática que se intenta explicar entonces, es la referida a los resultados lesivos ocasionados por la conducta de un primer sujeto, pero que esa misma conducta es abarcada como riesgo insignificante o irrelevante.

Si bien aquí somos partidarios del sistema funcional desarrollado por Jakobs y en concreto se ha hablado de la institución denominada "Actuación a propio riesgo –de la víctima-" como filtro valorativo de la imputación objetiva, sin embargo este parece de precisiones dogmáticas para comprender el acceso carnal conseguido mediante una amenaza atípica –la que será de apreciación en los siguientes párrafos-, por consiguiente tomamos el modelo de la "imputación a la víctima" desarrollada por Manuel Cancio Meliá, sin dejar de lado los conceptos acentuados por Jakobs. (Mediante la actuación a propio riesgo, Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. El jurista Español CANCIO MELIA, refiere que las denominaciones normativas con las que también se conoce a la institución "actuación a propio riesgo de la víctima" es un figura desarrollada por los jurista como Preub, Bruns, Krey, Derksen y el propio Jakobs. Luego está la denominación de la "competencia de la víctima", utilizado por Jakobs, Herzog y Nestler-Temel. Y por último está la figura conocida como "autopuesta en peligro", desarrollada por Claus Roxin -la que en este estudio no se sigue aquí por apartarnos de su modelo de sistema penal-

. Rechazo a tales terminologías en la medida que los mismos hacen alusión a aquella víctima que se expone a un riesgo específico como a los riesgos generales de la vida, sin que haya en este caso una imputación en sentido estricto a la víctima. Véase en: Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal”. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. pp. 284-285. El propio JAKOBS reconoce que esta figura del “actuar, actuación o acción a propio riesgo” es una figura de la jurisprudencia civil alemana. Véase en: Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 307.)

La “Imputación a la Víctima” como categoría valorativa conductual de la teoría general de la imputación objetiva, trata de los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero –del sujeto activo-, está precisamente en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad a la víctima, es decir, aquellos casos en los que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de la víctima. (Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal”. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. p. 285.)

Se afirma que, no toda causación es contraria a la norma, sino que solo lo es, la que constituye una defraudación, es decir, la causación cuya evitación está garantizada. (Jakobs, Gunther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 315.) Ya en el marco de la imputación objetiva del resultado en el delito de Violación Sexual, esto se traduce a que el resultado entendido como el acceso carnal –lesión de un bien objetivo-, para poder ser imputado al autor que se ha servido de la grave amenaza, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al mismo (como factor determinante, que ha sobrepasado el riesgo permitido); pues la causación del resultado solo es imputable penalmente en la medida que haya provenido de una acción constitutiva como defraudación de la norma, o como la denomina Caro Jhon citado por PARIONA ARANA, que el comportamiento tenga significado antinormativo. (Benavente Chorres, Heshbert. “La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Barcelona:

J.M. Bosh Editor; 2011. p. 189. Pariona Arana, Raúl. "Consideraciones sobre la Imputación Objetiva y su consolidación en el Derecho Penal Peruano". En: "Imputación Objetiva". Raúl Pariona Arana y Francisco R. Heydegger (coordinadores). Lima: Instituto Pacífico; 2015. p. 21.) Entonces cuando hablamos de aportes conductuales –del que amenaza y del amenazado-, ambas conductas son valoradas por igual en el contexto de desarrollo del caso en concreto.

En el "Gráfico de Kale 4" se observan dos situaciones o hechos, "A" y "B"; la situación "A" -que ya ha sido tratada- abarca el hecho de que el sujeto "X" se sirve de una amenaza típica y la dirige contra el sujeto "Y", aquí instrumento es el que consiente el acto ilícito sexual vía consentimiento de este, pero de carácter forzado pues no es deseado por la víctima y autor mediato es aquel que es responsable del defecto del consentimiento, desde luego y valga la redundancia, existe una conducta típica y siempre dolosa; mientras que en el hecho "B" también se presentan las mismas características en los sujetos del hecho "A", pero solo existe una diferencia, la referida a la conducta "amenaza" del que se vale el sujeto "X", pues la misma es una conducta atípica –conforme a su estructura-.

A fin de determinar la forma adecuada de analizar los casos concretos envoltentes de una amenaza, debe tenerse en cuenta la secuencia de las actividades personales que tienen a lugar, así en todos los gráficos de Kale aquí mostrados se aprecia que existe un orden de acciones que permiten un resultado lesivo, estos son: Primer Acto.- acción del que amenaza; Segundo Acto.- acción de la persona amenazada, y en concreto es la de acceder a la petición sexual producto de la amenaza. En ese contexto y orden de actuaciones personales –relación de intersubjetividad donde cada comportamiento es personal-, donde de plano se advierte que no existen actuaciones al mismo tiempo, por tanto se habla aquí de la "imputación a la víctima" como figura dogmática que permite comprender y determinar como responsable del daño a un objeto de protección a la propia víctima sexual, y la que aleja o anula la imputación penal al que amenaza. (Si otro fuese el orden de acciones -que primero realice una acción la víctima y luego el sujeto denominado autor, o que ambos realicen una acción conjunta-, puede

dar a lugar diferentes formas de dar respuesta al curso lesivo y sobre todo al resultado lesivo de un bien objetivo; la doctrina da respuesta a esas otras formas de realización de un daño a través de las figuras de las “actividades arriesgadas conjuntas de víctima y autor” –propio de una dogmática causalista del delito-, la “perspectiva material del consentimiento” –lo decisivo es lo asumido conscientemente por la víctima, hasta donde llegue su consentimiento-, las posturas que parten de la diferenciación entre “participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro” – ejecución de la actividad arriesgada entre víctima y autor-, la “victimología o principio victimológico” –criterio de exención de responsabilidad respecto del autor y punición en forma de bagatela para la víctima- Véase más en: Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal”. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. pp. 91-92.)

Como ya se señalara, Jakobs manifiesta que hay dos supuestos de ataques típicos a bienes disponibles, siendo el primero la destrucción de un bien sin la voluntad del titular del bien; o bien puede de modo imputable (mediante coerción o engaño) condicionar al titular del bien a que quiera renunciar a su bien; en este último caso la acción fáctica consiste en el doblegamiento de la voluntad, que a través del consentimiento conduce a la destrucción del bien, pero que ese consentimiento ha sido dominado por el autor –regla general-. Lo que ocurre con la modalidad típica Grave Amenaza. (Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 290.) Pero un consentimiento no condicionado típicamente excluye la realización del tipo; de ahí que el propio Jakobs considerase apropiado llamarla un acuerdo forzado. (Jakobs, Gunther. Ibidem. p. 291.) Siguiendo criterios normativos, el jurista Español CANCIO MELIA, considera como supuesto que excluye la responsabilidad de la víctima cuando, la conducta de la víctima no ha sido instrumentalizada por el autor, por carecer la víctima de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable. (Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal”. Otros dos supuesto por el cual el resultado lesivo debe de ser imputado a la víctima, serían: cuando la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; y cuando el autor no tenga un deber específico frente a los bienes de la víctima. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. p. 286. Por otro lado,

la fundamentación de la autorresponsabilidad de la víctima hace referencia al carácter autorresponsable o autónoma de ésta para ser considerado relevante en la valoración jurídico penal del comportamiento de autor. El término “autorresponsabilidad” hace referencia a los fundamentos normativos que están en la base del tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, es decir, para designar las bases fundamentadoras de un ámbito de responsabilidad de ésta. Mientras que el “carácter responsable” está referida a la determinación de los criterios concretos para decidir si la víctima concreta en una situación concreta reúne las características personales necesarias para que pueda afirmarse que su conducta ha sido responsable y que debe por ello influir en la valoración jurídico penal del comportamiento del autor. Cancio Meliá, Manuel. *Ibidem*. pp. 261-ss.)

Como puede apreciarse, en el desarrollo de la creación de un riesgo propio de la víctima se torna relevante la activación del elemento “consentimiento” de la víctima; desde luego Víctima es considerada como el sujeto pasivo del delito o sobre el que recae una acción y quien ostenta libremente en función de la norma un bien jurídico, este sujeto también es conocido bajo el término de agraviado. Mientras que el Consentimiento es comprendido en sentido material como la aceptación consciente de la víctima del acontecer arriesgado. (Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal”. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. p. 147.) Esto quiere decir, que el consentimiento debe dejar de entenderse como un dato psíquico y considerarlo más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad. (Benavente Chorres, Heshbert. “La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Barcelona: J.M. Bosh Editor; 2011. p. 187. JAKOBS considera que para la objetivación de la voluntad, como excluyente del tipo, se trata de la modificación de la relación del facultado para disponer con el bien, por tanto solo puede importar aquello que sustenta esa relación, es decir la voluntad interna –en el consentimiento directo- o el abandono de la situación en la que el albedrío del afectado vincula al autor –en el consentimiento indirecto-. Véase en: Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 297.)

Y es que no todo mal sensible con el que se amenaza fundamenta en todo consentimiento autoría mediata, sino solo aquel mal cuya importancia a de determinarse relativamente, es decir, dependiendo del bien que se abandona. (Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y

Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 301. Es considerable la perspectiva que tiene el jurista Argentino ZAFFARONI, cuando al tratar el Consentimiento como Aquiescencia, no está de acuerdo con la doctrina dominante que entiende al consentimiento como una renuncia a la protección jurídica; sino que lo correcto es que la aquiescencia como atipicidad no puede ser “renuncia” sino ejercicio que la ley protege, o sea, no es precisamente renuncia a la protección, sino actuación a su amparo. Lo que Zaffaroni intenta explicar, es que el consentimiento no es otra cosa que la disposición de ejercer un derecho subjetivo, siendo esa disposición la que muestra que no hay ningún bien jurídico afectado. Véase en: Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal Parte General”. Tomo III. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997. p. 519.) El abandono del bien es una situación que solo atañe a la conducta de la víctima.

Los siguientes ejemplos citados por Jakobs pero con variantes, permite comprender la relevancia de los bienes que se abandonan por medio del consentimiento; amenazar a una mujer con quitarle el vehículo con el que ésta se traslada sino accede a mantener un contacto sexual con ella, y amenazar gravemente –sin especificar el daño- a una mujer para que consienta relaciones sexuales sádicas. (Jakobs, Gunther. Ibidem. p. 301.) Así en el caso del auto no podría hablarse de una instrumentalización propiamente dicha para efectos del delito de violación sexual, y en todo caso si cabría hablar del delito de coacciones; mientras que en el caso de las relaciones sexuales sádicas, si existe instrumentalización para efectos de autoría mediata, aquí concurren el delito de lesiones –por la práctica sádica- y el delito de violación sexual pero el segundo delito subsume al primero. (Jakobs, Gunther. Ibidem. p. 301.) No olvidemos que en ambos casos, hechos “A” y “B” concurre un consentimiento válido de parte de la víctima, pero con la libertad de decisión limitada; aparte que es necesario reconocer la amenaza típica de la atípica, no solo para desarrollar la autoría mediata sino también y de forma relevante el estado de necesidad en el que pueda actuar la víctima mediante su consentimiento, pues ante una grave amenaza el consentimiento siempre es “justificante”. (No debe confundirse al “Consentimiento” como causa que exime la responsabilidad penal en general, regulado en el Art. 20, inciso 10 del C.P., “El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”; pues esta se corresponde a los casos donde nunca existe un riesgo permitido sino que siempre hay



una permisión para causar un daño en un bien. Ejemplo: La mujer que consiente practicar actos sexuales con su vecino, donde nunca ha mediado coacción, violencia o engaño; pues distinta es la situación presente aquí donde si existe un riesgo no permitido. En el primer supuesto hay una libertad de decisión voluntaria completa que envuelve el consentimiento; en el segundo el consentimiento es producto del doblegamiento de la voluntad. Cabe agregar que en el primer supuesto solo se habla de un “consentimiento eficaz”, la que no se da en el segundo supuesto, pues el consentimiento es anterior a la acción y es mantenida por el sujeto pasivo hasta el final –entre otras características-; en todo caso es preferible entender que el consentimiento en general excluye la tipicidad. Acerca del Consentimiento eficaz véase más en: Bacigalupo Zapater, Enrrique. “Derecho Penal Parte General”. Lima: Editorial Themis; 1996. p. 196; Donna, Edgardo Alberto. “Derecho Penal Parte Especial”. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores; 1999, pp. 140-141. Resientemente: Yvancovich Vasquez, Branko Slavko. “El Consentimiento y los bienes jurídicos disponibles”. En: “Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal”. Lima: Gaceta Jurídica; 2014. pp. 175-ss.)

En todos los casos que se actúe mediante una amenaza insignificante –modalidad atípica-, se entiende que la víctima tampoco quiere la realización del mal anunciado (por Ejemplo que no se cumpla la amenazar de contar al marido la infidelidad de la mujer, que la policía no se entere de la participación del hermano en un grupo terrorista, etc.) y menos el contacto sexual de que se trate, por tanto presta su consentimiento, pero aquí ya no se torna relevante su voluntad para efectos de punibilidad de la conducta del que la amenaza, porque llanamente los bienes en juego –de si se abandona o no los bienes de la víctima- no son relevantes conjuntamente con la amenaza constitutiva como riesgo insignificante para el derecho penal por no tener el mismo respaldo social y sobre todo porque no existe una instrumentalización.

Ahora bien, el consentimiento siempre es doloso, por consiguiente nunca existe un consentimiento culposo; el que el bien objetivo libertad sexual del afectado se haya de tratar según su libre voluntad o el que éste haya “perdido en el juego” el derecho al respeto, no se rige como insistentemente se ha llegado hasta aquí por medio de criterios subjetivos, esto es, únicamente por lo que el afectado piense, sino por si le incumbía su autoprotección. Y por ello debe admitirse, que es posible que un afectado que se introduce en una situación donde ella se sienta arriesgada o no se

desmarque de ella, sea responsable el mismo de las consecuencias previstas e incluso de las no previstas. (Jakobs, Gunther. "Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 306.) Entonces el manejo inconscientemente descuidado de los propios bienes puede llevar al obrar al propio riesgo, que exime de responsabilidad al dañador.

Entonces y completando la formulación dogmática de la imputación a la víctima, acorde con el "Gráfico de Kale 4" frente al resultado lesivo – acceso carnal- conseguido mediante un riesgo insignificante o irrelevante – amenaza atípica- debe imputarse a la víctima. Y esa imputación se da cabida mediante el "principio de autorresponsabilidad", que permite también determinar la tipicidad de la conducta del autor; pues la imputación a la víctima elimina la imputación objetiva, así, la adscripción al ámbito de responsabilidad de la víctima, en cuanto proceso normativo impide que la aportación del autor pueda tener la configuración de una acción delictiva. De modo que la víctima sexual se le va a imputar el contexto de interacción por ser responsable preferente de su configuración vital –configuración vital que es asunto suyo en cuanto ejercicio de autonomía y que no puede ser asunto de otro cuando se trata de atribuir los costes-lesiones de esa configuración-. (Cancio Meliá, Manuel. "Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal". El núcleo de la Autorresponsabilidad queda delimitado como: 1.- a todo ciudadano corresponde un ámbito de organización propia de su ámbito vital. 2.- en principio también corresponde a quien es titular de tal ámbito de organización la responsabilidad por los daños que pueda derivar de esa organización propia. Así en la autorresponsabilidad se fundan la autonomía y la responsabilidad derivada de ésta. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001. p. 301. Cuando se habla de imputa a la víctima, no se hace referencia a que la misma infringe una norma, sino que está referido a la exclusión de la responsabilidad del autor de la amenaza.)

Hasta aquí se ha otorgado un estudio íntegro de los supuestos de hecho donde exista una acción que condiciona –amenazas típicas y atípicas generan una elación intersubjetiva- la realización de uno de los actos sexuales prohibidos por el artículo 170 del CP -Violación sexual-,

como objetivo primordial de esta investigación, pues se han evaluado no solo la conducta del autor con su amenaza, sino también el aporte de la víctima sexual con su elección. En tanto que en ambos supuesto de amenazas, que son la causa del resultado lesivo, van a afectar siempre la libertad sexual pero que no siempre debe ser imputable al autor de la amenaza sino que también es posible imputar el resultado lesivo al bien objetivo libertad sexual a la propia víctima.

Lo anterior se resumen como sigue: En algunos casos, existe creación de riesgo prohibido por parte de quien amenaza a otro; y en otros casos al existir la creación de un riesgo insignificante y hay un acto sexual al que se ha llegado a través de una amenaza, habrá que imputarse a la víctima ese resultado dañino a su libertad sexual. Lo último es consecuencia de haber faltado al deber de autoprotección y/ o prestar su voluntad; al respecto JAKOBS concluye que: “Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo”. (Jakobs, Günther. “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”. Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995. p. 34.)

Concluimos esta parte recordando que, esta es la forma –más adecuada y alejados de la concepción de remisión al Derecho Civil contenido en el Acuerdo Plenario N° 01-2011- como determinar por parte del juzgador –y todos los operadores del derecho- como tercero observador del hecho, la responsabilidad por un hecho, o responderá penalmente el autor de la amenaza, o responde la víctima de la amenaza en cuyo caso nunca existió delito –a ello se agrega el analizar el resto de circunstancias que rodean el hecho-.

Si bien se trata al delito de violación sexual como un delito de dominio, puede caben supuesto de deber de garante, es decir se comprenden también situaciones como delito de competencia institucional,

y es que, si falta la capacidad y el discernimiento de un sujeto, puede prestar el consentimiento válido el curador o el tutor del incapaz, siempre que se halle en el marco de su deber de cuidado; pudiendo ser responsable por la omisión del mismo ya que respecto de ciertos bienes jurídicos se halla su posición de garante. (Ejemplo: Que la madre no hiciese nada para evitar el acto sexual que realiza el padrastro a su hija de aquella, estando ella presente.) Por ahora solo nos limitaremos a hacer referencia dicha posibilidad de participación criminal. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal Parte General". Tomo III. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997. p. 519.).

#### **2.3.14. EXCLUSION DEL CARÁCTER AUTORRESPONSABLE DE LA CONDUCA DE LA VICTIMA:**

Si bien se ha determinado como punto álgido en el delito de violación sexual, que la no instrumentalización de la víctima por la acción impuesta –amenazas atípicas- se habla de la existencia de una autorresponsabilidad de la víctima –siempre que exista un daño en la libertad sexual-, en el sentido que ya no cabe hablar de un hecho donde existe autor y víctima; pues en tal caso procesalmente hablando el resultado lesivo es impune, en tanto que el resultad se traslada al ámbito de competencia de la víctima.

Entonces toca ahora desarrollar los supuestos de exclusión de la autorresponsabilidad de la víctima y negar que existe imputación propiamente dicha a la víctima por su comportamiento que ha permitido la realización de un menoscabo en el propio bien objetivo, libertad sexual.

Así los supuestos que hemos considerado que excluyen la imputación a la víctima, aplicable al delito de Violación Sexual, son: 1. Cuando la conducta de la víctima es abarcada por un estado de necesidad (supuesto conseguido mediante la grave amenaza); 2.- Cuando la conducta de la víctima es producto de otra conducta típica (supuesto conseguido mediante la "Violencia" como segunda modalidad típica); 3.- Cuando la conducta de la víctima se presenta *Ex Post* de una Grave Alteración de su Consciencia; 4.- Cuando la conducta de la víctima esté abarcada por el Consentimiento Eficaz; y, 5.- Cuando la conducta de la víctima es producto

de un engaño intimidatorio. El único supuesto no punible aquí es el *Tercer supuesto* que abarca el consentimiento eficaz, el resto de supuestos afirma una punición del autor que impone a otro una amenaza típica.

Acorde a los objetivos a seguir –estudio de la interpretación de la grave amenaza- y a fin de no redundar en el desarrollado hasta aquí alcanzado, los supuestos *tercero, Cuarto y Quinto* serán desarrollado en el presente acápite; mientras que el *Primer supuesto* será desarrollado en el siguiente acápite por considerarlo más complejo a las otras y la que merece una atención de estudio especial, más se puede anticipar que el mismo tiene ya una parte desarrollada aquí mediante la autoría mediata y creación de un riesgo prohibido-. El *Segundo supuesto* no será desarrollado en este trabajo, puesto que como su mismo nombre lo señala abarca los casos mediante el cual el autor se vale de otro medio o modalidad típica, que acorde al tipo penal es la “Violencia”, y la que nosotros desde un inicio hemos advertido que dicho medio comisivo presenta características también especiales que merecen otro estudio profundo, que por consiguiente no ha sido ni será tratada aquí por no corresponder a nuestros objetivos. Por su lado el resto de supuestos –*Tercero, Cuarto y Quinto*- que ya han sido mencionados tangencialmente serán tratados con la finalidad de comprender la tipicidad de las conductas –a excepción del *Cuarto supuesto*- del que amenaza a otro con la finalidad de lograr uno de los actos sexuales ilícitos contemplados en los delitos contra la libertad sexual y en específico en el delito de Violación Sexual.

#### **2.3.14.1. Cuando la conducta de la víctima se presenta *Ex Post* de una Grave Alteración de su Consciencia:**

Los individuos de la especie humana, en tanto tienen atribuida por parte del ordenamiento la condición de personas, ostentan la aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones.

Se sabe pues, que el bien jurídico que busca proteger el legislador penal, mediante la regulación del Art. 170, es la libertad sexual de la persona humana, sin distinción del sexo de la víctima. Como dijera

CASTILLO ALVA, no cabe duda, que cuando se somete, o se pretende someter, a una persona a tratos inhumanos o degradantes o al empleo de la violencia o amenaza para la obtención de determinadas finalidades - lograr un acceso carnal- se vulnera de forma frontal la dignidad del ser humano. (Castillo Alva, José Luís. "Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales". Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002. p. 64.) La que es acorde al Art. 1 de nuestra Constitución Política.

Es de advertirse que esa libertad sexual solo es posible de desenvolverse en personas cuya capacidad de discernimiento es completa o al menos que lo parezca tener así, mediante su actuación personal.

Pero es el caso, de que existen supuestos donde esa autodeterminación real y concreta de la libertad sexual es aparente o simplemente no existe; y si no existe, no estaríamos ante una libertad individual sexual, y no existe esa aptitud de autodeterminación sexual en personas con incapacidad psíquica o física, donde por consiguiente no se puede hablar de la existencia de una libertad en sentido amplio, pues carecen de un desarrollo normal físico y psíquico, y esto no tiene nada que ver con supuestos subjetivos, o asuntos de carácter cognitivos (Ejemplo: El miedo que puede interpretar un psicólogo).

En definitiva, no hay libertad sexual en aquellos sujetos que se encuentran en situaciones y condiciones fuera del grado normal de todo sujeto, situaciones que tienen contenido biológico o psicológico por las que puede atravesar de manera permanente o transitoria. Lo que en definitiva los convierte en sujetos débiles y víctimas potenciales por parte de terceros que aprovecharán o abusarán de dichas circunstancias en las que se encuentran.

Ahora bien, cuando nos referimos al "que parezca tener" esa capacidad de libertad sexual, se hace referencia a la edad de la víctima, que conforme a la política criminal tenido en cuenta por el legislador con las últimas modificatorias al tipo penal de Violación Sexual -Art. 170 del C.P.-, se delimita la edad de catorce años de edad como el límite de

interpretación de que un sujeto puede hacer uso de su libertad sexual. En ese sentido de ser menos a catorce años la edad del sujeto sobre el que recae un acto sexual, el comportamiento prohibido se desplaza al delito de Violación Sexual de Menor de Edad –Art. 173 el C.P.-, por concurrir la presunción *iure et de iure* de su inmadurez para dar libremente su consentimiento en un acto sexual.

Mientras que la referencia a “que no existe” libertad sexual, se estará en aquellos casos donde la capacidad motivada de la víctima se presenta por factores psicofísicos que coartan su normal discernimiento. Aquí desde un programa penal-constitucional se intenta proteger a estos sujetos, mediante la regulación del Art. 172 del CP.

Es un hecho que solo en el tipo penal del Art. 170 del C.P., se exige como medios para perpetrar el acceso carnal no consentido, a la violencia y a la grave amenaza, mientras que los tipos penales de los Arts. 172 y 173 del vigente C.P., no se los considera como tales; cuestión última que no significa que el agresor sexual no pueda actuar contra un menor del Art. 170, con violencia o amenaza grave, del mismo modo en el Art. 172 el sujeto activo bien puede valerse de uno o de ambos medios de comisión o incluso de amenazas que en general puedan no ser consideradas como dañinas o amenazas absurdas desde la perspectiva de un sujeto normal – riesgos insignificantes-. Pues justamente teniendo en cuenta el legislador las circunstancias antes mencionadas, es que busca otorgarles protección jurídica y justicia procesal. Por ende en estos supuestos, no se requiere verificar, al menos procesalmente que hubo consentimiento en el sujeto pasivo para llevar a cabo un acto sexual, situación misma que ocurre en el tipo del Art. 176 – Actos contra el Pudor en Menor de 14 años de edad; en cuyos supuestos de apreciarse la concurrencia de una grave amenaza el mismo puede ser valorado por el juzgado para efectos de determinación judicial de la pena (es decir, a nivel procesal debe de hacerse una segunda valoración de la amenaza y su cuantificación y cualificación, la que se realiza en la apreciación del hecho envolvente o el contexto en el que ha sido desarrollado la actividad delictiva).

Lo antes arribado es claramente apreciable con la distinción entre delitos contra la libertad sexual y delitos contra la indemnidad sexual (de ahí a que se postule que el *nomen iuris* del grupo de familia de los delitos sexuales en nuestro C.P., sea en este sentido). En un delito contra la libertad sexual, se parte de la idea de un sujeto pasivo libre cuya voluntad fue vencida a través de medios coactivos (Ejemplo: La amenaza). En un delito contra la indemnidad sexual, se hace referencia a un bien que no es susceptible de disposición por su titular y ha llevado al legislador adecuar el ordenamiento jurídico para proteger a determinadas personas de actos sexuales –ilícitos en todo aspecto- que puedan afectar su desarrollo y/o bienestar personal-social, hasta que dichos sujetos puedan lograr valerse por sí mismos y ser conscientes de lo que conlleva relacionarse sexualmente con otros; asimismo otra consideración política criminal tomada en cuenta es que, al sujeto pasivo le falta aptitud e idoneidad (desarrollo físico-mental) para rechazar la agresión sexual de la que es objeto y la que la afecta en su integridad. De modo que si se hace empleo de una amenaza -sea insignificante, absurda-, ésta siempre es valorada por el tercer observador –el juzgador- y si el agente ha conseguido el fin sexual, siempre será punible.

Si bien se ha cumplido con hacer la diferencia de los tipos penales en materia sexual regulados por nuestro código penal con relación a la libertad sexual (decisión final sobre quien recae un acto sexual), que ayuda a comprender las diferentes clases de víctima que el legislador las ha tomado en cuenta según determinadas circunstancias (edad, capacidad y falta del mismo), clarifica el escenario para admitir que se está frente a un supuesto de exclusión de la autorresponsabilidad de la víctima.

Sin embargo esta clase de exclusión de la autorresponsabilidad se ha titulado, bajo los términos de “cuando la conducta de la víctima se presenta de forma *Ex Post* a una grave alteración de su conciencia”; justamente creemos que desde la imputación objetiva y analizando los aportes conductuales de los sujetos intervinientes –el que amenaza y el amenazado- el tercero observador debe analizar el estado psíquico en el



que se encontraba la víctima del acceso carnal “momentos antes” de haber recibido el mal amenazado. No debe confundirse, que cuando hablamos de valorar el estado psíquico, nos estemos refiriendo a valorarlo desde una postura subjetiva de la amenaza; sino que tal valoración sigue correspondiéndose a la imputación objetiva, de ahí que se agregara en comillas la situación “*Ex post*” aludiéndose a la contigua, siguiente o después de encontrarse la víctima en un estado grave de alteración de su consciencia.

Es posible presentarse el siguiente supuesto, donde: “A” acaba de tomar conocimiento que su padre y madre sufrieron un accidente vehicular, donde producto de ello falleció el padre, mientras que su mamá se encuentra gravemente delicada de salud. “B” al enterarse de este hecho, amenaza a “A” con matar a su mamá si no accede a tener un contacto sexual con él”. Situación que cambia cuando solamente, el sujeto “B” directamente va hacia “A” y la conmina a tener un contacto sexual bajo la amenaza de matar a sus padres, quienes se encuentran laborando.

Nótese que la contrariedad presentada entre ambos supuestos, es pues, que en el primero, el sujeto activo emisor de la amenaza conoce una previa situación en la vida de la víctima, que es la de haberse enterado que su padre ha fallecido y su madre se encuentra hospitalizada; situación que justamente es aprovechada por el sujeto activo. Mientras que en el segundo supuesto, el que amenaza (sea que conozca o no su víctima), se hecha a la suerte con su amenaza de muerte hacia los padres de la posible víctima.

La amenaza de matar a la madre hospitalizada, por más que sea un mal grave, finalmente puede o no concretizarse; sin embargo debe valorarse aquí la situación previa en la que se encontraba la víctima, momentos antes de recibir el mal amenazado. Pues es lógico que tomar conocimiento de la pérdida de un familiar cercano va a perturbar y trastornar la vida psíquica de ese sujeto (estado afectivo grave), en sentido jurídico generar una grave alteración de la consciencia.

La grave alteración de la conciencia, tanto en su sentido dogmático como político-criminal, se equipara a la fórmula el trastorno mental transitorio y al trastorno profundo de la conciencia. Esta causa de inimputabilidad, supone la existencia de la conciencia, pues la misma no debe verse total ni absolutamente aniquilada. Cuando la ley alude a la conciencia se refiere a la “consciencia de uno mismo en su relación con la consciencia del mundo exterior”. Como apuntara JAKOBS, la alteración es una desordenación, que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida. (Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 639)

Por ello, corresponde tenerse en cuenta por parte del observador, a la hora de analizar los medios coactivos utilizados por el sujeto activo, entre ellas la amenaza. Pues pueden existir casos de debilidades importantes como la muerte de un familiar, que genera un estado anómalo en la conciencia previo a la amenaza puesta en perspectiva de la víctima, por más que sea una amenaza de difícil realización, insistimos, debe de ser valorada en cada caso en particular.

El presente investigador, no comparte pues el planteamiento del jurista Castillo Alva, cuando señala que, si el acto sexual u otro análogo se practica con una persona afectada por una causal de inimputabilidad o en incapacidad de resistir mediante el recurso de la violencia física o la grave amenaza y el agente conoce el estado de la víctima se deberá aplicar un concurso ideal entre el Art. 170 y el Art. 172, pues una misma acción habrá realizado dos tipos penales distintos que gozan de plena autonomía e independencia valorativa. (Castillo Alva, José Luís. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Ob. cit. p. 203.)

En estos casos la imputación recae en la presencia positiva de disentimiento vencido por un cierto grado de presión, que aun sin ser relevante ha sido suficiente frente a las condiciones personales de la víctima. Pues es verdad, que existe un disenso manifiesto -la víctima no desea mantener un contacto sexual-, pero es vencido por un medio

coactivo utilizado por el autor (amenaza –la que interesa a la investigación-). Pero al estar presente ante una grave alteración de la consciencia de la víctima (u otro estado regulado en el Art. 172 del CP) y que sobre ella recae una amenaza (sea o no un mal relevante), no permite que admitamos estar frente a una autoría mediata por coacción, por más que la víctima se sienta coartada y coaccionada, pues el estado psíquico anómalo –alteración grave de su consciencia- determina su inimputabilidad, cuestión que está lejos de admitir su instrumentalización.

Por ello lo correcto es decir que en caso que el sujeto activo emisor de las amenazas (sean un mal idóneo o no para convencer a una persona de estado normal), se vale y aproveche la situación psíquica en la que se encuentra la víctima, como lo es la grave alteración de la consciencia, es factible admitir que se está frente al delito regulado en el Art. 172 del CP; he incluso se posibilita hablar de una tentativa punible de este tipo penal, si en caso la amenaza es de absurda realización y no se ha llegado a realizar el acto sexual prohibido. Pero nunca debe ser analizado desde la perspectiva del Art. 170 del C.P., si existiese uno de los estados anómalos de una persona que los convierte en inimputables, pues no cuenta con la libertad de decisión requerida en este tipo penal. Por consiguiente la realización de un curso lesivo mediante la creación de riesgos insignificantes (la que nos importa aquí como amenazas atípicas) no puede generar una atipicidad en otros tipos penales, y por ello nos hemos limitado a expresar que en el tipo regulado en el Art. 170 del C.P., de presentarse una amenaza atípica no se imputa a su autor, pero el mismo si es imputable cuando se dirigen a otros sujetos de protección penal, como lo son las víctimas propias de los Arts. 172 y 173 del C.P. vigente.

#### **2.3.14.2. Cuando la conducta de la Víctima esté abarcada por el Consentimiento Eficaz.**

El sujeto pasivo sobre quien recae un acto sexual ilícito es el único titular del derecho a llevar una vida considerada honesta conforme a ciertas pautas, de conservar su libertad sexual –en su sentido positivo y negativo- como bien jurídico. Dicho sujeto en cuanto persona implica

atribuirle libertad en el sentido de poder autodeterminarse a una realización personal y que sus actuaciones están sujetas a una responsabilidad frente a los demás –individualidad y socialidad de la personalidad-.

La ley tutela pues, los derechos individuales que emergen de las garantías individuales como tales; no hay ningún especial interés jurídico en que una mujer se abstenga de practicar relaciones sexuales con un hombre, pero si lo hay en que pueda hacerlo cuando a ella le plazca y no cuando no lo autorice. Entonces, cuando se dispone se ejerce un derecho subjetivo, siendo esa disposición la que muestra que no hay ningún bien jurídico afectado. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal Parte General". Tomo III. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997. p. 519.)

Cuando se hace uso del ejercicio de las libertades personales, esta nos permite decidir cómo ejercer los propios derechos y bajo un determinado criterio de autodeterminación e incluso a través de esa libertad se llega a ser consciente y reflexivo que puede haber un grado de afectación, el que uno puede tolerar.

Friedrich Geerds señala que el consentimiento algunas veces actuará como causa de justificación y otras como causa excluyente de la tipicidad, si bien ambos tienen de común el tratarse de casos de conformidad del interesado, que autoriza una conducta capaz de afectarle. Aparece como causa de justificación, cuando no existe interés del estado; es decir cuando quien ostenta el interés protegido por el derecho es, de modo exclusivo, un particular. No estriba su naturaleza en que sea un interés renunciable, sino en que la voluntad expresada por el agente hace desaparecer la inmoralidad de la conducta ajena, siempre que reúna las condiciones para ser considerado auténtico consentimiento. Y en los casos que éste opera como causa excluyente del tipo, se da cuando el asentimiento del interesado impide que la figura exista, lo que ocurre en aquellas especies delictivas en que expresa, o tácitamente, se exige que el autor obre objetivamente contra la voluntad del sujeto pasivo (Ejemplo: violación de domicilio, violación carnal, etc.), dice Geerds que, en estos

casos basta con que se exprese una “voluntad natural” sin que sea preciso que la conozca el agente. (Jiménez De Asúa, Luis. “Tratado de Derecho Penal”. Tomo IV, El Delito, Segunda Parte. Buenos Aires: Editorial Losada S.A; Edición 2005. pp. 617-618.)

Los autores antes citados, aparte de ser los primeros juristas en pronunciarse, son claros al realizar una diferenciación de operación del consentimiento como atipicidad y antijuridicidad, actualmente la doctrina es dividida en este sentido, pues hay un sector dominante que niega tal diferenciación y solo consideran al Consentimiento como causa de Atipicidad (Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. pp. 297-ss. Roxin, Claus. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”. Tomo I. Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal. Madrid, España. Editorial Civitas; 1997. pp. 517-ss. Bacigalupo Zapater, Enrique. “Derecho Penal Parte General”. Lima: Editorial Themis; 1996. p. 140-ss.), mientras que un segundo sector admite que la misma opera tanto para la tipicidad y la atipicidad. (Como ya se señalara ZAFFARONI argumenta que es incorrecto hablar de abandonar o renunciar al bien jurídico o renunciar a la protección jurídica penal, más lo correcto es entender que la conducta de la víctima debe ser entendida como el ejercicio de la disponibilidad tutelada por la norma. Más interesante aún hace su postura de que la Aquiescencia –consentimiento- generadora de atipicidad ha de llamársele “acuerdo”; mientras que la que solo pone un límite a la causa de justificación ha de llamársele “consentimiento”. Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal Parte General”. Tomo III. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997. pp. 519-521. De esta postura diferenciadora también son JESHECK y MIR PUIG. Véase en: Código Penal Peruano Comentado. Tomo I, Título Preliminar, Parte General. Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2004. p. 803.)

Aun cuando consideramos de importante esta diferenciación, y sin entrar a mayor dilucidación del mismo, la discusión gira en torno a la conducta que se funda en el consentimiento prestada por la persona quien aparentemente parecería ser el sujeto pasivo de una acción y de la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales y colectivos del que ostente dicho sujeto. Y es que se parte del ejercicio de las libertades personales para decidir cómo ejercer los propios derechos y bajo un criterio de autodeterminación resolver el grado de afectación que uno está

dispuesto a tolerar. Como ya anticipáramos somos partidarios de que el consentimiento siempre excluye la tipicidad de la conducta del supuesto autor.

Aunque nuestro propio código punitivo trata al Consentimiento como una causa de justificación acorde con el Ar. 20, inciso 10; la doctrina nacional peruana no es unívoca respecto del fundamento y la naturaleza del consentimiento, por lo que se reconoce mayoritariamente a la teoría dualista, por el cual el consentimiento como causa de exclusión del tipo o de atipicidad se presenta cuando hay acuerdo y será considerado como causa de justificación cuando se da el consentimiento propiamente dicho. (Código Penal Peruano Comentado. Tomo I, Título Preliminar, Parte General. Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2004. p. 803.)

En el marco del delito de violación sexual, se dice que hay un atentado contra la libertad sexual en la medida que el sujeto activo a impuesto a al sujeto pasivo un mal contenida en una amenaza, ante la cual el sujeto pasivo optará bien por la realización del mal o por terminar “consintiendo” el acto sexual ilícito.

En ese sentido, hay dos puntos relevantes de apreciación de la conducta del sujeto pasivo, por un lado la capacidad de actuar por propia decisión –libertad- (Salvat – La Enciclopedia. Vol. 12. Colombia: Salvat Editores; 2004. p. 9065.), y la condiciones de libertad, por el cual se elige entre varias alternativas. Y ello no hace otra cosa más que clarificar la interrogante de ¿hasta qué punto ha de admitirse que la víctima ha decidido libremente sobre su libertad sexual?

Así, es indispensable que la víctima esté en plena capacidad (Entiéndase como la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones o la facultad de realizar actos válidos y eficaces.) para disponer de un bien jurídico y aceptar su lesión con las consecuencias que ello traerá con respecto a un determinado comportamiento (Ejemplo: En este sentido una mujer bajo estados de ebriedad no podría consentir y menos quien no tiene discernimiento). Sobre la base de ello es necesario que no existan ningún

tipo de vicios de la voluntad a la hora de analizar el consentimiento libre. En este sentido, el engaño, el error, la amenaza y la violencia constituyen algunos de los vicios de la voluntad que en caso de producirse excluirían el consentimiento o, al menos, lo convertirían en consentimiento no libre y como tal no tendría ningún valor en el ámbito de la dogmática jurídico-penal. (Roxin, Claus. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito". Resaltando la diferencia de efectos de los vicios de la voluntad en materia jurídica civil donde, en principio, las manifestaciones que adolecen de vicios de la voluntad son válidas y que sólo posteriormente pueden ser impugnadas por libre elección del manifestante. Tomo I. Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal. Madrid, España. Editorial Civitas; 1997. p. 544. Por su parte, MIR PUIG refiere que en estos casos no es aplicable la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad, y que la coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero el error y el engaño solo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida. Véase en: Mir Puig, Santiago. "Derecho Penal Parte General". 5ta Edición. Barcelona: Editorial Reppertor; 1998. p. 527.)

Luego la oportunidad que tiene el titular del bien jurídico, de evaluar la lesión o el riesgo de lesión debe ser antes de que ésta se produzca, caso contrario, no podrá ser válido el consentimiento brindado sobre cursos riesgosos ya establecidos por el autor sobre quien recae la acción para realizar una acción antijurídica inválidamente consentida. (Yvancovich Vasquez, Branko Slavko. "El Consentimiento y los bienes jurídicos disponibles". En: "Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal". Lima: Gaceta Jurídica; 2014. p. 176.)

Entonces, el consentimiento genera una causa de atipicidad objetiva –con esto afirmamos la postura de que el consentimiento excluye la tipicidad-, en los casos en que se da una "actuación contra o con la voluntad del sujeto pasivo", pues el mismo es un requisito del tipo objetivo (Art. 170 del C.P., "El que con violencia o grave amenaza...", no olvidemos que se habla de una actuación con la voluntad del sujeto pasivo); es decir que aquí el sujeto activo necesariamente para efectos de consumación del tipo, debe actuar sin el consentimiento de la víctima sexual (pues a pesar de que admitiéramos que mediante una amenaza hay un consentimiento, también hemos admitido que el mismo no es un consentimiento eficaz, por adolecer de un vicio de la voluntad, que justamente lo es la amenaza que

distorsiona a un verdadero consentimiento, la que es impuesta por el sujeto activo); pues de actuar con el consentimiento de la víctima –de haber un acuerdo entre ambos sujetos de practicar cualquier acto sexual- nunca habría tipicidad objetiva. Desde luego el tratamiento a nivel procesal para efectos de un sobreseimiento ha de realizarse desde el Art. 20, inciso 10 de nuestro Código Penal. Luego, bajo esta postura bien podría admitirse que otros tipos penales que no hacen referencia –taxativamente hablando- al actuar contra o con la voluntad del sujeto pasivo (Ejemplo: Delito de Lesiones: “El que cause a otro lesiones...” ) la atipicidad no es legal sino conglobante. (En el tratamiento del Consentimiento como causa de justificación, debe tomarse en cuenta que el mismo requiere ser conocido por el autor, ello a efectos de negar el mismo y determinar responsabilidad penal o caso contrario de establecer un error de tipo que elimina el tipo o a un error de prohibición. Véase en: Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal Parte General”. Tomo III. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997. p. 522.)

Si se ha determinado aquí que no toda amenaza, objetivamente coacciona y/o genera una autoría mediata, entonces esta idea se plasma, en que, no toda amenaza excluye el consentimiento eficaz, sino sólo lo harán aquellas amenazas que afecten seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico –grave amenaza-, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción. (Roxin, Claus. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”. Tomo I. Ob. cit. p. 551.) Caso contrario, al no haberse desplazado o eliminado el consentimiento eficaz, la responsabilidad por el resultado lesivo también ha de recaer también en el sujeto sobre quien recae la acción sexual, quien es la víctima.

#### **2.3.14.3. Cuando la conducta de la víctima es producto de un Engaño Intimidatorio:**

En el desarrollo de la estructura de la amenaza típica del delito de Violación Sexual, se ha hablado de forma resumida a la figura denominada como “Engaño Intimidatorio”, primordialmente teniéndose en cuenta la pluriculturalidad del que es parte nuestro país, que acorde a sus regiones naturales se ha dado a conocer poblaciones caracterizadas por una propia cultura social y lingüística; que debido a factores económico, social,



cultural y de educación, de algún u otro modo no se pueden generalizar al ciudadano peruano o establecer un modelo de persona que caracteriza a un peruano; con esto quiero decir que existen ciudadanos de la costa, de la sierra y de la selva, cada uno con un matiz social propio de su región, aquellos que tienen acceso a una educación de aquellos que no (lo que contemporáneamente de por sí es esencial), de aquellos que tienen trabajos profesionales de lo que no, de aquellos que hablan solo el castellano y de aquellos que hablan el Quechua, el Aymará y otras lenguas nativas. Cuestión expuesta que preocupaba al jurista de antaño MANUEL ESPINOZA VÁSQUEZ. (Espinoza Vásquez, Manuel. “Los Delitos Sexuales – Cuestiones Medico-legales y criminológicas”. Las creencias en las supersticiones o en la brujería son un fenómeno común entre los habitantes del campo, sobre todo, de la región de la sierra o de la selva donde es dominante la creencia en los espíritus o demonios, en las almas de los difuntos y que éstos pueden ser controlados e invocados para hacer el bien o el mal por los brujos y médiums. Trujillo, Perú: Marsol Editores; Edición 1983. p. 38.

Entonces a fin de no discriminarse a estos sujetos en cuanto a la regulación de las Graves Amenazas que ellos puedan entender, debe interpretarse el tipo penal del Art. 170 acorde a un interés social, lo que quiere decir que en el caso en concreto –como ya se dijera-, se torna relevante valorar las conductas tanto del que amenaza como del amenazado, y debe agregarse a ello el contexto en que se ha llevado a cabo el mismo. Así, se completaría el círculo de análisis de un hecho ilícito envuelto de una amenaza; pues la amenaza de hacer un acto de brujería para dar muerte a un ser querido de la víctima sexual (así como otros ejemplos ya citados), en términos del Juez Tito Barrón (Juez Superior en lo Pena de la Corte Superior de Justicia de Junín – Vía entrevista personal) bien podría ser para un ciudadano de provincia/capital como ineficaz y absurdo, mientras que un ciudadano originario de una población indígena selva/altiplano e incluso de ciudadanos con escasa comprensión por falta de educación bien podrían concebir a la amenaza como idóneo y ver afectado su libertad sexual.

Ya se ha referido que dentro de los casos de engaño Intimidatorio están los supuestos de quien amenaza a una mujer con matarla con una pistola de juguete, de la cual la víctima desconoce o de un arma punzocortante tan real pero que solo es una imitación –formas típicas de una grave amenaza, el de la pistola se configuraría como un supuesto agravante del tipo-; aquí tratamos de explicar los supuestos de accesos carnales que han sido producto de la amenaza impuesta por un cura o un pastor religioso, de que si no se concedía al contacto sexual la víctima sería enviada al infierno puesto que el sujeto tiene potestades supremas para determinarlo a ello; o que un dirigente religioso acuda a la mujeres asistentes de su iglesia y les manifieste que una forma de bendecir su hogar y su economía es por medio del acceso carnal hacia ellas; que se le diga a un sujeto que se está convirtiendo y poseyendo por un demonio, y que la única forma de evitarlo es por medio de una relación sexual con la víctima; o por último, que se le amenaza a alguien con desaparecerla con un rayo transportador en forma de un lapicero si la víctima no consiente una felación.

Lejos de parecer absurdo los casos planteados, no lo serán para aquellas personas de vivencia social por escasa comprensión cultural, donde los factores educación, económico y cultura se torna relevantes; dicho sea de paso los casos mencionados –con leve variación- son hechos que han ocurrido en otros países como Brasil, Guatemala, República Dominicana, y Alemania –en éste último está el caso Sirio de un sujeto presunto extraterrestre-, del ámbito religioso están países como Argentina, España, Estados Unidos e incluso nuestro país. Las figuras han sido tratadas por medio de la autoría mediata donde el instrumento es víctima a la vez. (Caso Sirius: El acusado hizo creer a H.T. que él era un habitante del planeta Sirius y que los sirianos pertenecían a una raza que filosóficamente estaba a un nivel superior al de la humanidad. Afirmaba que había sido enviado a la tierra para ocuparse de personas valiosas, entre las cuales figuraba ella y que pudieran continuar viviendo en Sirius después de la desintegración de su cuerpo con su alma, pero que dicho proceso tenía un costo de 30.000 DM lo que la víctima consiguió a través de un crédito bancario así como adquirió un seguro de vida; luego la misma tenía que sentarse en una bañera y dejar caer un secador enchufado; lo que la víctima realizó pero

no murió. Véase en: Bolea Bardon, Carolina. "Caso Sirius". En: "Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal". Pablo Sánchez Ostiz Gutiérrez (Coordinador). 2da Ed. Madrid, España: La Ley; 2011. pp. 277-ss. Caso del Rey de los Gatos: H. se entera de la boda de su exnovio con N, y por celos decide aprovecharse de su poder sobre R. para conseguir que éste diera muerte a la esposa N.; R. era influenciable por N, debido al profundo amor no satisfecho que sentía por ella, ésta consiguió que creyera a través de misticismo en un "Rey de los Gatos" que personificaba la maldad y que amenazaba a la humanidad. Lo convenció de que el Rey de los Gatos exigía el sacrificio de una víctima humana con las características de N. y que le había escogido a él para llevar a cabo el hecho. Equipado con un cuchillo de excursionista y siguiendo el plan trazado por H y P, R buscó a N en su tienda de flores y le clavo una serie de puñaladas en el cuello, cara y cuerpo para matarla; no obstante N. sobrevivió. *Ibidem*. p. 290. En el mismo grupo de casos, se encuentra el caso de la mujer que cree firmemente en que cierto juego de naipes tiene consecuencias funestas para sus hijos, y frente a esa circunstancia accede a la relación sexual, con el solo fin de evitar un daño a sus hijos. Véase en: Donna, Edgardo Alberto. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores; 1999, p. 404.)

Por ello a fin de establecer armoniosamente el sentido jurídico del tipo penal que el legislador a través de su política criminal, intenta comunicar a los ciudadanos de que están prohibidos de realizar conductas disvaliosas como los casos citados –como se verá, solo algunos son conductas típicas- por ser configurativos de Graves Amenazas del delito de Violación Sexual; y es que la explicación de dichos comportamiento también se realizan por medio de la teoría de la imputación objetiva, en tanto que los mismos deben ser punibles por ser abarcados por el "Engaño Intimidatorio".

No concebimos aquí al Engaño Intimidatorio como una forma especial de tratamiento a determinadas amenazas, sino que llanamente hay amenazas que deben ser comprendidas como tales, que como lo acabamos de referir atienden al análisis de los sujetos intervinientes y al contexto en el que se realizan. Y es que hay supuestos de accesos carnales que pueden ser logrados mediante un engaño, pero no mediante el engaño que encierra el tipo penal regulado en el Art. 175 del C.P., referido a la Seducción, sino que siguen hay engaños que siguen conteniendo los requisitos estructurales de la grave amenaza contenida en

el Art. 170 del C.P., del delito de Violación Sexual y ello no está referido a un modalidad de comisión propiamente dicha o que se deba a una interpretación análoga de los medios comisión, pues el tipo –Art. 170- es determinado en cuanto sus modalidad, es decir, solo son dos modalidades que se persiguen penamente bien cuando media la violencia o la grave amenaza, pero que dentro de la segunda también se encuentran los llamados “engaños intimidatorios” –aunque hallamos negado el tratado del término intimidación, no se puede en este caso excluir la terminología intimidatorios para referirnos el engaño como supuestos de las amenazas tipicidad del delito que aquí nos interesa.

Admitido que fue que el instrumento se convierte en víctima producto de una amenaza impuesta o también debido a un engaño (casos de estafa), y por el cual se autolesiona; en el caso de la violación sexual la víctima permite una lesión a su esfera de determinación sexual o consciente de que se le practique o practique conjuntamente con quien la amenaza un acto sexual ilícito, lo cual prefiere antes que la realización del mal contenido en la amenaza. (En el Código Penal austriaco de 1974, se sanciona como delito contra la libertad personal y con pena privativa de libertad no mayor de un año a: “El que de propósito irroque a otro un perjuicio en sus derechos, induciéndolo a él o a un tercero mediante engaño a una acción, tolerancia u omisión, la cual causa el perjuicio”. Se puede apreciar que se regulaba la acción lograda mediante el engaño, sin especificar el daño y la acción. Sin embargo tal figura el mismo nunca tuvo respaldo y menos aceptación en la doctrina. (Bascuñán Rodríguez, Antonio. “El Robo como Coacción”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, Año 2002. p. 100.)

La “seriedad” y la “verosimilitud” de la grave amenaza son requisitos indispensables del mismo (Politoff L. Sergio; Matus A. Jean Pierre y Ramírez G. María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial”. 2da Edición, Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2007. p. 254.), claro está conjuntamente con el resto ya desarrollados aquí, sin embargo lejos de ser apreciados sobre todo por la víctima sexual, deben ser apreciados también por el tercero ajeno –el juzgador- que analiza el caso concreto y valorándose a su vez el contexto en el que se ha generado el hecho (pues de valorarse dichos requisitos solo desde la perspectiva del sujeto pasivo da a lugar a un criterio subjetivo

del mismo, del que aquí se niega). Así, se aprecia que la amenaza no hace más que infundir un temor o miedo en la víctima, ante lo cual o accede a las exigencias de su coaccionador o soporta el mal; aquí el miedo se torna relevante –pero no para efectos de establecer imputación al autor, pues no debe olvidarse que la amenaza bien puede o no generar susto en el coaccionado; sino que el miedo es relevante para efectos de justificar la conducta de la víctima que la lleva a actuar de la manera deseada por el coaccionado-. Entonces aquí el análisis sigue siendo objetivo normativamente.

Así las cosas, el miedo inducido mediante engaño es temor y no error. (Bascuñán Rodríguez, Antonio. “El Robo como Coacción”. REJ – Revista de Estudios de la Justicia, Nº 1, Año 2002. p. 150.) Alejándonos del delito de robo y de estafa, es posible admitir al “engaño” como generador de una amenaza. Y es que es lógico y comprensible de que se deba de castigar la conducta del que engaña a otro y lo hace caer en el temor suficiente para que la víctima permita que la accedan carnalmente. Ya que provocar el temor produce una situación de inseguridad para la integridad corporal –respecto del mal- y pone en peligro la libertad sexual de la amenazada; tranquilidad que en definitiva desaparece producto de la amenaza; por ello se habla de un engaño intimidatorio.

Con esto podemos decir con seguridad que, el engaño que intimida (amenazar con una pistola de juguete o de foguero de la cual desconoce la víctima) no es otra cosa que una amenaza típica para efectos de consumación (grave amenaza) del Art. 170 del C.P. Entonces bajo este supuesto y siendo lógico que el delito de violación sexual requiere una amenaza grave, ha de valorarse si el engaño que intimida es o no grave, ello en función de la intensidad de la lesión del que evidentemente el instrumento será víctima (dicha valoración es la misma que se realiza en la imputación objetiva –riesgos prohibidos generan tipicidad, riesgos insignificantes generan atipicidad, la lesión a la libertad sexual mediante un riesgo insignificante permite imputar a la víctima dicha lesión).

Entonces la amenaza de hacer un acto de brujería para dar muerte a un ser querido de la víctima si ésta no accede a mantener relaciones sexuales, bien podría ser para un ciudadano de provincia/capital como ineficaz y absurdo, mientras que un ciudadano originario de una población indígena selva/altiplano e incluso de ciudadanos con escasa comprensión cultural o por falta de educación bien podrían concebir a la amenaza como idóneo y ver afectado su libertad sexual y por ello es que referimos que debe valorarse el contexto del caso concreto y la acción del que amenaza y del amenazado. En este caso ha de valorarse el acto de brujería como “engaño intimidatorio” que genera una grave amenaza para el bien jurídico vida de un tercero cercano a la víctima –en relación a las víctimas que aquí nos interesa-, pues es propia de una amenaza condicional, la que contiene todos los requisitos estructurales del mismo, por consiguiente un hecho imputable al autor de la amenaza de muerte.

Así, en la amenaza de que si no se concedía al contacto sexual la víctima sería enviada al infierno puesto que el sujeto tiene potestades supremas para determinarlo a ello, deberá valorarse el contexto del hecho, es decir los factores personales de la víctima; puede que para un menor de edad ello sea creíble y más aún si tiene una fuerte disciplina religiosa, pero en un mayor de edad es difícil que alguien se sienta amenazado, y por ello en el contexto del Art. 170 del C.P., este engaño sería atípico.

En el supuesto de que el dirigente religioso acuda a las mujeres asistentes de su iglesia y les manifieste que una forma de bendecir su hogar y su economía es por medio del acceso carnal hacia ellas; si bien existe un engaño, lejos de ser imposible su realización, el engaño gira en torno a la bendición de la familia y la mejora de su economía, entonces la amenaza podría comprender la malicia de la familia y su disminución o pobreza económica, pero aún a costa de ello no podemos admitir como engaño intimidatorio y menos que la misma sea punible; de permitir las mujeres el acceso carnal el resultado lesivo les es imputable objetivamente.

Ahora, en el supuesto de que un sujeto se está convirtiendo y poseyendo por un demonio y la única forma de evitarlo es por medio de una relación sexual con la víctima; si hay un engaño y el mismo puede intimidar a determinados sujetos –como ya dijéramos se valora el contexto y los factores de la persona- que carecen de cierta comprensión cultural, aquí la amenaza no está especificada en un mal a la víctima, más bien el mal recae sobre el que amenaza, al sostener que se está convirtiendo y poseyendo por un demonio, aun cuando se admita que ello pueda infundir un temor en la víctima sin embargo el mismo no puede admitirse como un engaño intimidatorio, justamente no existe un peligro de daño a la víctima y si dicho sujeto accede al contacto sexual esperado la misma también se imputa a su persona, pues ha de entenderse que lo realizó bajo principios de solidaridad, pues mediante el contacto sexual se espera que deje de convertirse o deje de ser poseído, consecuentemente no hay hecho típico. Una vez hay valorar el contexto de desarrollo del suceso.

Bajo este desarrollo, amenazar a alguien con desaparecerla con un rayo transportador en forma de un lapicero si la víctima no consiente una felación, desde luego pese a estar en juego la integridad corporal de la víctima, no es propio de un engaño intimidatorio, de acceder la víctima a lo solicitado el resultado lesivo también se le imputa a ésta, ello en el marco del principio de autorresponsabilidad.

Si bien estamos ante casos que no implican peligros objetivos para los bienes jurídicos, sin embargo aquí se toma en cuenta la situación envolvente a la víctima, especialmente al factor cultural que la hace comprender que está ante un verdadero peligro; pero no abarcamos la mera subjetividad de la víctima, sino el contexto en la que se halla y que es lo que hace que se constate a dichos engaños intimidatorios como idóneos y efectivos en cuanto amenazas graves que crean peligros objetivos. Por consiguiente para hablar de un engaño intimidatorio siempre el engaño ha de ser grave, la que se representa en la propia amenaza de realizar un mal, es decir que se crea en el consciente de la víctima un peligro, la inseguridad a la integridad física o la de un tercero cercano a

ella; peligro y mal que la víctima los recepta como seria y verosímil (Politoff L. Sergio; Matus A. Jean Pierre y Ramírez G. María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial". 2da Edición, Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile; 2007. p. 365.); entonces normativamente cabe apreciar una autoría mediata del que manipula la situación a través del engaño, la que crea un estado de necesidad en la que las alternativas de conducta se ven tan recortadas que es posible atribuirle la decisión de acceder a lo solicitado –acto sexual de que se trate- como obra suya, pues el consentimiento se debe al engaño. Si bien un dato importante es el temor que se infunde, lo determinante es la selección de la víctima que hace el autor, pues sabe que esa amenaza contenida en el engaño en otros sujetos serían inidóneos.

Lo dicho hasta aquí se resume bajo los siguientes puntos a tener en cuenta en un engaño intimidatorio:

- a) El autor bajo su esfera de organización crea un riesgo no permitido (en las víctimas que aquí interesan no puede hablarse de riesgos insignificantes),
- b) a través de una acción dolosa que no resulta ajena a la órbita del tipo,
- c) esto es, utilizando un engaño idóneo para configurarse como una grave amenaza; y
- d) sobre un sujeto que el autor sabe que lo instrumentalizará (selección de víctima).

Por consiguiente el comportamiento objetivo de valoración es:

- a) La de lograr cualquiera de los actos sexuales ilícitos contenidos en el Art. 170 del C.P.,
- b) mediante el engaño intimidatorio. (El desarrollo aquí elaborado se corresponde a la idea expuesta en el Caso de los disparos sin bala. Véase en: Sola Reche,



Esteban. "Caso de los Disparos sin Bala". En: "Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal". Pablo Sánchez Ostiz Gutiérrez (Coordinador). 2da Ed. Madrid, España: La Ley; 2011. pp. 731-ss.)

Por ello se ha señalado que la efectividad del engaño intimidatorio se mide en función de su adecuación –en determinada víctima- para producir el resultado de coacción.

Negar la tipicidad de estas conductas en estos sujetos de escasa cultura –en relación a un ciudadano común- sería discriminarlos desde la propia Constitución Política y ser indiferentes en el tema de la obtención de una justicia equitativa e igualitaria, en tanto que dichas conductas no contradicen principio alguno del derecho penal (legalidad, taxatividad, prohibición de analogía, lesividad); quizás son coacciones de bagatela pero en dichos sujetos no los hace menos objetivos y como tales son un fenómeno o defecto comunicacional y en esa medida una cuestión de sentido la que da lugar a una relación intersubjetiva, entonces han de ser reconocidos como típicos de una amenaza grave del delito de violación sexual.

Solo bajo tal apreciación de la víctima escasa de comprensión cultural, podría incluso admitirse como típico el caso del efectivo policial que amenaza a dicha víctima a llevarla detenida si ésta no accede a un contacto sexual con él; a todas luces la misma se corresponde a un engaño intimidatorio, pues un bien vital para a víctima es su libertad, pero la figura cambiaría si en verdad existe una orden de detención o se actúa en flagrante delito en cuyo caso como ya se vio no habría coacción.

### **2.3.15. LA GRAVE AMENAZA IMPUESTA A LA VICTIMA Y SU INTERPRETACION INTEGRAL DENTRO DE UN ESTADO DE NECESIDAD.**

Existe historia amplia acerca de las culturas antiguas que comprendían ya el Estado de Necesidad, así como casos muy ejemplificativos y situaciones reales sacado de pelos –no encuentro otro término, para expresar de admirable la casuística existente al respecto-; siguiendo el tema principal de investigación, explica Jiménez de Asúa que

los Romanos comprendían a esta figura justificante, donde la “*Lex Juliam*” ofrece un caso razonablemente resuelto: Si una mujer casada y en situación de rehén o prisionera, entre los enemigos, accedía sostener relaciones sexuales con éstos, envuelta en la idea de que así respetarían su vida, quedaba exenta de la pena correspondiente por adulterio. (Jiménez De Asúa, Luis. “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV, El Delito, Segunda Parte. Buenos Aires: Editorial Losada S.A, Edición 2005. pp. 301-302.) A lo largo del desarrollado de esta investigación se ha hablado de forma imprecisa de que el amenazado actuaba por encontrarse coaccionado y ello generaba que el mismo se encontrase en un estado de necesidad; pues bien, en este punto se tratará de explicar aquella situación de necesidad que justifica la actuación del instrumento/víctima, la referida a la protección de sus intereses objetivos –referido al peligro que encierra con el mal de la amenaza sus bienes jurídicos o el de un tercero cercano a ella-.

#### **2.3.15.1. La coacción vs estado de necesidad:**

Antes de abarcar el punto de interés de la investigación correspondiente a la conducta de la víctima abarcada en un estado de necesidad, se hace indispensable aclarar que la figura de la coacción contiene discrepancias con respecto al estado de necesidad, pues ambos han señalado ciertos tratadistas extranjeros (Entre ellos Soler, Núñez, Fontán, Creus y Frías, citados por Rivacoba y Rivacoba; véase en: Rivacoba y Rivacoba, Manuel De: “Las Causas de Justificación”. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRL; p. 203.), que son muy distintos y por ello la coacción no podría ser comprendida por los estados de necesidad.

Así, se señala que en la acción coacta la situación de necesidad aparece de una acción humana, específicamente de una amenaza, en tanto que en el estado de necesidad se trata de una situación natural, física, de peligro para un bien jurídicamente protegido. RIVACOBA Y RIVACOBA sostiene que en el caso de coacción, “nunca debe de hablarse con propiedad de la justificación objetiva del acto” el cual conserva, algo de su valor antijurídico, asegurando el mismo que más bien la coacción es equiparable al del error; en tanto que el verdadero estado de necesidad

“constituye una causa de justificación, y como tal tiene por efecto legitimar el hecho” donde de él no derivan responsabilidades penales y civiles de carácter delictivo.

Núñez, citado por Rivacoba y Rivacoba, señala que los sujetos de ambas situaciones temen un mal. Siendo a diferencia que en la Coacción el derecho, para no castigar al sujeto coaccionado, solo mira el temor que constriñe la libre determinación de la voluntad del autor, que no autoriza a exigirle el respeto al bien ajeno; mientras que en el Estado de Necesidad el autor “obra para salvar un bien jurídicamente prevaleciente”, lo que no solo lo coloca en la condición de un “no subordinado” contra el orden jurídico, como es el coaccionado, sino además, en la de un cooperador para su mantenimiento.

Fontán Balestra infería, que en la Coacción el hecho no pierde su carácter ilícito, siendo su único efecto el de constituir en inculpable al coacto, sin perjuicio de que la culpabilidad se traslade a quien ejerció la coacción, en la acción necesaria (Estado de Necesidad) está demás la investigación de la culpabilidad por ausencia del elemento antijuridicidad, sin el cual la existencia del delito no es posible.

Creus, agrega que también la Coacción nos enfrenta a un estado de necesidad, pero la misma proviene de la amenaza que tiene su “origen en el hombre”, mientras que en el Estado de Necesidad la situación necesitada puede provenir de “hechos extraños al hombre”; en el estado de necesidad la impunidad proviene de una razón propia del hecho, en la coacción del vicio que deforma la voluntad del autor del hecho típico.

Pareciese y con mucha razón, que el accionar de un sujeto coaccionado por una amenaza, no puede ser equiparada a un acto de necesidad justificante, por las razones ya citadas; donde lo relevante para negar la equiparación de ambas situaciones jurídicas, se ataca principalmente el “constreñimiento psicológico”, que solo puede provenir de un mal con que se amenaza, es decir en la Coacción, y que ésta a su

vez no puede equipararse a la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho, que es la base de los estado de necesidad.

### **2.3.15.2. Base dogmática para comprender a la coacción sexual desde un estado de necesidad:**

El Art. 20 del C.P., regula las distintas causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal; así en sus incisos 4 y 5, se regulan los estado de necesidad, en el primero el Estado de Necesidad Justificante (partidarios de Gunter Jakobs la llaman Estado de Necesidad Agresivo) y en el segundo el Estado de Necesidad Exculpante o Inculpante (La fuente legislativa proviene del Código Penal Alemán, conforme a la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991. Lima: Jurista Editores. 2014. p. 7.); mientras que en el Inciso 3 se regula la Legítima Defensa, llamada también Defensa Necesaria.

Sin intentar llegar a fondo en cada figura justificante, dichas causas de justificación podemos comprenderlos en el sentido de que, en el estado de Necesidad Exculpante o Inculpante, el desmedro recae sobre un bien de igual o mayor jerarquía que el salvado; mientras que, en el Estado de Necesidad Justificante, el bien perjudicado es siempre menos valioso. Pero en realidad lo que se pondera son los “males”.

A esto cabe agregar que un determinado sector doctrinario (al que nos adherimos pero con una posterior fundamentación) al mismo tiempo, reconoce un Estado de Necesidad que tiene vinculaciones (como se verá en los siguientes párrafos) con la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, al que para diferenciarlo, la han denominado “Estado de Necesidad Defensivo”, siendo el fundamento base, en que nadie está obligado a soportar peligros provenientes de fuentes ajenas, así, a nadie se le puede imponer que tolere el peligro de muerte o lesión de “comportamientos que no constituyen agresión ilegítima”. Entre los partidarios de esta situación de necesidad se encuentra principalmente Reiner Chocano Rodríguez –con base en los estudios de Baldo Lavilla- y Julio Armaza Galdós, incluso este último propone una disposición legal como modificatoria. (Los especialistas suelen usar para comprender el estado de necesidad

defensivo los casos de los conductores imprudentes que arriesgan la vida de sus pasajeros, donde el copiloto para hacerse del timón ocasiona lesiones al conductor; o el caso del conductor que culposamente está a punto de atropellar a un sujeto, donde éste hace uso de su arma de fuego y dispara al conductor; así como casos de ataques de orates, menores de edad, ebrios, hipnotizados, en error culturalmente condicionado o e erro de prohibición –comportamiento humanos que no configuran agresión ilegítima-, peligros originados por cosas o animales; remito a los lectores a seguir el Caso del Violinista para una mayor comprensión del estado de Necesidad Defensivo.)

La doctrina considera como un caso justificante, el hecho de liberar de la prisión a un terrorista condenado para salvar la vida de un rehén, aquí se supone que la acción realizada es el único medio para salvar el bien más importante. Sin embargo y contrario a lo arribado por los juristas argentinos en cuanto a la negación de comprender a la coacción como un estado de necesidad, nosotros creemos que el mismo si se corresponde a dicha causa justificante (con variante propia al estado de necesidad justificante pero bajo la misma regulación del Art. 20, inciso 4), cuando el mal amenazado sea inferior al causado y ello se admite tan solo desde una revisión a los incisos 4 y 5 del Artículo 20 del C.P, pues en el estado de necesidad exculpante se mide el mal en función a que éste debe ser de igual o mayor jerarquía al bien jurídico protegido, no sucediendo lo mismo en el estado de necesidad justificante.

EUGENIO ZAFFARONI es del mismo criterio, al sostener que en el estado de necesidad justificante, puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza, al igual que el estado de necesidad exculpante. La coacción constituye un estado de necesidad justificante cuando el mal que se evita es mayor que el que se causa, cita el ejemplo del que amenaza con dar muerte a un sujeto para que cometa un delito contra la propiedad. (Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal Parte General". Tomo III. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997. p. 626.)

Por ello y siguiendo el pensamiento de Zaffaroni es posible sostener que el que amenaza con ocasionar un mal menor que el acto sexual mismo (haciendo un delimitación gradual de los males, vida, integridad personal, integridad física, libertad sexual, honor, patrimonio,

etc.), el actuar de la víctima se equipara ostensiblemente al de una causa justificada; siendo aún más clara la situación sostenida por el investigador, cuando se amenaza con dar muerte al hermano menor de la víctima sexual; aquí por el poder del daño gobernable es lógico que la víctima coaccionada, al no ver posible salvar el bien jurídico vida de su ser querido, aceptará a mantener el contacto sexual, la que se convierte en única forma de evitar el peligro al tercero cercano.

Continúa el jurista argentino, refiriendo que en cuanto al tercero que ayude al coaccionado, estará justificada su conducta si tiene por fin el evitar el mal mayor (la mujer que ayuda al marido a cometer el delito contra la propiedad para evitar que el coaccionante mate al marido), en tanto que no actuará justificadamente quien no persiga tal propósito (el cómplice del coaccionante). (Ibídem, p. 626.) Ello no hace más que aclarar el fundamento sostenido aquí, por el cual la coacción generada por la amenaza con contenido sexual deba de ser interpretado y analizado para efectos de determinación de responsabilidad y valorar que el actuar de la víctima se debió al estado de necesidad generado por el mismo. Siendo la razón suficiente de ello, comprender que la antijuridicidad de la conducta del que determina a otro a realizar un tipo objetivo es independiente del desvalor de la conducta del determinado. Sino, apreciemos una vez más lo regulado en el inciso 4 del artículo 20, del C.P.: *“El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro...”*.

El tipo permisivo de estado de necesidad pues, recae sobre el fundamento de la necesidad de salvar el interés mayor sacrificando uno mayor (la vida), uno menor –sobre todo- (el patrimonio o el honor) la que se aprecia de la regulación expresa cuando se hace alusión a “...u otro bien jurídico”, e incluso a uno de igual jerarquía (a la propia libertad sexual). Aquí el orden jurídico, en razón de la cuantificación de la lesión, permite la lesión de menor cuantía, a diferencia de la legítima defensa, en que si bien hay un balanceamiento de intereses, en ésta se debe colocar

en balanza también la antijuridicidad de la agresión, lo que complica en los casos particulares la solución. Por ello es más objetivable el criterio determinante de los límites del estado de necesidad.

Como ya se dijera, en la coacción y en el estado de necesidad se busca evitar un mal, lo que equivale para comprender el delito de violación sexual cometido mediante grave amenaza, a un “salvar un interés mayor”, esto quiere decir que la actuación de la víctima sexual es pues basado en el intento de buscar proteger a través de entregarse carnalmente la preservación de un bien jurídico, y digo que “mayor” no en términos de superior a la libertad sexual, sino “mayor” en el sentido de que tiene para la víctima un sentido único, valioso, apreciable, estimable y querido, como puede ser la vida propia, la vida de tercero cercano a ella, un determinado bien mueble, hasta su propio honor; así el mal menor se constituye como el acto sexual, en este caso preferible por la víctima para ser dañado. Para ello tal como lo hace el estado de necesidad justificante, debe de analizarse el “mal contenido en la amenaza”, la misma que posee los requisitos propios de la grave amenaza del delito de violación sexual, ya desarrolladas en el punto respectivo de este trabajo.

### **2.3.15.3. La admisión de la coacción en un estado de necesidad:**

Los distintos casos planteados en esta investigación y los formulados ya por algunos doctrinarios, respecto de la problemática que encierra la grave amenaza, hasta aquí se ha desarrollado su estructura, la que es fundamental para poder entender cómo funciona ésta cuando es usada como medio de coacción por parte del que amenaza a otro con fines sexuales; así como se ha delimitado su interpretación desde las teorías modernas de la imputación objetiva.

Continuando con las clases de situaciones donde no puede existir una autoresponsabilidad en la víctima, y como parámetro final de esta investigación se presenta un estado de necesidad, hecho jurídico que se corresponde al actuar de la víctima y que en definitiva llega conjuntamente

con la teoría de la autoría mediata y la imputación objetiva a resolver todos los casos y supuestos jurídicos antes planteados.

Como se verá en los siguientes párrafos, la estructura propia de un estado de necesidad, puede equipararse a la estructura de la grave amenaza ya desarrollada previamente aquí; ello porque, es puntual decir que son en las situaciones de la cuales se derivan facultades de salvaguarda (especialmente desde el estado de necesidad defensivo, del que aquí se es parte). No debemos dejar de considerar que en este punto se es conciso con la finalidad de explicar una situación en particular, que excluye la autorresponsabilidad de la víctima.

Se ha indicado que la víctima con su libertad disminuida, mantiene un margen de elección que le permite optar o bien por el mal puesto en perspectiva por el autor o bien por la condición por él impuesta. Justamente ese margen de elección lleva necesariamente a evaluar el aporte de la víctima (aporte conductual) al proceso intersubjetivo que termina con su decisión, la que es materia de análisis de la imputación objetiva. Asimismo aseguramos, que la grave amenaza como elemento normativo-social se concibe como amenaza condicional, y donde la víctima es colocada por el autor en una situación especial y a partir de allí su aporte al proceso causal iniciado con la amenaza, al igual que el del autor, será relevante y debe ser valorado.

Acorde con ello, desde la óptica del sujeto pasivo la situación puede describirse afirmando que su libertad de acción se circunscribe a dos supuestos. Por una parte la aceptación del mal anunciado -amenaza- y por otra la aceptación de la condición (acción mixta negativa). En virtud de ello puede afirmarse que la víctima asume un ámbito de responsabilidad con su intervención. Dicho ámbito de responsabilidad debe ser valorado a la hora de estudiar el proceso intersubjetivo creado.

Aceptar en un primer momento, el mal amenazado, envuelve en sí misma que la víctima tiene la posibilidad de elegir (como siempre se ha asegurado, con su libertad disminuida), elegir un camino entre dos males;



pues solo a través de uno puede librarse del otro mal, es ahí donde la víctima realiza un pequeño análisis de revisión de lo que más le conviene, pues puede salvar algo -un bien jurídico- a través de algo -de la afectación de otro bien jurídico- (Ejemplo: La mujer que es conminada a mantener un contacto sexual bajo la amenaza de muerte de su novio, quien se encuentra con un cuchillo en el cuello por parte de un cómplice). Esta organización de la elección de la víctima, se equivale muy bien a la estructura de un estado de necesidad, donde la salvaguarda de un bien necesita la comisión de un acto en sí mismo delictivo. (Jiménez De Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, El Delito, Segunda Parte. Buenos Aires: Editorial Losada S.A, Edición 2005. p. 295. Concepto de necesidad descrito por Moriaud, respecto de la salvaguarda.)

Von Liszt, conceptúa al estado de necesidad en los siguientes términos: "El estado de necesidad, es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos". (Ibidem, p. 295.) Es factible admitir que los supuestos en lo que se baraja un estado de necesidad tienen como base siempre un conflicto o colisión de intereses. (ANTONIO BASCUÑÁN alude al estado de necesidad defensivo como aquella justificante a ser invocada en los casos extremos de aborto terapéutico, esto es, para aquellos casos en que la muerte del feto sea el medio necesario para evitar un peligro actual o inminente para la vida de la madre. Así para Bascuñán el estado de necesidad defensivo procede cuando el mal que se causa no es superior al que se evita. Véase en: Bascuñán, Antonio. "La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno". Revista Derecho y Humanidades N° 10, 2004. p. 173.)

Existen pues dos teorías principales las que delimitan las clases de estado de necesidad, (La delimitación del estado de necesidad como causa justificación y como causa de exclusión de la culpabilidad, se han delimitado a través de dos teorías: a) La teoría unitaria o de la colisión, que surgió con el planteamiento de Hegel, sostiene que el fundamento del estado de necesidad se encuentra en el mayor valor objetivo de los bienes salvados en comparación de los que se sacrifican. Es en virtud de ese mayor valor que la conducta puede ser considerada objetivamente correcta y, por lo tanto, justificada y no solo disculpada. Y; b) La diferenciadora, que es la dominante en la doctrina y distingue entre dos tipos diferentes de estado de necesidad. Por un lado, aquél que se da en los supuestos en los que se trata de la salvación de un bien o interés objetivamente más importante frente a uno inferior, afirmándose la

conurrencia de un estado de necesidad justificante como causa de justificación. Por otro lado aquél que se da en los supuestos en los que el bien o interés lesionado es igual o incluso mayor al que se salva, en los que, debido a la situación de conflicto en la que se encuentra el sujeto, su conducta puede ser disculpada porque no le es exigible que deje de sacrificar el bien o interés lesionado, configurándose un estado de necesidad exculpante o disculpante que excluye la imputación personal. Véase en: Bassino Balta, Ariana. “El estado de necesidad como causa de justificación”. En: “Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal”. Lima: Gaceta Jurídica; 2014. p. 162.) siendo la teoría diferenciadora o de la diferenciación la dominante en la doctrina, que distingue claramente dos tipos de estado de necesidad, el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante o disculpante. Ambos estado de necesidad pues se diferencian sustancialmente porque el primero se corresponde a la antijuricidad mientras que el segundo a la culpabilidad; situaciones en las que no nos corresponde profundizar.

Distanciándonos un poco de la teoría diferenciadora, existe una propuesta de construcción tripartita de los estados de necesidad, donde aparece el llamado “Estado de Necesidad Defensivo”. (Partiendo de una teoría pluralista -por el cual se combina el principio de interés preponderante con el de ausencia de injusto-, JAKOBS reconoce la existencia de dos clases de estado de necesidad, a saber: a) El estado de necesidad defensivo y, b) El estado de necesidad agresivo. Véase en: Jakobs, Gunther. “Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 420. Por su lado, MICHAEL PAWLIK, afirma que el estado de necesidad defensivo se encuentra posicionado más cerca a la legítima defensa que del estado de necesidad agresivo, no obstante el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo se encuentran estrechamente vinculados desde un punto de vista valorativo; puesto que el ordenamiento jurídico le concede al destinatario del peligro la posibilidad de defenderse frente a éstos, pero a su vez le impone al necesitado el deber de omitir una defensa desproporcionada, en aras de un principio de solidaridad. Véase en: Pawlik, Michael. “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”. Hernán Darío Orozco López (trad.), Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 34, No. 96, enero – junio 2013. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 13-29. Por otro lado, ROXIN desarrollando el estado de necesidad justificantes y casos afines, sostiene que el “estado de necesidad defensivo” procede en los siguientes casos: (i) Supuestos de falta de acción (utiliza el ejemplo del vehículo que es lanzado con vis absoluta a la calzada); (ii) Puesta en peligro creada por una acción

diligente; (iii) Perforación (aquel caso en que se debe matar al niño en el parto para resguardar la vida de la embarazada); (iv) Supuestos de legítima defensa preventiva. Para este autor el estado de necesidad defensivo sería una causa de justificación meramente subsidiaria respecto de la legítima defensa. Véase en: Roxin, Claus. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito". Tomo I, Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas; 1997. pp. 705-706.) Teoría pues que mejora los fundamentos de distinción entre los estados de necesidad, pues parte de la idea de tomar en consideración el origen del peligro que genera la situación de necesidad, (Respecto del origen del peligro que crea la necesidad, existe un caso destacado de "necesidad", que fue analizada a profundidad por los penalistas modernos, caso en el cual se busca determinar bajo qué causa de justificación -estado de necesidad defensivo, estado de necesidad justificante, estado de necesidad exculpante, e incluso desde la legítima defensa- actúan todos los sujetos que intervienen en el suceso; donde existen dos sujetos conectados clínicamente y un grupo de ciudadano que intenta salvar al que se encuentra en estado grave, caso que fue planteado por THOMSON, JUDITH JARVIS, como sigue: "Caso del Violinista". "A se despierta una mañana y se encuentra en la cama con V, un violinista inconsciente, a quien se ha descubierto una enfermedad renal mortal, ante lo cual la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo A tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Para ello, A ha sido secuestrado, tras lo cual el sistema circulatorio del violinista ha sido conectado al de A, de modo tal que sus riñones puedan purificar la sangre del violinista además de la del propio A, lo cual se extenderá por un periodo de 9 meses. Sabiendo que la desconexión conllevará la muerte de V, A logra engañar a sus secuestradores, haciéndoles creer que sigue durmiendo, para entonces proceder a retirarse los cables que lo conectan a V. Minutos después, V muere. Véase en: Thomson, Judith Jarvis. "Una defensa del aborto - Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral". 2da edición. Madrid: Ediciones Cátedra; 1974. pp. 9-32.) construyendo a partir de allí una completa sistematización de las causas de justificación.

Es el jurista FRANCISCO BALDO LAVILLA, que distingue entre:

- 1.- Situaciones de plena competencia por el peligro amenazante;
- 2.- Situaciones de preferente competencia por el peligro amenazante; y
- 3.- Situaciones de no competencia por el peligro amenazante.

Siendo en el segundo supuesto donde se alude a la configuración propia de un estado de necesidad defensivo. (Baldó Lavilla, Francisco. "Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda". Barcelona: José María Bosch Editor; 1994. p. 73.)

Así, antes de adentrarnos al estado de necesidad defensivo, aclaramos que la división tripartita realizada por BALDO LAVILLA respecto de los estados de necesidad, es la siguiente:

- A.** Las situaciones de estado de necesidad agresivo constituyen una situaciones en las que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante de éste, intervengan agresivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto con status de tercero a la fuente de peligro amenazante -un sujeto que posee el status de tercero-solidario.
- B.** La situación de estado de necesidad defensivo constituye una situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante -un sujeto con un status de tercero-cualificado.
- C.** La defensa necesaria constituye una situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto completamente competente por la fuente de peligro antijurídico -un sujeto que posee status de autor-. (Ibidem, p. 336.)

Ahora bien, el contenido de los supuesto en (A) – casos de estado de necesidad agresivo-, es aquella donde se presentan los supuestos clásicos de estado de necesidad. Donde las situaciones de necesidad son originadas por determinada fuente de peligro que no puede ser imputada al comportamiento organizador de ningún sujeto (Ejemplo: incendio, inundación, naufragio, etc.). En estos casos el sujeto amenazado por la

fuente de peligro asume derechos de salvaguarda debiendo otros sujetos asumir deberes de tolerancia.

Por otro lado el contenido de los supuestos en (C) -defensa necesaria-, son aquellas situaciones de necesidad individual que se corresponden con la legítima defensa como causa tradicional de justificación. Se constituye como necesidad individual donde el sujeto amenazado o un tercero salvaguarda su interés interviniendo en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto completamente competente por la fuente de peligro amenazante. Así la legítima defensa justifica la realización de una conducta típica de quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima. Esta causa de justificación supone dos actos de organización. Por un lado, el acto de organización del agresor y, por el otro, el acto de organización de defensa. Este último acto de organización constituye un "*actio dúplex*", en la medida que puede verse como una afectación a agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente relevante (García Caveró, Percy. "Derecho Penal Parte General". 2da Ed. Lima: Jurista Editores; 2012. pp. 583-584.) (Ejemplo: Una mujer que llega tarde a su casa, y en el momento que se dispone abrir la puerta de su vivienda, un sujeto la empuja y ésta cae al suelo; inmediatamente el sujeto comienza a manosearla y a quitarle la ropa sin que ella pudiera impedirselo, y donde ante la desesperación de la mujer, ésta logra tomar del suelo un lápiz y aprovecha para agredir hincándole en el ojo de su agresor; posteriormente éste último pierde la vista). Así, el fundamento de la legítima defensa reside en que el derecho no está en la situación de soportar o ceder ante lo ilícito.

Mientras que en el contenido de los supuestos de (B) -estado de necesidad defensivo-, se configura como posición intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad usual, como causa de justificación de la imputación. (García Caveró, Percy. "Derecho Penal Económico Parte general". Señala que un sector minoritario ha postulado a llamar al estado de necesidad defensivo como la "pequeña legítima defensa". Lima: Ara editores; 2003. p. 627). En estos casos, existe una

“situación de preferente competencia” por el peligro amenazante. Así se explica, que en el estado de necesidad defensivo existe responsabilidad por el propio comportamiento organizador y por tanto preferente, aunque no plena, competencia por la fuente de peligro. En estos casos el sujeto amenazado posee una facultad de salvaguarda frente al sujeto creador de la fuente de riesgo que por su parte asume deberes de tolerancia.

Son claras pues los siguientes términos dados por MICHAEL PAWLIK; quien puede organizar libremente su esfera jurídica puede excluir a otros de ella, y para ello debe neutralizar los peligros que emanan de sus bienes, aun cuando no exista contrariedad a deber en la organización. Es esta “competencia de neutralización” la que justifica la aplicabilidad de un estado de necesidad defensivo contra peligros emanados de una esfera organizada conforme a Derecho. (Pawlik, Michael. “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”. Traducido por: Hernán Darío Orozco López. En: “Revista Derecho Penal y Criminología”, Vol. 34, No. 96, Enero–junio 2013. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. p. 24.)

Creemos que ello se corresponde a la siguiente explicación: Una persona natural con capacidad y discernimiento, organiza su vida diaria bajo la prevención de peligros -antijurídicos- a sus bienes en general, y cuando ve que existe un peligro potencial a dichos bienes donde se pueda ver afectada, intenta alejar ese peligro a través de un acto neutralizador, que opone y anula el peligro; sin embargo cuando hay un peligro potencial de la esfera organizadora de otro, el sujeto no pueda ejercer ese acto neutralizador. Justamente se sostiene que a través del uso del acto neutralizador que presenta Pawlik desde una correlatividad entre libertad-deber, es que se diferencia el estado de necesidad, de la legítima defensa y del estado de necesidad usual y/o tradicional. Pues en el caso del estado de necesidad defensivo la ley insta –por consideraciones de solidaridad– al propio necesitado a omitir una medida de defensa necesaria, siempre que ella ocasionara de manera desproporcionada más daños que beneficios.

En definitiva, el estado de necesidad defensivo es una causa de justificación que permite repeler peligros provenientes de la esfera de organización del sujeto que sufre el menoscabo de sus bienes jurídicos producto de la acción defensiva. (Ibídem, p. 25.)

Finalmente este sistema tripartito de los estados de necesidad presentado por BALDO LAVILLA, más precisamente el estado de necesidad defensivo se equipara a la grave amenaza, situación de la que deriva deberes de autoprotección. Y donde en base a la concurrencia de los principios de autorresponsabilidad y de solidaridad intersubjetiva (sacrificar un bien jurídico) de las situaciones de necesidad individual, permitir excluir la imputación penal. (Explica OMAR PALERMO, que Jakobs fundamenta el Estado de Necesidad Defensivo bajo el Principio de Ocasionamiento, debido a que en tales casos, el atacante carece de capacidad de culpabilidad, y, por ello si bien no se lo considera “responsable” del conflicto, al menos si puede afirmarse que lo ha “ocasionado” imputablemente. Véase en: PALERMO, Omar. “Problemas de Imputación Objetiva en el ámbito de la Justificación Penal”. En: “Reflexiones sobre la Cuestión Criminal – Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano”. Argentina: Editorial Lerner; 2011. p. 327.)

No debemos dejar de lado, que aquí nos interesa descubrir, cuando no se acepta que el resultado lesivo a la libertad sexual sea de responsabilidad imputable a la víctima. Por ello mediante el uso de la imputación objetiva, debe de analizarse la posición del sujeto pasivo de una amenaza con “la situación en la que se encuentra un autor” que se enfrenta ante una situación de necesidad. Pues el sujeto pasivo de una amenaza, ante una llamada “*actio dúplex – doble acción*” (utilizando la descripción de García Caveró), opta por la vía que habiendo sido autor en una situación de estado de necesidad el ordenamiento jurídico no le hubiese imputado responsabilidad penal por su conducta.

Lo que se quiere decir, es que, si la víctima accede tener un acceso carnal con el sujeto que ha emitido la amenaza en su contra, y donde dicho ese actuar sexual de la víctima se enmarque en un supuesto de necesidad, no habrá autorresponsabilidad o imputación a la víctima.

Por medio de este estado de necesidad individual, no se pierde de vista la conducta o el aporte de la víctima amenazada, esa aportación conductual se analiza con las mismas reglas aplicadas a un sujeto que ante una situación de necesidad se inclina por salvar uno u otro bien. Ya que se compara por una parte, la libertad sexual -siempre mediante una amenaza grave, requerida para la tipicidad del Art. 170 del C.P.-, y por otra el bien que se encuentre en peligro por la amenaza puesta en perspectiva por el autor.

Siguiendo los fines de la investigación propia, toda determinar en qué casos y bajo qué condiciones podrá determinarse la responsabilidad penal del sujeto activo de la amenaza, quien ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado; cual es el origen del peligro a la libertad sexual, y la que da inicio al proceso intersubjetivo con respecto a la víctima.

Nótese que el sujeto pasivo en los supuestos de amenazas condicionales, como lo es el de una Violación Sexual, se encuentra en una situación de necesidad o *actio dúplex*, toda vez que debe optar entre el mal con el que el sujeto activo lo amenaza u optar en su caso por ceder ante los intereses sexuales del sujeto activo amenazador.

Para ROXIN, delimitador de la doctrina mayoritaria alemana, sostiene que, si la víctima actúa dentro de las medidas establecidas en el estado de necesidad disculpante (estado de necesidad exculpante) - (interpretando el Código Penal Alemán), habrá imputación con respecto al autor (el que amenazó). En cambio si la actuación de la víctima no se sitúa dentro del estado de necesidad disculpante, habrá imputación a la víctima. Esto es, que el peligro -mal con el que se amenaza- debe estar dirigido a lesionar la vida, integridad física o libertad para uno mismo o para una persona próxima. (Roxin, Claus. "Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito". Tomo I, Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas; 1997. p. 905. De ahí que el caso planteado del "Violinista", lo resolviera el autor citado, teniendo en cuenta los supuesto (i) Supuestos de falta de acción y (iii) Perforación; señalando que sería factible que A invocara un estado de necesidad



defensivo con el fin de desconectarse de V, puesto que la conexión no sólo lesiona su libertad personal, sino que también lesiona y pone en peligro su integridad física. Y es justamente por ello que Roxin determina enfáticamente lo siguiente: “un derecho a matar sólo puede existir dentro del marco de la legítima defensa, y en el estado de necesidad defensivo puede haberlo a lo sumo en caso de un peligro similar a la agresión, agudo e inminente para la vida o la integridad”, ello explicando el caso del padre de familia maltratador a quien se le da muerte mientras duerme. p. 712.)

Lo último se refiere a que, si el mal implica la puesta en peligro de bienes de menor valor o a una persona no cercana a la víctima, se corresponde a decir que existe una autorresponsabilidad en el actuar de la víctima y por tanto se imputa el proceso intimidatorio a ella. Y donde se afirma que el autor con su amenaza no crea un riesgo jurídicamente desaprobado para la libertad sexual de la víctima. Consideramos que esta forma de delimitar la actuación de la víctima y su autorresponsabilidad, no es la adecuada a aplicarse en los casos de graves amenazas con contenido sexual; que al parecer indirectamente, sin basarse en un estado de necesidad como aquí se hace, la mayoría doctrinaria nacional ha interpretado a la amenaza grave del Art. 170 bajo este criterio, al considerar que el mal injusto anunciado debe estar dirigida a atacar la vida, la integridad física y la libertad ya sea propia del amenazado o de un con quien tenga un vínculo cercano. Y decimos que no somos partidarios puesto que es muy restrictivo, y a nuestro entender dejaría impune los casos donde existan amenazas con lesionar bienes jurídicos inferiores al trió relevante antes mencionado, casos como el de la destrucción de la chacra de la mujer viuda con hijos, donde de permitir la viuda que la accedan sexualmente estaríamos condenándola a su desgracia personal; este criterio es pues dañina, perjudicial y nociva para esta clase de víctimas.

#### **2.3.15.4. El criterio de Jakobs respecto de la valoración de los bienes puestos en un estado de necesidad defensivo:**

Es pues Gunther Jakobs, quien reduce en gran cantidad la autorresponsabilidad en el actuar de la víctima, lo que positivamente

admite imputar el resultado al autor creador de un miedo con su amenaza. Una postura que bien puede describir un estado de necesidad defensivo, en una autoría mediata por coacción, donde el actuar de ese instrumento actúa justificadamente.

En el estado de necesidad agresivo como se dijo, no es posible hablar del principio de autorresponsabilidad, sino del deber de tolerancia o principio de solidaridad, en atención a que el bien salvado es radicalmente mayor que el sacrificado. (Bassino Balta, Ariana. “El estado de necesidad como causa de justificación”, en: “Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal”. Lima: Gaceta Jurídica; 2014. p. 161.) Por su parte se dijo, que en la legítima defensa, la conducta del afectado por la agresión ilegítima es típica, pero está justificada, y el fundamento de la justificación será precisamente el principio de autorresponsabilidad que obliga al agresor a tolerar la conducta del agredido como respuesta a su agresión previa. (Pérez López, Jorge. “El estado de necesidad justificante”. En: “Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal”. Lima: Gaceta Jurídica; 2014. p. 157.)

Mientras que la estructura del estado de necesidad defensivo, da asidero a sostener que se le puede imputar al autor de una amenaza, la elección que haga la víctima amenazada, aunque con su libertad disminuida de elección y actuar sexual busquen salvaguardar un bien jurídico de menor importancia con relación al bien jurídico contra el que el autor dirige la amenaza –libertad sexual-; estado que se funda en los principios de autorresponsabilidad y de solidaridad. Lo que abre el camino a admitir que la amenaza impuesta es típica del delito de violación sexual, la que le es imputable penalmente al sujeto que plantea la amenaza – propio aporte conductual-.

El hacer depender a la grave amenaza de la lesión a la vida, a la integridad física o la libertad, reduce a la persona a un mínimo determinado de modo biológico. Esto conlleva a afirmar, que persona no es solo “cuerpo”, y es que hay supuestos de sustracción y distracción de elementos sustitutorios del cuerpo, tales como gafas, aparatos de escucha, prótesis y muletas (y otros de similar comprensión). Por ello,

amenazar con sustraerle las muletas a un parálítico o con romperlos conduce no sólo a un efecto coactivo equivalente, y es que dicho efecto también se produce por medio de una intervención de los medios de organización de dicha persona. Haciendo una valoración de las conductas de los intervinientes del suceso así como el contexto en el que tuvo lugar, lo que representa para parálítico sus muletas lo es para un representante su automóvil, para un pescador su barco y para la viuda con hijos su única cosecha. (Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Lima: Palestra Editores; 2000. p. 386.) Entonces, la víctima es una persona y por tanto, un sujeto del cual también pueden formar parte cosas ajenas a lo corporal y que siempre le pertenecen.

A ello, cabe agregar el supuesto de aquellas amenazas de hurto de cigarrillos en determinados sujetos que dependen del consumo de los mismos, ante tales sujetos los mismos se tornarían graves amenazas pero para un sujeto que no tiene problemas de dependencia de los mismos dichas amenazas se tornan atípicas.

No debe olvidarse que para comprender la situación como típica de una grave amenaza del delito de violación sexual, que el autor de la amenaza está poniendo a la víctima en la obligación de hacer una escala en sus propios bienes, una redistribución de los mismos. Es decir, que el sujeto que anuncia el mal es autor mediato porque es predominantemente responsable de la situación en que la víctima como instrumento, realiza una nueva distribución -razonable- de sus bienes. (Jakobs, Gunther. "Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación". Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, España, Universidad de Extremadura: Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A; 1997. p. 777.) De modo que se da un mayor valor y preponderancia de responsabilidad del autor –aporte conductual de esfera de organización-, al generar la situación de una necesidad en la víctima de distribuir sus bienes –producto de verse forzada es que renuncia el bien- (el sujeto que para salvar un bien de determinado valor y de gran interés afectivo, destruye una cosa del mismo valor, pero de menor valor afectivo). (Ibidem, p. 776.)

Lo arribado por el jurista alemán, se basa en que los intereses vida, integridad física y libertad, no pueden ser absolutos en presunción de protección, así se permitiría el ingreso a otros intereses de menor estimación jurídica como el patrimonio o el honor; y es por ello que aquí se sostiene como amenazas típicas o propias de una grave amenaza el hecho de amenazar a otro no solo con darle muerte o lesionarla, sino también el hecho de destruir la cosecha de la viuda con hijos, en la medida que dicha cosecha es el único bien de sustento vital para la víctima y sus descendientes; bajo esa perspectiva de apreciación del bien objetivo por parte de la víctima son típicas el resto de figuras aquí expuestas.

#### 2.4. MARCO CONCEPTUAL:

- **Amenaza Condicional:** Aquél donde el mal anunciado por el que amenaza, se muestra en la exigencia de algo, lo que se convierte en una condición de la realización del mal, puesto que existen dos bienes jurídicos donde uno es preponderante.

Cfr. POLITOFF L. Sergio; MATUS A. Jean Pierre, y RAMÍREZ G. María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial". 2da Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile; 2007. p. 197.

- **Autoresponsabilidad:** Es un principio que fundamenta la actuación a propio riesgo de la víctima; y por el cual el resultado dañino que es producto de la decisión libre y responsable de la víctima se le imputa a ésta y no a un tercero.
- **Autoría Mediata:** Forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible, valiéndose, aprovechándose o utilizando la actuación de una persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita.
- **Delito Coactivo:** Aquél tipo penal que para su configuración típica se requiere el uso de un medio de coacción, que en mayor o menor medida, va a lograr afectar la libertad del sujeto pasivo, llevándolo a limitar o realizar un acto determinado que lesionará un bien jurídico distinto de la libertad personal.

- **Estado de Necesidad Defensivo:** Constituye una situación de necesidad individual, en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante.

Cfr. Baldó Lavilla, Francisco. "Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda". Barcelona: José María Bosch Editor; 1994. p. 336.

- **Grave Amenaza:** Es un medio que consiste en el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta, y que utiliza el agente para coaccionar la voluntad de la víctima y obligarla a practicar cualquier acto sexual. El mal grave debe ser injusto, serio, inminente y verosímil.
- **Imputación objetiva:** Juicio de valoraciones que se realiza al obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorealizarse en sociedad. Mediante dicho juicio se busca atribuir al autor como obra suya, tanto la realización de la conducta como el resultado típico.

Cfr. Benavente Chorres, Hesbert. "La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio". Barcelona: Editorial J.M. Bosh; 2011. p.180.

- **Instrumento:** Es el intermediario material o persona interpuesta, hombre desde adelante, ejecutor inmediato o ejecutor directo, en los llamados casos de autoría mediata; cuya voluntad se encuentra sometida al del autor mediato, sea por engaño, por coacción o incluso por cumplimiento de una orden antijurídica obligatoria.
- **Libertad Sexual:** En sentido positivo-dinámico se concreta en la capacidad de las personas de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, y en sentido negativo-pasivo es la capacidad de

negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir.

Cfr. Caro Coria, Dino Carlos y San Martín Castro, Cesar. "Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales". Perú: Editorial Grijley; 2000. pp. 67-68.

- **Medio de Comisión:** Es el medio empleado o medio típico del que se vale el sujeto activo para la comisión de un delito, puede ser material o psíquico, este medio se convierte en un elemento del tipo objetivo y donde se requiere que exista una relación causal que vincule a ese medio con el resultado producido.

Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal, Parte Especial". Vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero), Bogotá: Editorial Temis; 1997.

- **Violación Sexual:** Es el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), mediante el uso de violencia o grave amenaza.

## 2.5. MARCO FORMAL Y LEGAL:

### DELITO DE VIOLACION SEXUAL.

- **Violación:** Código Penal Peruano de 1863. (Influencia Española). Art. 269.- El que viole a una mujer empleando fuerza o violencia
- **Violación:** Código Penal Peruano de 1924. (Influencia Suiza). Art 196.- Será reprimido con penitenciaría o prisión o menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio.

**Antecedentes:** Código Penal de 1863: 269. Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1877, Art. 355. Proyecto de reforma del Código Penal de 1916, Art. 179.

**Fuente:** Ante-Proyecto de reforma del Código Penal Suizo de 1918: 162. Primera parte.

- **Artículo 170.-** El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de cuatro ni mayor de doce años. (\*)

**(\*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26293, publicado el 14-02-94, cuyo texto es el siguiente:**

**Violación sexual: Artículo 170.-** El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años. (\*)

**(\*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004, cuyo texto es el siguiente:**

**Artículo 170.-** Violación sexual: El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años. 5. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. (\*)

**(\*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el siguiente:**

**Artículo 170.- Violación sexual:** El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima. (\*)

**(\*) Numeral modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28963, publicada el 24 enero 2007, cuyo texto es el siguiente:**

- "2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar." 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima. (\*)

**(\*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, cuyo texto es el siguiente.**

**Artículo 170. Violación sexual:** El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo



por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima. 6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad." (\*)

***(\*) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, en el caso del delito previsto en el presente Artículo, el interno redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio, en su caso.***

## **CAPITULO III**

### **METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION**

#### **3.1. METODOS DE INVESTIGACION:**

##### **3.1.1. METODOS GENERALES:**

Se utilizó el método hermenéutico, la que parte de la interpretación científica y documentada y por el cual se defiende el pluralismo metodológico.

A través de la vía hermenéutica se determinó un estudio comprensivo y más objetiva del elemento normativo social grave amenaza, regulado en el delito de violación sexual.

##### **3.1.2. METODOS ESPECIFICOS:**

- Métodos propios de la interpretación jurídica.
- Interpretación sistemática.
- Dogmática funcional (normativista).
- Interpretación lógica.

### 3.1.3. METODOS PARTICULARES:

- **Documental:** La que nos ha servido para recolectar datos desde la elaboración del proyecto hasta la etapa de investigación, la que hemos utilizado para interpretarlos desde el ámbito lógico-jurídico.

Debo señalar rotunda y explícitamente, que la recolección de datos y/o información jurídica bibliográfica le ha tomado al presente Tesista un lapso de 03 largos, angustiosos, fatigosos y de estudio riguroso (contadas terceras personas han considerado esto un poco irónico) para poder comprender, desarrollar, explicar y concluir los conocimientos estipulados y expuestos en esta investigación; por ello no considero dable disminuir o eliminar aunque sea un solo párrafo de este trabajo, pues el mismo juega un papel primordial en la psiquis de este Tesista.

- **Casuístico:** No solo se aplica la ley de forma rigurosa a unos hechos concretos, sino que también las sentencias concretas contribuyen a la determinación del mismo y los casos particulares y/ejemplos que la doctrina suele utilizar para entender el problema y los que el presente Tesista ha creado –uno que otro caso-; por consiguiente en la presente investigación, se ha de contar con casos reales o bien elaborados y los casos prácticos, especialmente para analizar, discutir, debatir y tomar decisiones como operadores jurídicos (analizar, sintetizar y evaluar la información, estimulando la creatividad), la que es propia del mundo del derecho en general.

## 3.2. TIPOS Y NIVELES:

### 3.2.1. TIPO DE INVESTIGACION:

Se corresponde a una investigación cualitativa, la que por su enfoque metodológico y su fundamentación epistemológica tiende a ser de orden explicativo, orientado a estructuras teóricas. Y por el cual se utiliza información cualitativa, descriptiva, las mismas que permiten la existencia de un orden interpretativo.

En efecto hemos descrito los aspectos conceptuales de los requisitos que encierra la figura de la grave amenaza, su presencia en la doctrina comparada y nacional, su tratamiento en la legislación, en la jurisprudencia penal y la problemática que ésta presenta.

### **3.2.2. NIVEL DE INVESTIGACION:**

El presente trabajo de investigación por sus características (investigación básica, jurídico-formal) constituye una investigación descriptiva y explicativa, ya que responde a la pregunta de la problemática existente en torno a la estructura e interpretación de la grave amenaza y su solución a través de la teoría de la imputación objetiva.

Así, es descriptivo porque se describió las relaciones de las variables; así como, es explicativo, porque se explicó las relaciones de causalidad existente entre las propias variables.

### **3.3. DISEÑO DE INVESTIGACION:**

La presente investigación según el tipo de diseño, es una investigación no experimental. Y acorde al objeto perseguido por el investigador, se corresponde a un diseño bibliográfico, la que se presenta como unidad procesada en una biblioteca bajo fuentes serias y confiables.

### **3.4. POBLACION Y MUESTRA:**

#### **3.4.1. POBLACION:**

- 30 Magistrados del Poder Judicial.
- 24 Sentencias del Poder Judicial.
- 30 Abogados Litigantes.

#### **3.4.2. MUESTRA:**

- 16 Magistrados especializados en materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín (Jueces y Fiscales).
- 12 Resoluciones Judiciales en materia penal.

- 15 bogados litigantes especializados en materia penal de Junín.

### **3.5. TECNICAS DE INVESTIGACION:**

Para esta investigación se han utilizado las técnicas más típicas, así tenemos:

#### **3.5.1. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:**

- **Técnica de fichaje de información doctrinaria:** En la presente investigación se empleó las fichas bibliográficas, a fin de guardar la información a obtener de las diversas obras especializadas en materia penal a consultar (algunos de fuentes históricas sociales y filosóficas), para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados (apuntes, resúmenes, comentarios y otros); para ello se han utilizado los medios o dispositivos electrónicos modernos que permiten facilitar la tarea de recolección de datos (escaneos, app fotográfica para celulares, fotocopias, impresiones, y la propia transcripción manual).
- **Técnica documental:** Se realizará un análisis en fallos judiciales de casos relacionados con la grave amenaza desde el 2005 hasta el 2015; estas abarcan Sentencias de la Corte Superior de Justicia de Junín, Corte Suprema del Perú, Acuerdos Plenarios (también se utilizan dispositivos electrónicos). Ello con la finalidad de corroboran la hipótesis principal, pues se realiza una apreciación a los pronunciamiento judiciales -sentencias- con respecto a los fundamentos jurídicos que explican o no la grave amenaza.
- **Técnica de la Encuesta por muestreo no probabilístico:** Donde se escoge mediante procedimientos estadísticos una parte significativa de todo el universo, que se toma como objeto a investigar. Las conclusiones que se obtienen para este grupo se proyectan luego a la totalidad del universo. (Cuestionario) Para

ello se elaborará como trabajo de campo (01) un modelo de cuestionario, dirigidos a jueces, fiscales y abogados especializados en materia penal -muestreo intencional-.

### **3.5.2. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS:**

Los datos recopilados han sido sometidos a análisis lógico, contrastando los resultados con las hipótesis formuladas.

Al ser una investigación cualitativa, las unidades y las categorías fueron emergiendo de los datos obtenidos; datos cuáles son incorporados a programas computarizados tales como los aplicativos de MS Office y Excel, con precisiones divisorias y porcentuales, los mismos que son presentados por gráficos. Y respecto al análisis de dato a utilizar, este es interpretativo, ya que nos permite describir y comprender el objeto de investigación en su totalidad o sus aspectos esenciales y concretos de la grave amenaza en el delito de violación.

Cabe señalar que se seleccionó las respuestas obtenidas del trabajo de campo (encuesta) de acuerdo al tema de Tesis, en tanto que las interrogantes son generales para poder comprender todas la hipótesis, no afectando ninguno de los objetivos perseguidos.

No está demás señalar, que como limitación al presente trabajo de campo, se contó con la renuencia a participar en las encuestas por parte de personal del Ministerio Público, e incluso un Fiscal Superior –del que desconocemos su nombre- (en tono petulante “tú me vas a hacer preguntas, ¿yo?, ¿a un fiscal?”) ha considerado que esta investigación no colabora en nada a la práctica jurídica (en fin, en buena hora y no ha participado el sector anti-dogmático, anti-investigación y...)

## **CAPITULO IV**

### **RESULTADOS DE LA INVESTIGACION**

#### **4.1. PRESENTACION DE LOS RESULTADOS:**

En esta apartado se plasmará (metódicamente) los resultados obtenidos de los instrumentos -encuestas- que han sido empleados con la finalidad de dar asidero a lo anteriormente expuesto, que son los fundamentos de nuestra investigación cualitativa –de carácter jurídico social-; esto es, contrastar las variables empleadas en el trabajo de campo, con relación a nuestra hipótesis de trabajo, la cual es.

- **HIPÓTESIS DE TRABAJO:**

“El criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual es la de un criterio subjetivo o de la voluntad; la que es ineficiente para la solución de los casos prácticos de acceso carnal bajo un contexto determinado de amenaza. Siendo una vía alternativa y correctiva la teoría de la imputación objetiva”.

Al respecto, y a través del cruce de información, hemos obtenido los siguientes resultados:

**A.** De las encuestas.

**B.** De las fichas de información doctrinaria y documental (jurisprudencial).

## **RESULTADOS:**

### **A) RESULTADOS DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS LITIGANTES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL:**

Las encuestas atienden a 02 muestras distintas (las dirigidas a Jueces y Fiscales Penales; las dirigidas a los Abogados Litigantes), pero con las mismas interrogantes; atendiendo a ello, primigeniamente se ha tenido la intención de realizar un análisis propio para cada una de las muestras, sin embargo luego del trabajo de campo se apreció que las respuestas dadas por los encuestados no eran muy diferentes entre ambas muestras (salvo en una que otra interrogante), por ello plasmamos aquí un análisis unificado entre ambas muestras, decisión que en nada afecta a la contratación de hipótesis y logro de los objetivos.

No olvidemos que de un universo de (32) treintidós Magistrados, se tomó como muestra –no probabilística- a (16) dieciséis Magistrados - Jueces y Fiscales-; y de un universo de (30) treinta Abogados litigantes, se tomó como muestra –no probabilística- a (15) quince Abogados litigantes; todos especializados en materia penal, y quienes han sido encuestados a fin de responder a un cuestionario que abarca nueve preguntas y una recomendación personal respecto de la “Grave Amenaza en el delito de violación sexual”. Es menester señalar que las interrogantes plasmadas en el cuestionario, consisten en casos prácticos que proyectan el anuncio de un mal -amenaza-, de modo que los encuestados mediante sus respuestas –siempre válidas- darán a conocer la postura a la que se inclinan, son partidarios o en su caso compartirán el criterio dogmático jurídico por el que comprenden e interpretan a la “grave amenaza” como medio comisivo del delito de Violación Sexual – Art. 170; por ello las interrogantes se corresponden directamente a las bases teóricas de la investigación.

En ese sentido se han analizado las respuestas, teniendo en cuenta:

1. La pregunta como premisa, 2. El fundamento de la respuesta de cada



encuestado, 3. Tabulación de las respuestas y presentación en forma numérica, así como porcentual, 4. Elaboración del gráfico de respuestas y, 5. Análisis respectivo.

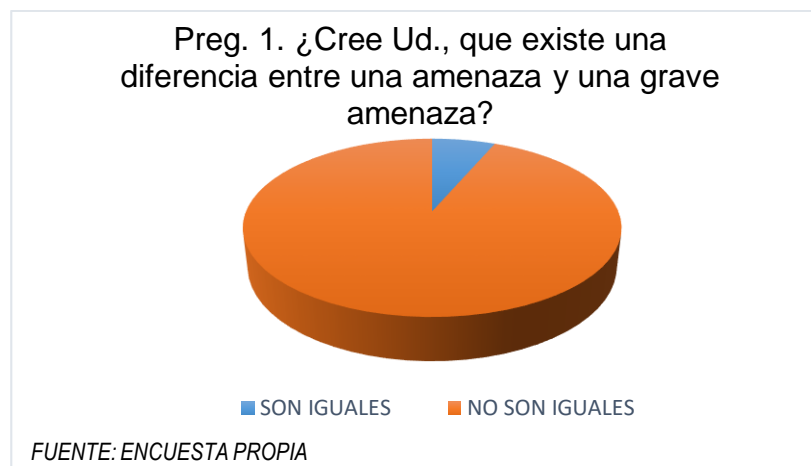
### PREGUNTA N° 01

**¿CREE UD., QUE EXISTE UNA DIFERENCIA ENTRE UNA AMENAZA Y UNA GRAVE AMENAZA?**

**CUADRO N° 01:**

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SON IGUALES	2	2%
NO SON IGUALES	29	29%
TOTAL	31	31%

**GRAFICO N° 01:**



### **ANALISIS:**

Con un alto porcentaje se tiene que los Juzgadores y Fiscales penales (entre ellos abogados litigantes) son de un criterio diferenciador de los medios comisivos, al considerar que si existe diferencia entre las llamadas amenazas y las graves amenazas. Justamente este criterio diferenciador se corresponde a la normativa penal, es decir que en nuestro código penal aparecen expresamente en algunos delitos como medio comisivo una amenaza, mientras que en otras (Arts. 170 y 176) se exige que ésta amenaza sea grave; apreciación normativa que los

encuestados sostienen, concluyendo los encuestados de que solo una amenaza “grave” puede coaccionar la voluntad –negativa- de la víctima de consentir practicar determinado acto sexual con su amenazador.

Ahora bien, un grupo reducido ha señalado que la diferencia se debe a la delimitación que el legislador hace al crear la norma, así, este grupo toma de asidero al delito de robo, donde expresamente se señala que la amenaza debe de estar dirigido a la vida o a la integridad física, Siendo la amenaza más grave la reprochada por el legislador, la misma que se aplica al delito de violación sexual.

Por su parte, la doctrina mayoritaria –tal como se ha visto en la investigación- no considera que exista tal diferencia, pues la doctrina especializada ha tratado el estudio de las amenazas en general como si fuera único en la dogmática penal a la hora de resolver los casos particulares.

De los encuestados, solo dos se han pronunciado en sentido contrario (que no quiere decir que han errado en su respuesta), quienes con buen criterio han señalado que no existe diferencia entre uno u otro, explicando que lo grave, no puede delimitarlo la norma sino la víctima como sujeto directo y final que percibe la amenaza.

Por nuestra parte, partiendo de las amenazas condicionales y no condicionales, podemos señalar con claridad que la primera forma de amenaza -condicional- es la que se presenta en el texto del ilícito –Art. 170-, así la amenaza que sirve como medio, condiciona la voluntad de la víctima a un hacer (practicar o dejarse practicar un acto sexual ilícito) frente a un no hacer (evitar el mal anunciado con la amenaza por parte del sujeto activo). Y será “grave” –conforme al requerimiento del tipo-, no solo las amenazas dirigidas contra la vida, o la integridad personal, sino todas aquellas que revisten un eficaz potencial peligro para los intereses vitales –bienes jurídicos- tanto de la víctima como de un tercero cercano a ésta.

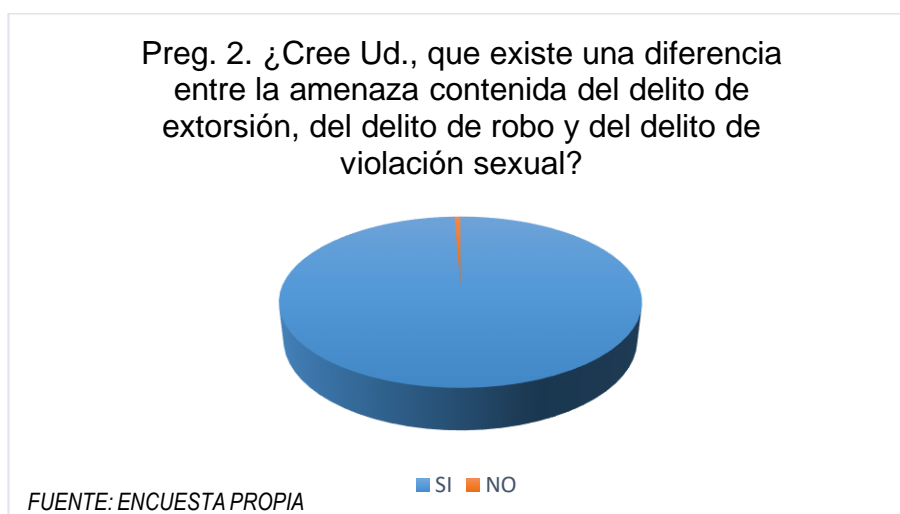
## PREGUNTA N° 02

**¿CREE UD., QUE EXISTE UNA DIFERENCIA ENTRE LA AMENAZA CONTENIDA DEL DELITO DE EXTORSIÓN, DEL DELITO DE ROBO Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL?**

**CUADRO N° 02:**

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	31	31%
NO	0	0%
TOTAL	31	31%

**GRAFICO N° 02:**



### **ANALISIS:**

Con un porcentaje elevado, los encuestados han señalado que si existe diferencia entre la amenaza requerida en el tipo de violación sexual, del delito de robo y de extorsión. Los mismos refieren que la amenaza contenida en el delito de violación sexual y del delito de robo han de ser necesariamente grave en tanto que en el primero no se delimita textualmente su gravedad, quedando a criterio del juzgador determinar la calidad o grado de la amenaza, mientras que en el segundo el tipo taxativamente regula la forma grave de la amenaza, que es estar dirigido contra la vida y la integridad personal.

Un segundo sector encuestado considera la diferencia del delito de violación sexual con el de robo, en lo inminente de la amenaza, la que solo expresamente requiere el tipo de robo y no el de acceso carnal sexual ilícito.

A su vez, -y muy bien- aclaran los encuestados que en el delito de extorsión la amenaza es “puramente” psíquica, pero futura, pero que si la amenaza es inmediata se estaría en el delito de robo.

El grupo encuestado, de nivel jurisdiccional, manifiesta la capacidad con la que cuentan para interpretar las amenazas de los tipos penales mencionados. Si bien la doctrina ha equiparado a la amenaza del delito de robo con el delito de violación sexual –comparación de las amenazas de cada tipo penal-, como se ve, los encuestados señalan que en ambos se requiere una amenaza grave, sin embargo consideran que es criterio del juzgador penal determinar que amenazas con contenido sexual son y no son graves para efectos de resolver la categoría de la tipicidad.

Podemos decir, que los encuestados no se pronuncian con respecto a que la amenaza del delito de extorsión sea o no grave, más se han limitado y con muy claridad a resaltar que lo que diferencia a la amenaza de la extorsión con el de robo es la inmediatez del mal con que se amenaza; obviando referirse respecto del delito de violación sexual.

Consideramos que delimitar la diferencia de las amenazas desde la forma en que se objetiviza la amenaza –mediata o inmediata-, es importante, justamente se propugna como punto importante a tener en cuenta en el delito de violación sexual, que la amenaza debe de ser inmediata o muy próxima, de ahí su “carácter inminente” del mal amenazado; si bien este requisito el legislador penal no lo ha regulado taxativamente como en el caso del delito de robo, este requisito es propio del delito sexual. No debe olvidarse que en el delito de extorsión la amenaza es mediata o futura y no inminente, pero no por ello la amenaza deja de ser “grave” para los sujetos extorsionados.

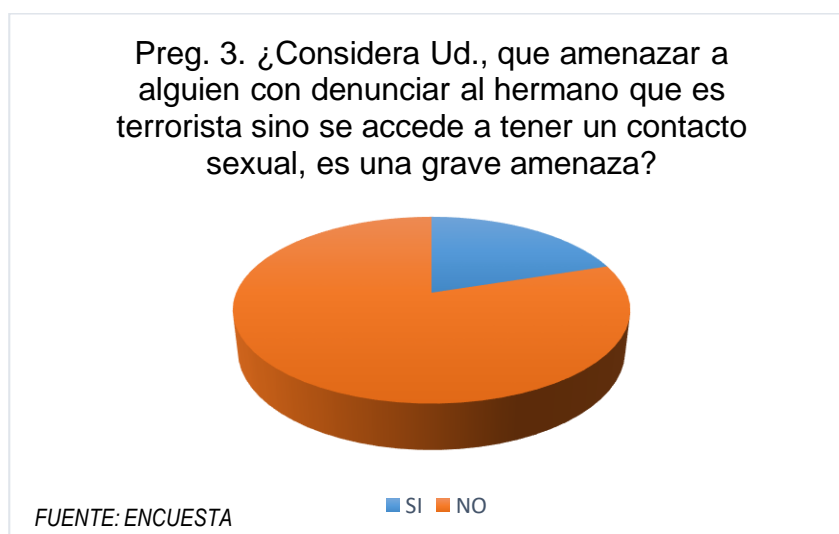
### PREGUNTA N° 03

**¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A ALGUIEN CON DENUNCIAR AL HERMANO QUE ES TERRORISTA SINO SE ACCEDE A TENER UN CONTACTO SEXUAL, ES UNA GRAVE AMENAZA?**

**CUADRO N° 03:**

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	8	8%
NO	23	23%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>31%</b>

**GRAFICO N° 03:**



### **ANALISIS:**

Una diferencia importante es la resultada de esta interrogante, como se explicara en el marco teórico, el caso del hermano terrorista, es un caso planteado por Bramont Arías Torres; bajo nuestras bases teóricas sostenemos que tal amenaza, se corresponde a las llamadas amenazas condicionales, sin embargo el mal aquí –hacer de conocimiento a las autoridades/denunciar- es uno mal “justo” para la víctima, es decir, que es un acto de conveniencia el hecho de no denunciar. En tanto que en el delito de violación sexual, la amenaza para efectos típicos necesariamente debe ser el anuncio de un “mal injusto” para la víctima.

Si bien los encuestados en su mayoría bien hacen en negar considerar como una amenaza grave el caso planteado, sin embargo su consideración se establece teniendo en cuenta intereses vitales, es decir, que los encuestados miden la gravedad de la amenaza dando un mero vistazo al mal anunciado, pues amenazar con matar al hermano no es lo mismo que denunciarlo antes las autoridades por más que sea culpable del delito de terrorismo; así solo el matarlo sería grave y típico (criterio objetivo dando relevancia a un bien jurídico fundamental). Forma de diferenciación a todas luces discriminador para determinadas víctimas.

En tanto que un sector reducido, considera grave tal amenaza, teniendo en cuenta a la víctima y su perspectiva que tenga esta de tal amenaza, aparte que está dirigida a un miembro familiar, el hermano; (criterio subjetivo). Como se dijera ya en el marco teórico, es válida este sustento por tener base dogmática, sin embargo no es lo más adecuado delimitar la amenaza solo desde un “vistazo” o intento de “inmiscuir” a la mente del sujeto amenazado. Debo señalar de forma expresa, que uno de los encuestados –el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Junín del periodo 2015-2017-, partidario de criterios subjetivos considera esta amenaza como típica del delito de violación sexual, quien literalmente ha dicho: “si se ha logrado el acceso carnal con esa amenaza, ésta fue grave, y por tanto es típica; el dolo está en la cabeza del juez, así como la amenaza está en la cabeza también del juez”.

Si bien la idea del antes encuestado con respecto al dolo es uno de los criterios de normativización del tipo (doctrina moderna), considero particularmente que la equiparación entre “dolo y la amenaza que logra el acceso carnal”, si bien es un criterio subjetivo puro que hace el encuestado, esta no puede admitirse de válida, pues el primero se corresponde a un análisis de tipicidad subjetiva en tanto que el segundo a la tipicidad objetiva, debiéndose aquí valorar la acción misma –la amenaza- con la que se logra el acceso carnal. La valoración ha de ejecutarse mediante criterios de interpretación válidos (subjetivo,

objetivo, mixto e incluso imputación objetiva); pues la tipicidad objetiva se encarga de establecer que una conducta (amenazar a otro bajo un contexto sexual), independientemente de la voluntad de su autor u otro elemento “subjetivo” (tipo subjetivo), calza en una descripción de un determinado tipo (violación sexual) del código penal.

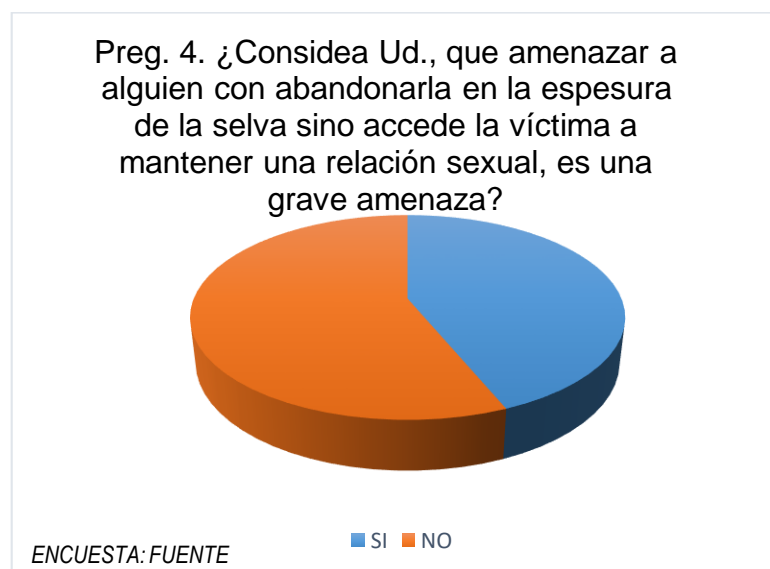
#### PREGUNTA N° 04

**¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A ALGUIEN CON ABANDONARLA EN LA ESPESURA DE LA SELVA SIN ACCEDER LA VÍCTIMA A MANTENER UNA RELACIÓN SEXUAL, ES UNA GRAVE AMENAZA?**

**CUADRO N° 04:**

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	14	14%
NO	17	17%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>31%</b>

**GRAFICO N° 04:**



## **ANALISIS:**

El resultado respectivo a esta interrogante es meramente diferenciable. Así, un sector considera que la amenaza de abandonar a alguien en la espesura de la selva sino accede a mantener un contacto sexual, no puede ser considerado como la amenaza típica del delito en comento, atendiendo precisamente al elemento “inmediatez” del mal, esto para algunos incluso no existe (no existe el mal de la amenaza y menos su inmediatez), este mismo sector encuestado señala que tampoco en el caso existe una amenaza “determinada”, por tanto no puede admitirse su tipicidad (criterio objetivo).

Para un segundo sector, el caso si es propio de la amenaza requerida por el tipo, al señalar que ésta se mide desde la perspectiva de la víctima (criterio subjetivo) y de las circunstancias en que se desarrolla el hecho -si es de noche, si es un lugar desconocido para la víctima, la edad de la víctima, el sexo de la víctima-, por lo que una vez analizados estas circunstancias que rodean al hecho en concreto, puede determinarse si es o no grave (criterio mixto).

Las posiciones muy claras tienen fundamento propio, siendo las primeras correspondiente a un criterio objetivo, respetuoso de los requisitos que debe poseer la amenaza para efectos e tipicidad; y las segundas propias de un criterio mixto o ecléctico, que revisa en puridad las circunstancias personales del sujeto activo y del sujeto pasivo, así como las circunstancias que rodean al hecho concreto.

Por nuestra parte y con asidero en las bases teóricas expuestas, consideramos que el caso de amenazar a alguien con abandonarla en la espesura de la selva, si es una grave amenaza. Para llegar a esta conclusión de tipicidad, en primer lugar se parte de los requisitos que debe poseer una amenaza, en este caso se cumple con los requisitos “inminente” y “determinado” del mal anunciado, que es “abandonarla en medio de la espesura de la selva”; como ya se dijera, lo inminente es próximo a suceder, de modo que el peligro creado con la amenaza de



abandonarla en medio de la nada, conlleva echar a suerte lo que pueda sucederle a la víctima, la misma que bien puede ser devorada o lesionada por un animal, autolesionarse en el camino e incluso ser víctima de robo o violación sexual de un tercero ajeno a la amenaza y ajeno al poder de gobernabilidad del daño del que amenaza; siendo en este caso que todos estos males potencialmente de ser realizados – inminentes y determinados- le son imputables al sujeto activo que hace uso de esta amenaza.

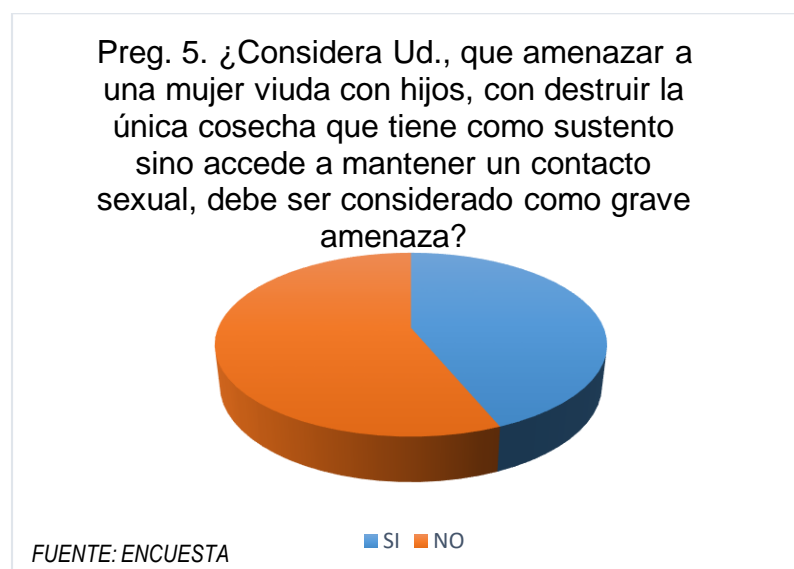
### PREGUNTA N° 05

**¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A UNA MUJER VIUDA CON HIJOS, CON DESTRUIR LA ÚNICA COSECHA QUE TIENE COMO SUSTENTO SINO ACCEDE A MANTENER UN CONTACTO SEXUAL, DEBE SER CONSIDERADO COMO GRAVE AMENAZA?**

**CUADRO N° 05:**

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	14	14%
NO	17	17%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>31%</b>

**GRAFICO N° 05:**



## **ANALISIS:**

El caso de la destrucción de la cosecha, está referida a un mal que recaerá en el patrimonio de la víctima sexual. Acorde a los encuestados la mayoría –no tan diferenciada- se inclina por no considerar típica a esta amenaza, fundamentan su respuesta en el hecho -una vez más- en que no se puede ponderar de igualdad este mal de daños (destrucción de la cosecha) con una amenaza letal (dar muerte), claramente se torna relevante un criterio objetivo.

Por su parte, quienes admiten la tipicidad de esta amenaza, señalan que en el contexto del caso en concreto “destruir la única cosecha” que sirve de sustento a la familia de la envidada, debe de considerarse grave, por ello debe de analizarse una vez más las circunstancias personales de la víctima. Un segundo fundamento considerable, señala que la gravedad de la amenaza, se mide teniendo en cuenta la psiquis de la víctima, pues para alguno será grave la pérdida de su cosecha mientras que para otro no lo será, sin embargo no hay nada concluyente en este criterio.

Nosotros admitimos la gravedad de la amenaza puesta en análisis, partiendo de la imputación objetiva, y considerando el actuar de la víctima (consentir el acto sexual conminado con la amenaza) como la referida a un estado de necesidad defensivo –Art. 20, inciso 4 del CP-, basado en los principios de solidaridad y autoresponsabilidad, se interviene defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante.

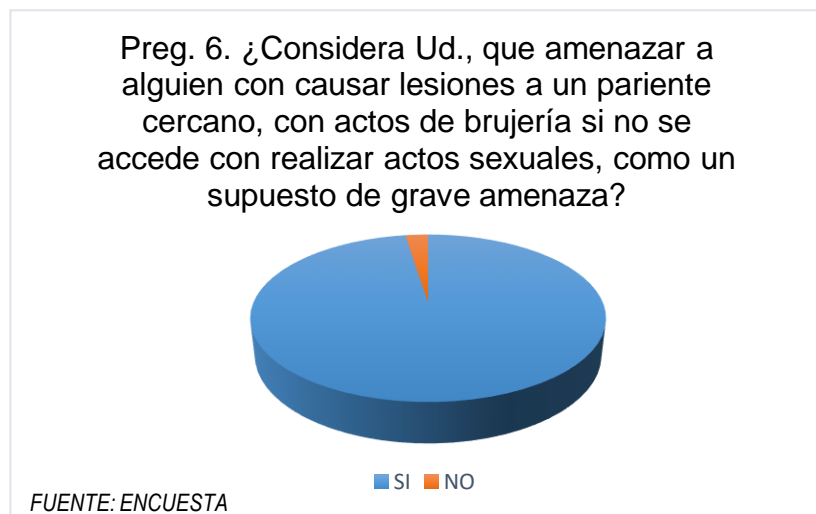
## PREGUNTA N° 06

**¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A ALGUIEN CON CAUSAR LESIONES A UN PARIENTE CERCANO, CON ACTOS DE BRUJERÍA SI NO SE ACCEDE CON REALIZAR ACTOS SEXUALES, COMO UN SUPUESTO DE GRAVE AMENAZA?**

**CUADRO N° 06:**

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	30	30%
NO	1	1%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>31%</b>

**GRAFICO N° 06:**



### **ANALISIS:**

Es unánime el criterio de rechazar como amenaza típica a las acciones mágico-religiosas del que un sujeto se puede servir para amenazar a su víctima (hasta han tomado de absurdo esta interrogante). Este fundamento es propio del derecho penal en general que se expresa en la punición de acciones humanas, dejando en un segundo plano y fuera del ámbito punitivo estatal los actos no humanos, en este margen se encuentra lo divino, lo mágico-religioso y la causa natural.

Es reconocible el único encuestado que si admite el acto de brujería como “posible amenaza típica” del delito de violación sexual (el

encuestado es el Juez Tito Barrón). El fundamento del magistrado antes encuestado, alega que: “no todos entienden un acto de brujería como amenaza grave, esta se comprende según el grado de cultura de la víctima”, así, debe de considerarse las amenazas que se hagan a un sujeto de la selva con la que puede comprender un sujeto de la ciudad.

Acorde al pensamiento del encuestado que admite como amenaza grave la interrogante citada; si se parte de criterios subjetivos la amenaza citada bien puede ser idónea para lograr el acceso carnal deseado por el sujeto activo; nótese la discriminación –ya advertida antes- con la que se puede aplicar e interpretar a estos casos “mágicos” por así decirlo, por parte de la mayoría encuestada; puesto que al ser nuestra nación un país pluricultural, para ciudadanos de la selva o de la sierra, que por falta de educación o acorde a su entorno cultural – situaciones sociales aun apreciables en el estado peruano-, pueden percibir a dicha amenaza como uno grave y ver de significativo el ataque a sus intereses personales o de un tercero cercano a ella.

Por ello somos del criterio que esta clase de casos si son amenazas típicas, siempre y cuando el mal esté dirigido a atacar un bien jurídico de la víctima o de uno cercano a ella (pudiendo ser desde la vida, el patrimonio hasta el honor u otros), las que aquí se han abarcado bajo el rótulo de “engaños intimidatorios”, de modo que si se amenaza mediante un acto de brujería, con ocasionarle perdidas económicas en el negocio a la víctima, ésta sería atípica. Pero llegamos a este criterio alejándonos de los criterios subjetivos desarrollados por la doctrina, y aplicamos la imputación objetiva, que desde su filtro creación de un riesgo prohibitivo, permite valorar la conducta del sujeto que amenaza, así como justificar el actuar de la víctima (consentir el acceso carnal u análogo) desde el estado de necesidad defensivo.

## PREGUNTA N° 07

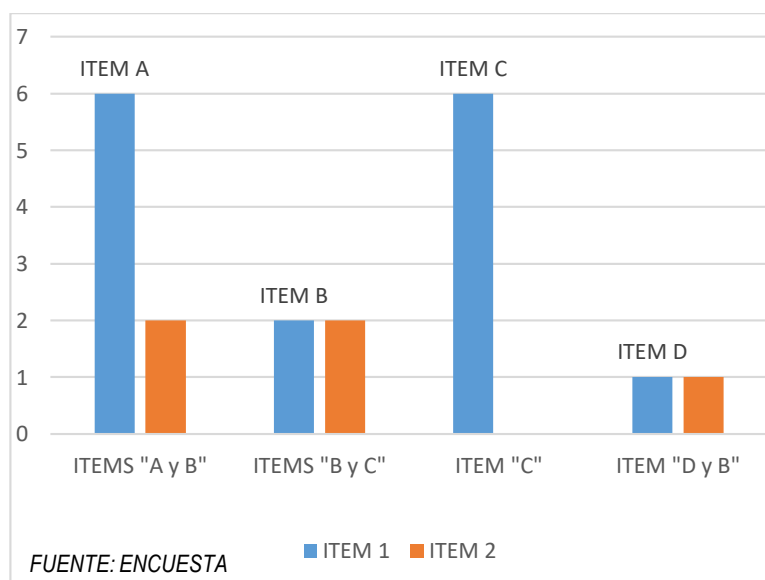
**¿COMO MIDE UD., LA "GRAVEDAD" DE UNA AMENAZA? PUEDE MARCAR UNO O DOS ITEMS. (TODOS LOS ITEMS SON VÁLIDOS ACORDE CON LA DOCTRINA)**

- A. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RODEAN AL HECHO (TIEMPO, LUGAR).**
- B. LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES TANTO DE LA VÍCTIMA COMO DEL SUJETO ACTIVO (EDAD, SEXO, ESTATURA, ETC).**
- C. ES GRAVE AMENAZA TODO AQUELLO QUE SOLO PONE EN PELIGRO BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES (VIDA, INTEGRIDAD PERSONAS Y LIBERTAD PERSONAL).**
- D. ES GRAVE AMENAZA TODO AQUELLO QUE LA VÍCTIMA TENGA TAL APRECIACIÓN DE LA AMENAZA PUESTA EN PERSPECTIVA (PUDIENDO ESTAR DIRIGIDA ESTA A ATACAR TAMBIEN EL PATRIMONIO O EL HONOR).**

**CUADRO N° 07:**

ENCUESTA A MAGISTRADOS		
ITEMS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A	6	6%
B	2	2%
C	6	6%
D	1	1%
<b>TOTAL</b>	<b>15</b>	<b>15%</b>

**GRAFICO N° 07:**



## **ANALISIS:**

La interrogante planteada está dirigida a conocer el “criterio” – origen en el vocablo griego juzgar-; así la opinión, juicio o decisión que se adopte sobre el elemento social “grave”, se forma como requisito que debe ser respetado para alcanzar un cierto objetivo o satisfacer una necesidad, que es “delimitar la amenaza típica” del Art. 170 del CP.

En función a ello se cuenta con cuatro ítems como alternativas altamente posibles de ser aplicados en la casuística por parte de los operadores jurídicos, las mismas que se han delimitado teniendo en cuenta las bases teóricas de la investigación.

Con un margen discriminado, los ítem “A y B” (circunstancias que rodean al hecho y circunstancias personales de los sujetos intervinientes) se presentan como mínimos a ser tomado en cuenta por los juzgadores a la hora de delimitar la amenaza típica.

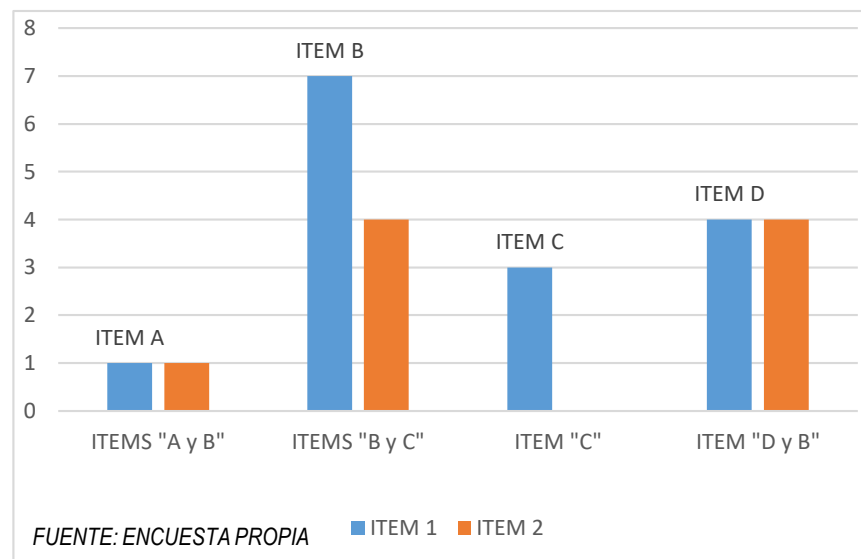
Con un marco no tan diferenciado se ha elegido al ítem “C” (es grave amenaza todo aquellos que pone en peligro bienes jurídicos fundamentales) como el adecuado para delimitar al carácter grave de las amenazas empleadas por el sujeto activo.

Un tercer sector de la encuesta, resuelve el problema de la amenaza grave, teniendo en cuenta los ítems “D” y “B” (es grave amenaza todo aquello que la víctima tenga tal apreciación desde su perspectiva y las circunstancias personales de los sujetos intervinientes).

Diferenciadamente el criterio –máximo, por así decirlo- que encabeza el juicio interpretativo de la amenaza típica del delito de violación sexual, es la referida a los ítems “B” y “C” (circunstancias personales de los sujetos intervinientes y es grave amenaza todo aquellos que pone en peligro bienes jurídicos fundamentales), resaltando el criterio “B” como el mayor, que permite configurar la amenaza del tipo objetivo. Como bien se aprecia el resultado arroja que los encuestados se corresponden a un criterio mixto (ítems “B” y “C”), dando relevancia a

criterios mixtos (ítem “B”). Desde luego este resultado, no hace más que confirmar la inseguridad jurídica advertida por el investigador, respecto de la interpretación de la grave amenaza.

ENCUESTA A ABOGADOS LITIGANTES		
ITEMS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
A	1	1%
B	7	7%
C	3	3%
D	4	4%
TOTAL	15	15%



Totalmente contrario a los resultados arrojados por la encuesta dirigida a la muestra los Magistrados, los Abogados litigantes consideran con un margen elevado, que los ítem “B y C” (circunstancias personales de los sujetos intervinientes y es grave amenaza todo aquellos que pone en peligro bienes jurídicos fundamentales) se presentan como los criterios a ser tomado en cuenta cuando se está frente a supuestos de grave amenaza.

Un segundo grupo de la encuesta, resuelve el problema de la amenaza grave, teniendo en cuenta los ítems “D” y “B” (es grave amenaza todo aquello que la víctima tenga tal apreciación desde su perspectiva y las circunstancias personales de los sujetos intervinientes).

Sin mucha diferencia a los ítems “D y B” se ha elegido al ítem “C” (es grave amenaza todo aquellos que pone en peligro bienes jurídicos fundamentales) como el más idóneo para solucionar el problema de la delimitación de lo grave de una amenaza.

Por último, con solo un registro de elección del ítem “A y B” se ha señalado que es el propio resolver los casos en concreto donde e presenta el elemento normativo en estudio.

Los Abogados encuestados como se advierte, se inclina a una postura mixta, y un segundo sector se forma como partidaria de criterios subjetivos. Como ya dijera, los resultados refuerzan la idea primaria y concluyente, de que existen diversos criterios –válidos- que interpretan la grave amenaza, lo que genera una laguna axiológica, consecuentemente conlleva ello a una inseguridad jurídica.

No corresponde al Tesista pronunciarse sobre que o cuáles son los ítems que debieron de haber sido elegidos, en tanto que nosotros planteamos como correctivo jurídico a la imputación objetiva y sus filtros normativos creación de un riesgo prohibido y autoresponsabilidad de la víctima.



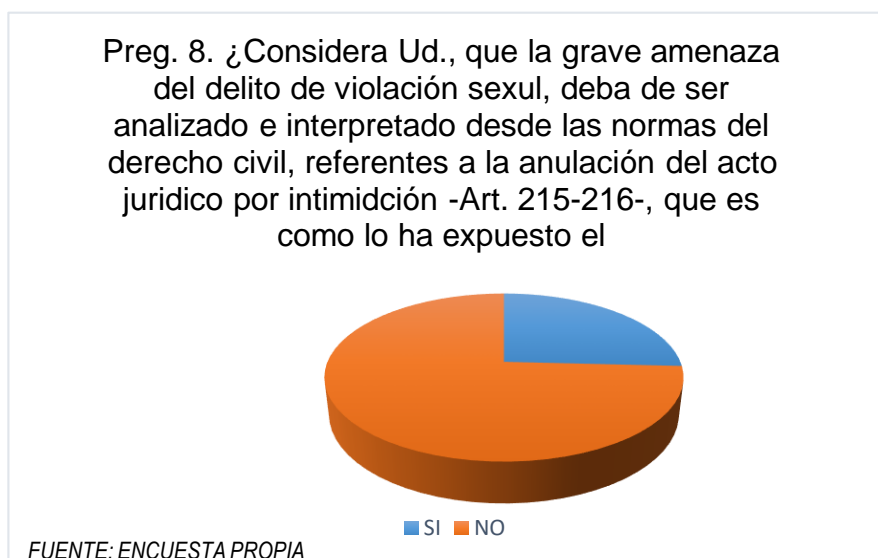
### PREGUNTA N° 08

¿CONSIDERA UD., QUE LA GRAVE AMENAZA DEL DELITO DE VIOLACION SEXUAL, DEBA DE SER ANALIZADO E INTERPRETADO DESDE LAS NORMAS DE DERECHO CIVIL, REFERENTES A LA ANULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO POR INTIMIDACIÓN –ARTS. 215, 216-, QUE ES COMO LO HA EXPUESTO EL ACUERDO PLENARIO N° 01-2011?

CUADRO N° 08:

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	8	8%
NO	23	23%
TOTAL	16	16%

GRAFICO N° 08:



### ANALISIS:

Claramente las muestras encuestadas no están de acuerdo con lo arribado en el fundamento N° 20 del acuerdo Plenario 01-2011, referido a la prueba en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Que insinúa altamente a los operadores jurídicos estudiar, analizar y comprender a la grave amenaza del delito en comento desde el derecho civil, específicamente de las normas que regulan la anulación del acto jurídico mediante intimidación. Como ya lo textualizamos antes,

pareciese que en el ámbito penal no existiesen herramientas jurídicas adecuadas para estudiar la grave amenaza.

Cabe señalar, que si bien la muestra no comparte lo arribado por la Corte Suprema, sin embargo no señalaron con claridad el porqué de la disconformidad o discrepancia. Quienes admiten como válida la remisión para efectos interpretativos, sostienen que el juez penal ante vacíos de la norma, este debe de remitirse a una norma extrapenal, o en su caso porque nada invalida el estudio desde el derecho civil.

Solo nos queda acotar en cuanto que, no nos hallamos frente a un vacío legal o laguna normativa (aun cuando pareciese serlo, puesto que en el robo se delimita el mal de la amenaza y no en el delito de violación sexual a pesar de que se expresa que este debe de ser “grave”); como dijera algunos juristas, el código penal no busca definir con claridad los conceptos normativos –del cómo es la violencia, la grave amenaza o el engaño, etc.-, que vienen a ser los medios empleados que van a expresar una determinada conducta antijurídica, sino que el legislador se encarga de responder mediante la política criminal cuales son las conductas disvaliosas de merecimiento de un sanción punitiva; por ello es tarea de los operadores jurídicos (mediante pronunciamiento judiciales o análisis de sentencias y/o creación intelectual) delimitar los conceptos normativos, labor que se ha intentado realizar en este presente estudio.

Lo que más bien se genera con las distintas formas interpretativas vigentes y válidas posturas de la grave amenaza, y con el reciente pronunciamiento del Poder Judicial y la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 01-2011, es generar un vacío o laguna axiológica.

Así, nosotros -como lo sostuvimos desde un principio- no atacamos y menos consideramos de injusta la norma penal (Art. 170), tampoco creemos que deba de existir un nuevo tipo penal y menos que propugnamos una modificatoria al tipo en concreto; sino que esta investigación se basa en el análisis de la estructura e interpretación de

la grave amenaza, como medio comisivo tal como se encuentra regulada –de lege lata–; por ello es dable admitir la existencia respectiva de una laguna axiológica, donde los supuestos de hecho (casos presentados) si están reglados por la norma, pero axiológicamente esta se encuentra equívoca, y más aún cuando se remite al intérprete del derecho a estudiar la amenaza típica del Art. 170 desde normas civiles que regulan la anulación del acto jurídico. Por ello a través del estudio de la estructura de la grave amenaza, reconstruimos las situaciones que debe tenerse en cuenta lo que aclara varios puntos que son puestos en consideración del jurado revisor, examinador, de tesis y del lector de esta investigación; y tratamos la interpretación del mismo de un modo acorde a la doctrina penal moderna, ello atendiendo a las especiales características que posee el elemento normativo social “grave amenaza”. De ello concluimos –en forma reiterada- que esta situación genera un inseguridad jurídica que afecta tanto a los ciudadanos (denunciados, procesados, sentenciados, víctimas y familiares de los mismo) como a los abogados litigantes.

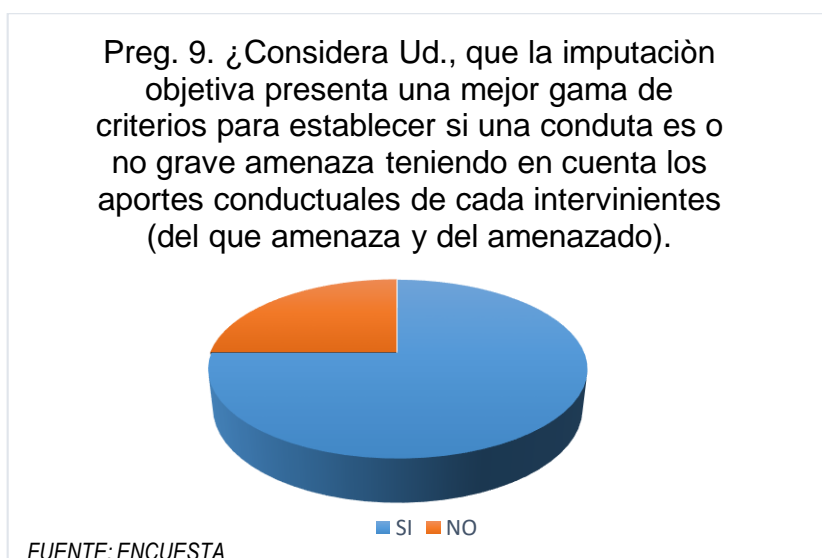
## PREGUNTA N° 09

**¿CONSIDERA UD., QUE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA PRESENTA UNA MEJOR GAMA DE CRITERIOS PARA ESTABLECER SI UNA CONDUCTA ES O NO GRAVE AMENAZA TENIENDO EN CUENTA LOS APORTES CONDUCTUALES DE CADA INTERVINIENTE (DEL QUE AMENAZA Y DEL AMENAZADO).**

**CUADRO N° 09:**

ALTERNATIVAS	ENCUESTADOS	PORCENTAJE
SI	27	27%
NO	4	4%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>31%</b>

**GRAFICO N° 09:**



### **ANALISIS:**

La cuestión entorno a la pregunta en examen, es trata de mostrar a la imputación objetiva como una herramienta dogmática que sirve para valorar la conducta desde sus filtros normativos (creación de un riesgo prohibido y autoresponsabilidad de la víctima), tanto del que amenaza como del amenazado; y como superadora frente a los criterios desarrollados por la doctrina (subjetiva, objetiva y mixta).

Una parte considerable de la muestra considera factible el análisis de las amenazas mediante la moderna teoría de la imputación objetiva; sin embargo y como oposición al mismo un reducido número es de un parecer distinto, refiriendo que la imputación objetiva y sus distintos filtros normativos no pueden ser aplicados a cabalidad por ser aún complejo, e incluso a un delito de mera actividad y de propia mano – refiriéndose los encuestados al delito de violación sexual-.

Acorde con el criterio mayoritario, postulamos aquí, que es la imputación objetiva la herramienta adecuada del derecho penal para el derecho penal, que sirve para limitar el poder penal; así –y como ya se dijo- la imputación requiere comprobar, primero, si la acción amenazante ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Esta herramienta jurídica es el que se presenta como correctivo del criterio expuesto en el Acuerdo Plenario N° 01-2011, Fundamento 20, al remitir a los operadores jurídicos a aplicar el criterio del juzgador civil, que éste tiene con respecto a la anulación del acto jurídico –Arts. 215, 216- mediante intimidación (criterio subjetivo o de la voluntad).

Respecto del sector que considera que la imputación objetiva se torna compleja al momento de aplicar a los casos de violación sexual cometidas mediante grave amenaza, las mismas –quizás con razón- son válidas hasta determinado punto; y digo textualmente “hasta determinado punto”, porque es probable que su aplicación se complique si no se ha comprendido la forma en la que debe aplicarse estos criterios normativos. Asimismo han señalado los encuestados, que la imputación objetiva no puede aplicar al delito de violación sexual, por ser uno de propia mano sería y/o de mera actividad; en la presente investigación nos hemos alejado de la comprensión que así se tiene en determinado sector doctrinario de este tipo, el estudio de un delito de propia mano y/o mera actividad anularía la posibilidad de comprender a este ilícito penal como autoría mediata -tipificada- como simple forma fenomenológica de aparición de la autoría, pues complica entender como autor únicamente

a aquel que ejecuta de propia mano la acción típica (concepción cognitivo-naturalista); lo que no sucede con un punto de vista normativo que permite aplicar la imputación objetiva.

## **B) RESULTADOS DE LAS FICHAS DE INFORMACIÓN DOCTRINARIA Y DOCUMENTAL:**

Tal como se ha señalado al inicio de este capítulo, aparte de encuestas, se han analizado una serie de sentencias expedidas por la Corte Superior de Justicia de Junín y de la Corte Suprema, así como el Acuerdo Plenario N° 01-2011, con relación al tema que nos ocupa. Los datos fueron remitidos, expuestos y desarrollados en el Capítulo anterior, por ello a fin de evitar la redundancia del mismo, no remitimos a lo desarrollado en la presente tesis.

### **4.2. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS:**

- **H.G:** El criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual es la de un criterio subjetivo o de la voluntad; la que es ineficiente para la solución de los casos prácticos de acceso carnal bajo un contexto determinado de amenaza. Siendo una vía alternativa y correctiva la teoría de la imputación objetiva.

La comprobación de la hipótesis se ha realizado a lo largo de la exposición y fundamentos desarrollados en la investigación, tomando en cuenta lo comentado por la doctrina especializada, lo regulado en el derecho positivo, lo pronunciado por nuestra Corte Superior de Justicia de Junín, la Corte Suprema, el Poder Judicial y lo opinado por nuestros encuestados. De las 12 Sentencias o pronunciamiento judiciales aquí utilizadas y analizadas, donde existe pronunciamiento respecto de un delito de violación sexual cometido por grave amenaza, tal solo han sido el Recurso de Nulidad 3166-2012-Ayacucho y el Acuerdo Plenario N° 01-2011, los que han tratado de delimitar el concepto e interpretación jurídica que merece dicho elemento normativo, en tanto que del resto, se puede apreciar una limitación en cuanto al fundamento del mismo sin obviarlo; al

mismo tiempo en ninguno se aprecia una fundamentación desde la imputación objetiva.

Nosotros advertimos y afirmamos, que antes de ingresar al análisis de la grave amenaza, se debe, partir de la distinción entre amenaza, grave amenaza e intimidación, con tal de evitar las confusiones existentes; las que generan la laguna axiológica advertida. Así como de conocer las amenazas condiciones y el carácter de coacción de una amenaza.

Una vez entendida la diferenciación de cada término, podrá comprenderse con exactitud cuál fue la intención del legislador al regular a la grave amenaza, como medio comisivo del delito de violación sexual – Art. 170-, y que tan importante debe de ser su comprensión a fin de solucionar los casos en concreto, sin que se genere inseguridad jurídica, ya sea para el procesado o la víctima o sus familiares, así como de los abogados litigantes.

Luego de apreciada la insuficiencia en la que se tornan los criterios subjetivos, objetivos y mixtos; sobre todo el criterio subjetivo o el de la voluntad, que es el optado por la jurisprudencia (criterio mixto con preponderancia a un criterio subjetivo), a que ha intentado interpretar la grave amenaza del delito de violación sexual; se hace imprescindible aplicar criterios normativos, las que otorga la teoría dogmática de la imputación objetiva, ello a fin de no remitir al intérprete penal hacia el derecho civil y analizar la grave amenaza desde la anulación del acto jurídico, pues el correctivo a ello es precisamente la imputación objetiva como herramienta jurídico-dogmático de valoración de la conducta humana. Alejándose así del criterio que intenta inmiscuirse en la psique de la víctima y su comprensión de la grave amenaza (criterio subjetivo), de la delimitación de la gravedad de una amenaza desde el anuncio de realización un mal convertido en delito (criterio objetivo) y de las apreciaciones a las circunstancias físicas y envolventes del sujeto activo, pasivo y del hecho en concreto (criterio mixto); para ser valorado cada comportamiento o conducta de los sujetos intervinientes (del que amenaza y del amenazado) por un tercero ajeno al hecho, el juzgador.

Sin embargo, como la base del estudio de la grave amenaza lo hallamos en el tipo, y como tal estudio se inicie en el aspecto objetivo del tipo, es menester señalar que es por ello que nos hemos basado en la imputación objetiva para delimitar la tipicidad de una amenaza (pero, dejando asentado que, además, deberá ser aplicado las reglas de la imputación subjetiva y personal).

El no tomar en cuenta la imputación objetiva llevará a posiciones sesgadas que afecten justamente la seguridad jurídica, y sobre todo la capacidad interpretativa judicial, afectando con ello la justicia en general.

- **HE 1:** La grave amenaza como elemento normativo social, es un medio que consiste en el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta, debiendo ser la amenaza determinada, injusta, seria, inminente y verosímil; cual utiliza el agente para coaccionar la voluntad de la víctima y obligarla a practicar cualquier acto sexual ilícito.

Esta hipótesis expresa la delimitación estructural del elemento normativo grave amenaza, la que no ha sido comprendida tal como está redactada por parte de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, la misma que cada elemento ha sido desarrollado por el presente tesista con base en los criterios subjetivos, objetivo y mixtos, y digo con “base”, porque los mismos han servido a fundamentar particularmente por el investigador cada elemento configurativo y propio de una amenaza, y teniendo altamente en consideración criterios objetivos, propios de la imputación objetiva.

- **HE 2:** La imputación objetiva se presenta como un juicio valorativo normativo general de la conducta, que permite estructurar e interpretar a la grave amenaza como una autoría mediata por coacción, y que a través de sus diversos filtros normativos (creación de un riesgo prohibido, autorresponsabilidad de la víctima) permite evaluar por un tercero observador -juzgador-, los aportes conductuales de cada sujeto interviniente en un delito y determinar quién es el responsables tanto del comportamiento como del resultado.



La imputación objetiva permite a su vez comprender al elemento normativo social en comento, como una acción generadora de una autoría mediata tipificada, como subespecie a una autoría mediata por coacción donde la víctima es instrumento a la vez. Esta delimitación interpretativa, es el producto jurídico al que se arriba, después de analizar el efecto “coacción” que crea una grave amenaza.

La moderna teoría de la imputación objetiva, permite determinar cuándo una conducta es típica y cuando se ha materializado el resultado, y sobre todo establece a quien imputar el hecho típico, en este caso el consistente en amenazar a otro, como el resultado, que no es otro que el acceso carnal ilícito. Un juicio de valoración basado en los filtros: a) creación de un riesgo prohibido y, b) autoresponsabilidad de la víctima. Entonces en aplicación de la teoría antes señalada, lo que se hace es interpretarse la grave amenaza del Art.170 – Violación Sexual, valorando el rol de cada interviniente en el hecho delictivo (del sujeto que emite la amenaza y del sujeto receptor de la amenaza), alejándonos así de los criterios que en la doctrina se conocen como subjetivos, objetivos y mixtos, pero considerando a las mismas como la base jurídica.

- **HE 3:** La grave amenaza puede determinarse estructuralmente desde un estado de necesidad regulado en el Art. 20 inciso 4 del Código Penal Peruano, cual permite una mayor y correcta comprensión e interpretación de su estructura conjuntamente interpretada normativamente desde la Imputación objetiva.

Como punto sobresaliente de esta investigación, se delimita la interpretación de la grave amenaza desde el “estado de necesidad defensivo”, la que se halla en el Art. 20, inciso 4 del CP –entendida en general como Estado de Necesidad Justificante-. La que se aplica, para valorar el actuar de la víctima, producto del peligro creado a sus bienes jurídicos de ella o de un tercero cercano a ella, pudiendo ser la protección de sus intereses vitales como la vida, hasta el patrimonio o el honor. Esta forma de interpretación en nada afecta al principio de legalidad, más por el contrario permite comprender con precisión jurídica la problemática antes

expuesta de la grave amenaza, lo que no ha sido logrado mediante los diversos criterios doctrinarios desarrollados.

Aunque en nuestro derecho no exista una figura expresamente como “Estado de Necesidad Defensivo” –no previsto por la ley-, creo perfectamente posible configurarla como causa de justificación supralegal por analogía, precisamente con el significado o regulación dada al estado de necesidad justificante. Así en el estado de necesidad defensivo se reacciona precisamente a costa de la fuente de peligro, actuándose bajo principios de solidaridad y autoresponsabilidad; lo que justifica el actuar de la víctima, de entregarse carnalmente al sujeto que la amenazó, intentando hacer desaparecer y/o evitando el peligro para sus bienes jurídicos (vida, integridad personal, libertad personal, patrimonio, honor, etc.) o los bienes de un tercero cercano a ella. Lo que alejaría a todas luces la discriminación interpretativa con la que se suele entender por grave amenaza.

#### **4.3. DISCUSION DE RESULTADOS:**

Se comprueba del trabajo de campo, que es por la misma eficacia que la moderna teoría de la imputación objetiva brinda, un estudio valorativo de las conductas aportadas por los intervinientes en un proceso coactivo – del que amenaza y del amenazado-, afirmando desde un plano normativo, que una persona puede crear un riesgo prohibido o aumentar uno ya existente, en este caso accionando el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses de un tercero cercano a la víctima; luego, medir esa misma tipicidad desde los ámbitos de responsabilidad o autoresponsabilidad de la víctima; siendo esta herramienta dogmático jurídico de gran utilidad en la labor de los operadores jurídicos, la que logra comprender sin vacíos a la grave amenaza, eliminando la inseguridad jurídica existente, con los vigentes criterios subjetivos, objetivos y mixtos.

La imputación objetiva permite a su vez comprender al elemento normativo social en comento, como una acción generadora de una autoría mediata tipificada, como subespecie a una autoría mediata por coacción donde la víctima es instrumento a la vez. Esta delimitación interpretativa, es

el producto jurídico al que se arriba, después de analizar la figura de la “coacción” generadora del mal anunciado.

Luego como tema sobresaliente de esta investigación, se delimita la interpretación de la grave amenaza, desde el estado de necesidad defensivo la que se halla en el Art. 20, inciso 4 del CP. Cual se aplica al actuar del víctima con respecto a la protección de sus intereses vitales desde la vida, hasta el patrimonio o el honor. Esta forma de interpretación en nada afecta al principio de legalidad, más por el contrario permite comprender con precisión jurídica la problemática antes expuesta de la grave amenaza, lo que no ha sido logrado mediante los diversos criterios doctrinarios desarrollados.

## CONCLUSIONES:

1. Desde la antigüedad, la amenaza era usada para lograr acceder carnalmente a la víctima; en tanto que social como legislativamente siempre ha sido una constante de discusión por los juristas, lo que ha generado una laguna axiológica del mismo, e incluso en la actualidad la propia doctrina no es clara y menos unánime al momento de intentar explicar que es y cómo se presenta la grave amenaza en el delito de violación sexual, sucediendo lo mismos con la jurisprudencia a pesar de que la grave amenaza en el delito de violación sexual se empezó a regular desde 1940.
2. Con la descripción y explicación realizada de los distintos criterios desarrollados por la doctrina con respecto al estudio de la amenaza típica en el delito de violación sexual – Art. 170 del CP, se puede decir con seguridad, que este elemento normativo social regulado como medio comisivo, no ha sido ni es tarea sencilla tratarlo no solo desde la dogmática, sino también desde el propio ámbito práctico de resolución de casos; lo que lo convierte en un estudio complejo frente al otro medio comisivo, la violencia.
3. Los interpretes del derecho, al momento de querer comprender la “grave amenaza”, pueden ser partidarios ya sea de las posturas subjetivas, objetivas o mixtas; pues como se ha visto todas estas líneas doctrinarias son válidas y eficaces al momento de explicar cuál es la amenaza típica y

a mi parecer ninguna se antepone frente al otro, aunque claro está que algunos –por no decir la mayoría de juristas- intentarán concebir de forma preponderante a criterios objetivos.

4. No debe olvidarse que nuestro país es uno pluricultural, y por ello como algunos juristas preocupados por la desigualdad con la que podría comprenderse la amenaza típica del Art. 170 de CP, han intentado fundamentar la amenaza requerida por el tipo penal desde criterios subjetivos, pues la amenaza de hacer un acto de brujería para dar muerte a un ser querido de la víctima sexual (así como otros ejemplos ya citados), bien podría ser para un ciudadano de provincia/capital como ineficaz y absurdo, mientras que un ciudadano originario de una población indígena selva/altiplano e incluso de ciudadanos con escasa comprensión por falta de educación bien podrían concebir a la amenaza como idóneo y ver afectado su libertad sexual. Luego, la misma doctrina proyecta esta problemática desde un criterio mixto, dando relevancia al análisis de todas las circunstancias que rodean a la víctima y al sujeto activo, e incluso a las circunstancias de tiempo y lugar.
5. La doctrina no ha solucionado con claridad el problema de la amenaza de destruir la única cosecha que tiene la mujer viuda con hijos (entre otros casos); aun cuando se parta de criterios mixtos (analizando las circunstancias personales del sujeto pasivo y del sujeto activo, tiempo y lugar), han negado que la “grave amenaza” no puede estar dirigida a atacar bienes patrimoniales, sucediendo lo mismo con el honor y otros bienes jurídicos. Así, solo serían punibles las amenazas dirigidas con un mal igual a la violación sexual o mayor que esta, como la vida, la integridad física y la libertad personal.
6. El Poder Judicial y la Corte Suprema, a través de sus pronunciamientos (Acuerdo Plenario N° 01-2011 y Recurso de Nulidad N° 3166-2012), han intentado dar fundamento a la grave amenaza, el primero en cuanto a la interpretación de la amenaza –remitiendo a una comprensión de los Art. 215 y 216 del Código Civil Peruano referente a la anulación del acto jurídico mediante intimidación- y el segundo referido a la estructura de la

amenaza –concepto jurídico que establece los requisitos o elementos de la amenaza típica-; sin embargo son fundamentos mínimos que no solucionan en nada la problemática de la grave amenaza como elemento normativo social.

7. El delito de violación sexual cometida mediante grave amenaza, tiene una considerable cantidad de tasa criminal (denuncias, procesos y sentencias), en tanto que es el Recurso de Nulidad N° 3166-2012 Ayacucho, el único pronunciamiento de la Corte Suprema que la ha delimitado estructuralmente. La misma que no ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina; asimismo a diferenciando la amenaza de la intimidación, negando la sinonimia con la que la mayoría doctrinaria la venía comprendiendo, y tomando a la intimidación como un “medio comisivo alternativo” y punible del delito de violación sexual – consideramos que es una interpretación in maam partem-. Pronunciamiento con la que discrepamos en la mayoría de su fundamento.
8. El Acuerdo Plenario N° 01-2011, en su fundamento 20, de modo indirecto remite al intérprete del derecho a comprender la grave amenaza (un elemento propio de delitos) desde el Derecho Privado, al desarrollar la intimidación (elemento que se corresponde a la anulación del Acto Jurídico) tanto en estructura como en interpretación que el juez debe de realizar. Particularmente considero que esta situación no debe ser aceptada, pues es como si en el propio derecho penal faltara instituciones jurídicas (fuentes doctrinarias o legislativas) que permitan comprender el estudio de la grave amenaza.
9. La base jurídica del modelo de imputación sobre la base de roles, expuesto aquí en el delito de violación sexual mediante grave amenaza, descansa en los lineamientos de nuestra Constitución Política del Estado; la que ha sido analizada en dos bases (filosófica y jurídica).

- 10.** La moderna teoría de la imputación objetiva, permite determinar cuándo una conducta es típica y cuando se ha materializado el resultado, y sobre todo establece a quien imputar tanto el hecho (amenazar a otro) como el resultado (el logro del acceso carnal ilícito). Ciertamente este juicio de valoración se realiza mediante el filtro de creación de un riesgo prohibido (mediante una grave amenaza) o mediante el filtro de la autoresponsabilidad de la víctima (si la amenaza no es típica pero hubo un resultado que afectó a la víctima). Es de este modo como debe de interpretarse la grave amenaza en el delito de violación sexual, valorando el rol de los intervinientes (del que amenaza y del amenazado), alejándonos así de los criterios que en la doctrina se conocen como subjetivos, objetivos y mixtos.
- 11.** La teoría dogmática de la imputación objetiva, permite comprender al delito de Violación Sexual mediante una grave amenaza, como una figura de autoría mediata tipificada (el legislador al crear la norma, determina una forma de autoría), más específicamente como una autoría mediata por coacción (solo en cuanto a la grave amenaza, pues la violencia determina una autoría directa), donde el hombre atrás -quien amenazaba a instrumentalizar –mediante la amenaza de un mal injusto- a la víctima –el mal puede recaer sobre la propia víctima o un tercero cercano a ella-, para que ésta actúe o deje practicarse un acto sexual ilícito de que se trate, -pues el que amenaza posee el poder gobernable del daño-. Aquí el instrumento y víctima son solo una persona.
- 12.** El estado de necesidad defensivo (propuesto y desarrollado por Baldo Lavilla, Francisco) permite comprender conjuntamente con la imputación objetiva, como las instituciones jurídicas propias del derecho penal que explican de forma adecuada el estudio de la grave amenaza del delito de violación sexual. la misma que se encuentra descrita en el Art. 20, Inciso 4 del CP (Estado de necesidad justificante). Pues permite comprender el actuar de la víctima sexual frente a una coacción (lograda mediante amenaza), la que se debe justamente en protección de sus propios bienes jurídicos o de un tercero cercano a ella –sean desde la vida, la libertad

personal, e incluso hasta e honor o patrimonio-. Logrando admitir en otros casos, la amenaza de destruir la cosecha de la viuda con hijos como acción típica, antijurídica y punible; la misma que permite otorgar una interpretación igualitaria de la grave amenaza para todo ciudadano (país pluricultural – y valorando los roles de los sujetos intervinientes “el que amenaza y el amenazado”). Situación en no afecta ni es contraria al principio constitucional penal de legalidad, pues la misma podía ser aplicado como causa de justificación supralegal por analogía.



## RECOMENDACIONES:

1. Para resolver en sede doctrinal cuestiones referidas a la grave amenaza en el delito de violación sexual, debe atenderse a una aplicación de la misma que elimine al menos considerativamente la inseguridad jurídica. Por ello sin dejar a un lado el tema de pluriculturalidad en la población, los Jueces, Fiscales, Abogados, Docentes y Estudiantes, deben buscar una estructura e interpretación de la grave amenaza desde al Art. 20, inciso 4 del Código Penal –Estado de necesidad defensivo-.
2. La institución dogmática adecuada para interpretar la tipicidad de una amenaza en el delito de violación sexual y propia del derecho penal, es la moderna teoría de la imputación objetiva, que través de sus filtros valorativos (creación de un riesgo prohibido y autoresponsabilidad de la víctima) permitirá eliminar la aparente interpretación legal subsistente con las teorías subjetivas, objetivas y mixtas antes desarrolladas.
3. En lo referente a la jurisprudencia nacional, se recomienda que la misma trabaje con supuestos de imputación objetiva, puesto que, presenta criterios materiales más adecuados, los cuales, permiten establecer si una conducta (amenaza) ha “creado un riesgo prohibido” a fin de determinar la tipicidad penal de esta; y si no se ha creado un riesgo prohibido, la conducta sería atípica. Y si aun cuando la conducta (amenaza) es atípica, pero el sujeto activo ha logrado su fin criminal -acceder carnalmente- al

sujeto pasivo, entonces el resultado lesivo no se imputa a éste, sino que se le imputa a la víctima, es decir, se corresponde al “ámbito de competencia de la víctima o autoresponsabilidad de la víctima”.

## REFERENCIA BIBLIOGRAFICA:

### BIBLIORAFIA ESPECIALIZADA:

- Aguirre Obarrio, Eduardo. “El delito de chantaje”. Buenos Aires: Lexis Nexis Editores; 2005.
- Ajani, Gianmaria; Anderson, Miriam; Arroyo Amayuelas, Esther; y Pasa Bárbara: “Sistemas Jurídicos Comparados – Lecciones y Materiales”. (Trad. Beatriz Gregoraci Fernández). España: Ed. Universidad de Barcelona; 2010. p. 31.
- Almaza Sagrario, Aznar y Camara Muñoz, Alicia. “Historia del Arte”. España, Madrid: Editorial Uned; 2002.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. “Derecho Penal Parte General”. Lima: Editorial Themis; 1996.
- Baldó Lavilla, Francisco. “Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda”. Barcelona: José María Bosch Editor; 1994.
- Balmes, Jaime. “El Criterio”. Editorial Difusión. 1844.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. Revista Derecho y Humanidades N° 10, 2004.
- Bassino Balta, Ariana. “El estado de necesidad como causa de justificación”, En: Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal. Lima: Gaceta Jurídica; 2014.

- Benavente Chorres, Hesbert. “La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio”. Barcelona: J.M. Bosh Editor; 2011.
- Beristain, Antonio. “La intimidación en Derecho español”. Separata de la Revista de Derecho judicial, año VI, N° 24; 1965.
- Bidrt Campos, German J. “Lecciones Elementales de Política – Sociedad, Estado y derecho”. Edición auspiciada por la Universidad Peruana Los Andes. Huancayo: Editorial Grijley; 2002.
- Bombini, Gabriel. “Politización de la penalidad y proceso de producción normativo: discursos y prácticas populistas en el escenario local”. En: Reflexiones sobre la cuestión criminal – Libro homenaje al Pro. Dr. Carlos J. Lascano. Argentina: Editorial Lerner; 2011.
- Bramont Arias Torres, Luis Miguel: “Manual de Derecho Penal Parte General”. 2da Ed. Lima: Editorial Eddili; 2002.
- Bramont Arias Torres, Luís. “Manual de Derecho Penal Parte Especial”. Lima: Editorial San Marcos; 1994.
- Bramont Arias Torres, Luís Alberto y García Cantizano, María Del Carmen. “Manual de Derecho Penal Parte Especial”. 2da Ed. Perú: Editorial San Marcos; 1996.
- Bustos Ramírez, Juan. “La Imputación Objetiva”. Teorías actuales en el derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc; 1998. p. 212.
- Bustos Ramírez, Juan. “Manual de Derecho Penal Parte General”. 3ra Ed. Barcelona: Editorial Ariel; 1989.
- Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Tomo II. 24ava Ed. Argentina: Editorial Heliasta. 1996.
- Calderón, Grover Ricardo. “Código Penal – comentado y sumillado”. 1ra Ed. Lima: Afa Editores; 1988.
- Cancio Meliá, Manuel. “Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal”. 2da Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: José María Bosch Editor; 2001.
- Caro Coria, Dino Carlos y San Martín Castro, Cesar. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, aspectos penales y procesales”. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2000.
- Caro Coria, Dino Carlos. “Lineamientos dogmáticos y jurisprudenciales del delio de Estafa”. Fecha de exposición: CEDPE 06/06/2012.

- Carrara, Francesco. “Programa de Derecho Criminal, Parte Especial”. Vol. II, (trad. José J. Ortega Torres / Jorge Guerrero), Bogotá: Editorial Temis; 1997.
- Casado Abad, Jesús. “Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial”. Pamplona: Cuadernos Colección Canónica de la Universidad de Navarra; 1965.
- Castillo Alva, José Luís. “Tratado de los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2002.
- Casos que hicieron Doctrina en Derecho Penal. Pablo Sánchez Ostiz Gutiérrez (Coordinador). 2da Ed. Madrid, España: La Ley; 2011.
- Código Civil Peruano Comentado, por los 100 mejores especialistas. Tomo I, Título Preliminar, Personas y Acto Jurídico. Perú: Gaceta Jurídica; 2004.
- Código Civil Peruano vigente de 1984. Lima: Jurista Editores; 2015.
- Código Penal Peruano Comentado. Tomo I, Título Preliminar, Parte General. Perú: Editorial Gaceta Jurídica; 2004.
- Código Penal Peruano. Lima: Jurista Editores; 2015.
- Colin Sánchez, Guillermo. “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”. 6ta Ed. México D.F.: Editorial Porrúa; 1980.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Constitución Política Comentada. Perú: Gaceta Jurídica; 2004.
- Coromis, Joan. “Diccionario Crítico etimológico de la lengua castellana”, Vol. IV. Madrid: 1974.
- Creus, Carlos. “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea; 1993.
- A’lessio, Andrés José. “Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial (artículos 79 a 306)”. Buenos Aires: Editorial La Ley; 2004.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 22ava Ed. España. 2001.
- Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, con un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal, proyecto emitido el 09 de diciembre del 2014.

- Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, con un texto sustitutorio mediante el cual se propone la Ley del Nuevo Código Penal, proyecto emitido el 26 de febrero del 2016
- Donna, Edgardo Alberto. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores; 1999.
- Donna, Edgardo Alberto. "El concepto de Autoría y la Teoría de los Aparatos de poder de Roxin". En: Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal. Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007.
- Donna, Edgardo Alberto. "Teoría del delito y de la pena - Imputación Objetiva". Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea; 1995.
- Espinoza Espinoza, Juan. "Acto jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial". Lima, Perú: Gaceta Jurídica; 2008. pp. 453-454.
- Espinoza Vásquez, Manuel. "Los Delitos Sexuales – Cuestiones Médico-legales y criminológicas". Trujillo, Perú: Marsol Editores; Edición 1983.
- Etcheberry, Alfredo. "Derecho Penal". Tomo III. 3ra Ed. Santiago; 1998.
- Ferdinand Cuadros, Carlos. "Acto Jurídico – Curso Elemental". En: Lecturas académicas de la UPLA.
- Gálvez Villegas, Tomas Aladino y Delgado Tovar, Walther Javier. "Derecho Penal Especial". Tomo II. Lima: Jurista Editores; 2012.
- García Cavero, Percy. "Derecho Penal Económico Parte general". Lima: Ara Editores; 2003.
- García Cavero, Percy. "Derecho Penal Parte General". 2da Ed. Lima: Jurista Editores; 2012.
- García Cavero, Percy: "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Lima: Editorial Grijley; 2008.
- García Del Rio, Flavio. "Delitos Sexuales". Perú: Ediciones Legales; 2004.
- Garrido Montt, Mario. "Derecho Penal Parte Especial". Tomo III, 4ta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.
- Gimbernant Ordeig, Enrique. "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el CP español; con especial referencia a la violación intimidatoria". Fascículo 3. ADPCP, 1969.

- Gómez Mendoza, Gonzalo. "Jurisprudencia Penal Tomo IV". Lima: Editorial Rhodas; 1999.
- González Ortíz, Miguel Ángel. "La determinación del engaño típico en el delito de seducción". En Revista electrónica de Derecho Penal, Derecho procesal penal y Criminología. 21/04/2006.
- González Rus. "Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995". Nº. 59CPC; 1996.
- Hans Kelsen. "Teoría pura del Derecho". 4ta Ed. 9 Reimpresión. Argentina: Editorial Eudeba; Edición 2009.
- Hans Welzel. "Derecho Penal Parte General". Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor; 1956.
- Hirsch, Hans Joachim. "Peligro y Peligrosidad". Traducido por Esteban Sola Reche. En: Derecho Penal. Obras completas. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni. 1999.
- Hurtado Pozo, José. "Manual de Derecho Penal Parte General I". 2da Ed. Lima: Editorial Grijley; 1987.
- Hurtado Pozo, José. "Manual de Derecho Penal. Parte General I". 3ra Ed. Lima: Editorial Grijley; 2005.
- Idrogo Delgado, Teófilo. "Teoría del Acto Jurídico". Lima, Perú: Idemsa Editores; 2004.
- Jakobs, Gunther. "Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal". Lima: Palestra Editores; 2000.
- Jakobs, Gunther. "Derecho Penal Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación". 2da Edición. (Traducido por Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons Editores; 1997.
- Jakobs, Gunther. "Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad". España: Thomson y Civitas Editores; 2004.
- Jakobs, Gunther. "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal", Traducción de Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1995.
- Jescheck, Hans Heinrich. "Tratado de Derecho Penal Parte General". Vol. II. Traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A, 1981.
- Jiménez De Asúa, Luis. "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, El Delito, 2da Parte. Buenos Aires: Editorial Losada S.A; Edición 2005.

- Labatut Glenda, Gustavo / Zenteno Vargas, Julio. "Derecho Penal". Tomo 2. 7ma. Ed. Santiago de Chile, Chile; 1990-1996.
- Lecturas académicas de la UPLA. Varios autores.
- Lencioni, Leo Julio. "Los Delitos Sexuales – Manual de investigación pericial para médicos y abogados". México: Editorial Trillas; 2002.
- León Barandiarán, José. "Manual de acto jurídico". Lima; 1961.
- Marchena Gómez, Manuel. "Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal LO 3/1989". En: LL, 1990-2.
- Márquez Cárdenas, Álvaro. "La coacción como forma de instrumentalización en la autoría mediata". Revista Diálogos de Saberes. N° 24, Enero-Junio, 2006. p. 120.
- Martínez Zúñiga, Lisandro. "Derecho penal sexual". 2da Ed. Bogotá: Temis; 1977.
- Mir Puig, Santiago. "Derecho Penal Parte General". 5ta Ed. Barcelona: Editorial Reppertor; 1998.
- Montesquieu. "El Espíritu de las Leyes". Editado por Chantal López y Omar Cortés. 1ra Ed. Cibernética completa. Biblioteca virtual Antorcha; 2006.
- Montoya, Rodrigo. "Tierra, tiempo y reposo. La Tierra: mitos, ritos y realidades: coloquio internacional". Granada: Editorial Anthropos; 1991.
- Muñoz Clares, José. "El robo con violencia o intimidación". Valencia: Tirant to Blanch; 2003.
- Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal Parte Especial". 18ava Ed. Valencia: Tirant lo Blanch; 2010.
- Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal Parte Especial". Valencia: Tirant To Blanch; 1999.
- Noguera Ramos, Iván. "La Violación de la Libertad Sexual en el Código Penal". Doctrina Procedimiento y jurisprudencia. Lima, Perú: Ediciones Fecat; 1992. p. 47.
- Novoa Monrreal, Eduardo. "Curso de Derecho Penal Chileno". Chile: Edición Jurídica de Chile; 1960.
- Osvaldo Nelo, Tieghi. "Etimología y Concepto jurídico de Violación". La Ley, 1981-D-484.



- Padilla Sahagún, Gumesindo. “Derecho Romano”. 4ta. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México: McGraw-Hill/Interamericana Editores; 2008.
- Palermo, Omar. “La legítima defensa, una revisión normativista”. Buenos Aires: Editorial Hammurabi; 2007.
- Palermo, Omar. “Problemas de Imputación Objetiva en el ámbito de la Justificación Penal”. En: Reflexiones sobre la Cuestión Criminal – Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos J. Lascano. Argentina: Editorial Lerner; 2011.
- Pangas, J.C. “Aspectos de la Sexualidad en la Antigua Mesopotamia”, Aula Orientalis. VI Revista de Estudios del Próximo Oriente Antiguo. N° 6, Vol. 2; 1988.
- Parma, Carlos; Guevara Vásquez Iván. “Autoría y Participación”. Lima: Editorial Ideas; 2015.
- Pastor Muñoz, Nuria. “Sobre la estructura de la amenaza condicional como agresión contra la libertad”. En: Eduardo Montealegue Lynett /José A. Caro John (Editores), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, Libro - Homenaje al Prof. Gunther Jakobs en su 70 Aniversario. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- Paucar Castellanos, Miguel Ángel. “Derecho Penal Constitucional – El derecho penal y su concordancia con la constitución”. En: Boletín Peruano de Derecho Constitucional. N° 4. Huancayo; 2013.
- Pawlik, Michael. “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”. Traducido por: Hernán Darío Orozco López. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Vol. 34, N° 96, Enero–Junio, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2013
- Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo I. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008.
- Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo II. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008.
- Peña Cabrera F, Alonso R. “Derecho Penal - Parte Especial”. Tomo IV. Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2008.
- Peña Cabrera F, Alonso R. “Los Delitos Sexuales”. Lima, Perú: Editorial Ideas; 2014.

- Pérez Alonso, Esteban J. “La Regulación de la Autoría en el C.P. Peruano”. En: “Teoría del Delito – Problemas Fundamentales”. Lima: Instituto Pacífico; 2015.
- Pérez Alonso, Esteban J. “Las Revoluciones Científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal”. En: “Teoría del Delito – Problemas Fundamentales”. Lima: Instituto Pacífico; 2015.
- Pérez López, Jorge. “El estado de necesidad justificante”. En: Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal. Lima: Gaceta Jurídica; 2014.
- Polaino Navarrete, Miguel. “Introducción al Derecho Penal”. Perú: Editora Jurídica Grijley; 2008.
- Politoff L. Sergio; Matus A. Jean Pierre, y Ramírez G. María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial”. 2da Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile; 2007.
- Quiróz Salazar, William. “Lecciones de Derecho Penal Parte General”. Lima: Edición 2001.
- Ramos Suyo, Juan A. “Epistemología Jurídica”. Teorías del conocimiento y aplicación al Derecho. Lima, Perú: Editorial San Marcos; Edición 2008.
- Reátegui Sánchez, James. “Derecho Penal Parte Especial”. Vol. I. 3ra Ed. Lima, Perú: Ediciones Legales; 2014.
- Reátegui Sánchez, James. “Derecho Penal y Política”. La influencia de los acuerdos políticos en las decisiones jurídico-penales. Perú: Asociación Casa Editora Blancas; 2011.
- Reátegui Sánchez, James. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Vol. II. Perú: Pacífico Editores, Actualidad Penal; 2012.
- Revista Peruana de Jurisprudencia, Normales Legales, Año II, N° 4.
- Reyes Alvarado, Yesid. “Imputación Objetiva”. 2da. Ed. Bogotá, Colombia: Temis, 1996.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel De: “Las Causas de Justificación”. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRL.
- Robles Planas, Ricardo. “Entre la Complicidad y la Omisión del Deber de socorro”. En: “Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal”. Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007. p. 614.)
- Rodríguez Devesa, José María. “Derecho Penal Español, Parte General”. Revisada por Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Editorial Dykinson; 1985.

- Rodríguez Ortiz, Victoria. "Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media". Madrid, 1997.
- Rojas Vargas, Raúl. "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal 1999-2000". Lima: Idemsa; 2000.
- Romero Montes, Francisco Javier. "Curso del Acto Jurídico". Editorial Portocarrero S.R.L., 2003.
- Romo, Waldo. "Credibilidad de la enseñanza de la Iglesia sobre la sexualidad". En: Teología y vida. Vol. XLV. 2004.
- Roxin, Claus. "Autoría y Domino del hecho en Derecho penal". 6ta Ed. (trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano Gómez de Murillo). Madrid, Barcelona: Marcial Pons; 1998.
- Roxin, Claus. "Derecho Penal Parte General". Fundamentos, la estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas; 1997.
- Salinas Siccha, Ramiro. "Delitos contra el Patrimonio". Lima: Editorial Idemsa; 2002.
- Salinas Siccha, Ramiro. "Derecho Penal Parte Especial". 4ta Ed. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2010.
- Salinas Siccha, Ramiro. "Los delitos de acceso carnal sexual". Lima, Perú: Editorial Idemsa; 2005.
- Salvat, La Enciclopedia. Vol. 01. Colombia: Salvat Editores; 2004.
- Salvat, La Enciclopedia. Vol. 06. Colombia: Salvat Editores; 2004.
- Salvat, La Enciclopedia. Vol. 10. Colombia: Salvat Editores; 2004.
- Salvat, La Enciclopedia. Vol. 12. Colombia: Salvat Editores; 2004.
- Salvat, La Enciclopedia. Vol. 20. Colombia: Salvat Editores; 2004.
- Sancinetti, Marcelo. "Observaciones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva". Teorías actuales en el derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc; 1998.
- Santiago Nino, Carlos: "Introducción al Análisis del Derecho". 10ma Ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A; 2001.
- Soler, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Tomo I. 8ava reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial TEA; 1978.

- Suay Hernández, Celia. “Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación”. En: LL, 1992 – 1.
- Thomson, Judith Jarvis. “Una defensa del aborto”. En: Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral. 2da Ed. Madrid; Ediciones Cátedra; 1974.
- Torres Neuquén. “Guía de Estudio de Derecho Penal Parte Especial”. Buenos Aires, Argentina. Editorial Estudio S.A; 2007.
- Urquizo Olaechea, José. “El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su Recepción en el Código Penal peruano”. En: Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal. Nelson Salazar Sánchez (Coordinador). Lima, Perú: Idemsa; 2007.
- Valencia, Jorge Enrique. “Acceso Carnal Violento”. En: El delito sexual – El aborto. Estudios de Derecho Penal Especial. Bogotá, Caracas – Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana; 1990. p. 88.
- Vásquez Shimajuko, Carlos Shikara. “El delito de violación sexual en el Código Penal Peruano: algunos apuntes acerca del acto sexual, el acto sexual análogo, la violencia y la amenaza”. En: Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Tomo N° 292. Trujillo: Normas Legales; 2000.
- Vásquez Shimajuko, Shikara. “La Normativización del Tipo y los Modelos de Imputación Objetiva”. En: “Derecho Penal y Procesal Penal”. Benito Atencio V. (Director). Lima: Editorial Grijley. 2014. p. 125.
- Velásquez Velásquez, Fernando. “Derecho Penal Parte General”. 4ta Ed. Colombia: Librería Jurídica Comlimbros; 2009.
- Veyne, Paul. “Familia y amor durante el alto Imperio Romano”. Amor, familia, sexualidad. Barcelona: Editorial Argot; 1984.
- Vidal Ramírez, Fernando. “El acto jurídico”. Lima: Gaceta Jurídica; 2005.
- Vigarello, Georges. “Historia de la Violación – Siglos XVI-XX”. Universidad de Valencia – Instituto de la mujer. España: Ediciones Cátedra; 1988.
- Villa Stein, Javier: “Derecho Penal Parte General”. 3ra Ed. Lima: Editorial Grijley; 2008.
- Villavicencio Terreros, Felipe A. “Derecho Penal Parte General”. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2006.
- Villavicencio Terreros, Felipe. “Derecho Penal Parte Especial I”. Vol. I. Lima, Perú: Editorial Grijley; 2014.

- Villavicencio Terreros, Felipe. “La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana”. En: “Imputación Objetiva”. Raúl Pariona Arana y Francisco R. Heydegger (coordinadores). Lima: Instituto Pacífico; 2015.
- Vizcarra Vizcarra, Paúl. “Distorsión de la violencia como medio en el delito de usurpación”. Lima: Actualidad Penal, Instituto Pacífico. N° 5, 2014.
- Yvancovich Vásquez, Branko Slavko. “El Consentimiento y los bienes jurídicos disponibles”. En: Las Causales Eximentes de Responsabilidad Penal. Lima: Gaceta Jurídica; 2014.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal Parte General”. Tomo III. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho Penal Parte General”. Tomo IV. Argentina, Buenos Aires: EDIAR S.A. Editora. 1997.

#### **FUENTE WEB:**

- Artículo publicado en el Sitio Web:  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1415/16.pdf>.
- Artículo publicado en el Sitio Web:  
<http://mujeresparalahistoria.blogspot.pe/2013/07/la-mujer-en-el-antiguo-egipto.html>.
- Artículo publicado en el Sitio Web:  
<http://www.vallenajerilla.com/berceo/florilegio/florilegio/transgresiones.htm>.
- Artículo publicado en el Sitio Web:  
<https://es.wikipedia.org/wiki/Violaci%C3%B3n>.
- Artículo publicado en el Sitio Web:  
[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1999\\_15.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_15.pdf).

#### **PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES:**

- Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-115, Lima Seis de diciembre del Dos Mil Once.
- Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ-116.
- Acuerdo Plenario N° 03-2010-/CJ-116.
- Denuncia penal formalizada por el Ministerio Público - Fiscalía Provincial Penal de Huancayo, de fecha 30/05/2014.

- Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la corte Superior de Justicia de Lima del 19 de junio de 1998. Exp. 1310-1998.
- Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 08 de junio de 1998. Exp. 1379-1998.
- Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 19 de noviembre de 1998. Exp. 3857-98.
- Ejecutoria Suprema del 09 de julio de 1999. Exp. 1853-99-LIMA.
- Ejecutoria Suprema del 27 de setiembre del 2004. R.N. N° 11-2004-JUNIN.
- R.N. N° 2854-2013 – Loreto. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de octubre del Dos Mil Trece.
- R.N. N° 3166-2012 – Ayacucho. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de enero del Dos Mil Trece.
- R.N. N° 3197-2013 – Moquegua. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Diecinueve de marzo del Dos Mil Quince.
- R.N. N° 3465-2013 – Cusco. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Diecisiete de julio del Dos Mil Catorce.
- R.N. N° 3577-2013 – Lima Norte. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Uno de agosto del Dos Mil Catorce.
- R.N. N° 5373-99-Cono Norte-Lima.
- R.N. N° 734-2015 – Callao. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Veinticuatro de mayo del Dos Mil Dieciséis.
- R.N. N° 824-2013 – Moquegua. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Lima Once de julio del Dos Mil Catorce.
- R.N. N° 3719-2001-Cusco.
- R.N. N° 4104-2010. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente, de fecha Veinte de julio del Dos Mil Doce. Condena al Destacamento Militar de Inteligencia “Colina”.

- R.N. N° 5373-1999. Cono Norte – Lima.
- Sentencia N° 1805-2005-HC/TC, Lima Veintinueve de abril del Dos Mil Cinco.
- Sentencia recaída en el Exp. 1406-2012-Huancayo. Corte Superior de Justicia de Junín, de fecha Diez de octubre del año Dos Mil Catorce.
- Sentencia recaída en el Exp. 2771-2011-Huancayo. Corte Superior de Justicia de Junín, de fecha Cinco de junio del año Dos Mil Catorce.
- Sentencia recaída en el Exp. 4123-2012-Huancayo. Corte Superior de Justicia de Junín, de fecha enero del año Dos Mil Quince.
- Sentencia recaída en el Exp. 1859-2012. Huancayo. Corte Superior de Justicia de Junín, de fecha Treinta de julio del año Dos Mil Catorce.

# ANEXOS



## **“ANEXO I – ENCUESTA”**

### **INDICACIONES:**

1. La presente “Encuesta” ha sido elaborada con la finalidad de obtener importantes datos, los cuales, están basadas en las opiniones que presta el encuestado.
2. Las preguntas y la encuesta en general, gira en torno al medio comisivo “grave amenaza” del delito de violación sexual – Art. 170 del CP.
2. Se ruega, que se responda con la mayor sinceridad, claridad y profundidad cada pregunta que conforma esta encuesta. Desde ya, se expresa los sentimientos de mi mayor gratitud y estima personal por el apoyo prestado.

### **CUESTIONARIO:**

PREG. 1. ¿CREE UD., QUE EXISTE UNA DIFERENCIA ENTRE UNA AMENAZA Y UNA GRAVE AMENAZA?

Son iguales (  )                      No Son iguales (  )

¿Por qué?:

PREG. 2. ¿CREE UD., QUE EXISTE UNA DIFERENCIA ENTRE LA AMENAZA CONTENIDA DEL DELITO DE EXTORSIÓN, DEL DELITO DE ROBO Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL?

Si (  )              No (  )

¿Por qué?:

PREG. 3. ¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A ALGUIEN CON DENUNCIAR AL HERMANO QUE ES TERRORISTA SINO SE ACCEDE A TENER UN CONTACTO SEXUAL, ES UNA GRAVE AMENAZA?

Si (  )              No (  )

¿Por qué?:

PREG. 4. ¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A ALGUIEN CON ABANDONARLA EN LA ESPESURA DE LA SELVA SINO ACCEDE LA VÍCTIMA A MANTENER UNA RELACIÓN SEXUAL, ES UNA GRAVE AMENAZA?

Si (  ) No (  )

¿Por qué?:

PREG. 5. ¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A UNA MUJER VIUDA CON HIJOS, CON DESTRUIR LA ÚNICA COSECHA QUE TIENE COMO SUSTENTO SINO ACCEDE A MANTENER UN CONTACTO SEXUAL, DEBE SER CONSIDERADO COMO GRAVE AMENAZA?

Si (  ) No (  )

¿Por qué?:

PREG. 6. ¿CONSIDERA UD., QUE AMENAZAR A ALGUIEN CON CAUSAR LESIONES A UN PARIENTE CERCANO, CON ACTOS DE BRUJERÍA SI NO SE ACCEDE CON REALIZAR ACTOS SEXUALES, COMO UN SUPUESTO DE GRAVE AMENAZA?

Si ( ) No ( )

¿Por qué?:

PREG. 7. ¿COMO MIDE UD., LA "GRAVEDAD" DE UNA AMENAZA? PUEDE MARCAR UNO O DOS ITEMS. (TODOS LOS ITEMS SON VÁLIDOS ACORDE CON LA DOCTRINA)

- A) LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RODEAN AL HECHO (TIEMPO, LUGAR).
- B) LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES TANTO DE LA VÍCTIMA COMO DEL SUJETO ACTIVO (EDAD, SEXO, ESTATURA, ETC).
- C) ES GRAVE AMENAZA TODO AQUELLO QUE SOLO PONE EN PELIGRO BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES (VIDA, INTEGRIDAD PERSONAS Y LIBERTAD PERSONAL).
- D) ES GRAVE AMENAZA TODO AQUELLO QUE LA VÍCTIMA TENGA TAL APRECIACIÓN DE LA AMENAZA PUESTA EN PESPECTIVA (PUDIENDO ESTAR DIRIGIDA ESTA A ATACAR TAMBIEN EL PATRIMONIO O EL HONOR).

PREG. 8. ¿CONSIDERA UD., QUE LA GRAVE AMENAZA DEL DELITO DE VIOLACION SEXUAL, DEBA DE SER ANALIZADO E INTERPRETADO DESDE LAS NORMAS DE DERECHO CIVIL, REFERENTES A LA ANULACIÓN DEL ACTO JURÍDICO POR INTIMIDACIÓN –Arts. 215, 216-, QUE ES COMO LO HA EXPUESTO EL ACUERDO PLENARIO N° 01-2011.

Si ( ) No ( )

¿Por qué?:

PREG. 9. ¿CONSIDERA UD., QUE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA PRESENTA UNA MEJOR GAMA DE CRITERIOS PARA ESTABLECER SI UNA CONDUTA ES O NO GRAVE AMENAZA TENIENDO EN CUENTA LOS APORTES CONDUCTUALES DE CADA INTERVINIENTE (DEL QUE AMENAZA Y DEL AMENAZADO).

Si ( ) No ( )

¿Por qué?:

10. TIENE UD. ALGUNA RECOMENDACIÓN QUE SEÑALAR PARA MEJORAR EL TEMA DE LA GRAVE AMENAZA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL?

**“ANEXO II - FICHA DE ESTUDIO DOCUMENTAL”**

**I. DATOS GENERALES:**

SALA Y/O JUZGADO PENAL:  
EXPEDIENTE N°:  
DELITO:  
IMPUTADO:  
AGRAVIADO:

**II. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS:**

-----

-----

-----

-----

-----

**III. SENTENCIA:**

ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA.

- (A) DESARROLLA LA GRAVE AMENAZA
- (B) NO DESARROLLA LA GRAVE AMENAZA
- (C) DESARROLLA LA IMPUTACION OBJETIVA
- (D) NO DESARROLLA LA IMPUTACION OBJETIVA

**IV. COMENTARIOS:**

-----

-----

-----

-----

**“ANEXO III - MATRIZ DE CONSISTENCIA” - LA TOMA DE POSTURA POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA ESTRUCTURA E INTERPRETACIÓN DE LA GRAVE AMENAZA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y SU POSIBLE SOLUCIÓN DESDE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.**

<b>FACTOR ~X PROBLEMA</b>	<b>FACTOR “A” REALIDAD</b>	<b>FACTOR “B” MARCO REFERENCIAL</b>	<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<b>HIPOTESIS GLOBAL</b>	<b>TECNICAS</b>
¿Cuál es el criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual y su solución desde la imputación objetiva?	Defectos de interpretación.	a) Marco Teórico  b) Marco Legal	Determinar e interpretar el criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual y su solución desde la imputación objetiva.	El criterio de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la estructura e interpretación de la grave amenaza en el delito de violación sexual es la de un criterio subjetivo o de la voluntad; la que es ineficiente para la solución de los casos prácticos de acceso carnal bajo un contexto determinado de amenaza. Siendo una vía alternativa y correctiva la teoría de la imputación objetiva.	a) Técnica de fichaje de información doctrinaria.  b) Técnica documental.  c) Técnica de la Encuesta por muestreo no probabilístico.
<b>Variables del problema</b>	<b>Variables de la realidad</b>	<b>Variables del Marco Referencial</b>	<b>Objetivos específicos</b>	<b>Sub-Hipótesis</b>	<b>INTRUMENTOS</b>
~X1 deficiencias interpretativas.  ~X2 falta de convicción.  ~X3 falta de aplicación de juicios valorativos normativos.	A1= Responsables:  Los operadores jurídicos.  A2= Actividades:  Promover una línea de interpretación.	~B1= Teorías Dogmáticas.  ~B2= Imputación objetiva.  ~B3= Definiciones conceptuales básicas.	- Desarrollar la naturaleza jurídica de la grave amenaza como elemento normativo social en el derecho penal sexual.  - Explicar la Imputación objetiva a través de sus filtros normativos que permitan valorar las conductas aportadas por los sujetos intervinientes en el delito.  - Proponer una línea uniforme de interpretación dogmática, jurídica y práctica de la grave amenaza como medio coactivo desde un estado de necesidad regulado en el Código Penal.	<b>SH 1-</b> La grave amenaza como elemento normativo social, es un medio que consiste en el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta, debiendo ser la amenaza determinada, injusta, seria, inminente y verosímil; cual utiliza el agente para coaccionar la voluntad de la víctima y obligarla a practicar cualquier acto sexual ilícito.  <b>SH 2-</b> La imputación objetiva se presenta como un juicio valorativo normativo general de la conducta, que permite estructurar e interpretar a la grave amenaza como una autoría mediata por coacción, y que a través de sus diversos filtros normativos (creación de un riesgo prohibido, autorresponsabilidad de la víctima) permite evaluar por un tercero observador -juzgador-, los aportes conductuales de cada sujeto interviniente en un delito y determinar quién es el responsables tanto del comportamiento como del resultado.  <b>SH 3-</b> La grave amenaza puede determinarse estructuralmente desde un estado de necesidad regulado en el Art. 20 inciso 4 del Código Penal Peruano, cual permite una mayor y correcta comprensión e interpretación de su estructura conjuntamente interpretada normativamente desde la Imputación objetiva.	a) Fichas Textuales y Resúmenes.  b) Análisis de jurisprudencia  c) Cuestionario.

**“ANEXO III - MATRIZ DE CONSISTENCIA” - LA TOMA DE POSTURA POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA ESTRUCTURA E INTERPRETACIÓN DE LA GRAVE AMENAZA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL Y SU POSIBLE SOLUCIÓN DESDE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.**

IDENTIFICACION Y CONCEPTUALIZACION DE VARIABLES:		POBLACION Y MUESTRA:
<p><b><u>VARIABLES HIPOTESIS GENERAL:</u></b></p> <p><b>V. INDEPENDIENTE DE LA H.G:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Criterio Subjetivo o de la voluntad.</li> </ul> <p><b>V. DEPENDIENTE DE LA H.G:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La inseguridad jurídica</li> </ul>	<p><b><u>CONCEPTUALIZACION DE LAS VARIABLES DE LA HG:</u></b></p> <p><b>V. INDEPENDIENTE DE LA HG:</b></p> <p><u>Criterio Subjetivo o de la voluntad:</u> Teoría doctrinaria sobresaliente en del derecho civil, que está referida a la valoración de la gravedad de la amenaza desde la psiquis de la víctima y sus circunstancias personales de ésta, como la edad, el sexo, su condición personal y otros.</p> <p><b>VARIABLE DEPENDIENTE DE LA H.G:</b></p> <p><u>La inseguridad jurídica:</u> Es la situación generada hacia la víctima del delito, el procesado y la comunidad jurídica, por la ineficiencia de la teoría adoptada por el sistema penal para la solución de casos prácticos.</p>	<p><b>POBLACION:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 30 Magistrados del Poder Judicial.</li> <li>- 24 Sentencias del Poder Judicial.</li> <li>- 30 Abogados Litigantes.</li> </ul>
<p><b><u>VARIABLES HIPOTESIS ESPECIFICOS:</u></b></p> <p><b>V. INDEPENDIENTE DE LA H.E 1:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Elemento normativo.</li> </ul> <p><b>V. DEPENDIENTE DE LA H.E 1:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Acto sexual ilícito.</li> </ul> <p align="center">-----</p> <p><b>V. INDEPENDIENTE DE LA H.E 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Imputación objetiva.</li> </ul> <p><b>V. DEPENDIENTE DE LA H.E 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tercero observador - juzgador-</li> </ul> <p align="center">-----</p> <p><b>V. INDEPENDIENTE DE LA H.E 3:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Estado de necesidad.</li> </ul> <p><b>V. DEPENDIENTE DE LA H.E 3:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Correcta comprensión e interpretación.</li> </ul>	<p><b><u>CONCEPTUALIZACION DE LAS VARIABLES DE LA HE:</u></b></p> <p><b>V.I. DE LA HE 1:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Elemento normativo: Aquel término legal que exige una valoración, una decisión sobre su contenido, pues para su aprehensión y comprensión se debe realizar un juicio o proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas, ya sea de una valoración jurídica proveniente de otras ramas del derecho (elementos normativos jurídicos) o de una valoración ético jurídico social (elementos normativos ético-sociales).</li> </ul> <p><b>V.D. DE LA HE 1:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Acto sexual: Es el ingreso del miembro viril a la vías (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), logrados mediante violencia o grave amenaza.</li> </ul> <p align="center">-----</p> <p><b>V.I. DE LA HE 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Imputación objetiva: La Imputación objetiva es una herramienta nomológica que consiste en valorar el obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad. Esta afecta a los riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación.</li> </ul> <p><b>V.D. DE LA HE 2:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tercero observador: Viene a ser el juzgador penal encargado de delimitar mediante una sentencia la responsabilidad penal o la absolución de los cargos imputados, mediante la valoración de las conductas aportadas por los intervinientes en un delito y otros aspectos procesales.</li> </ul> <p align="center">-----</p> <p><b>V.I. DE LA HE 3:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Estado de necesidad: Constituye una situación de necesidad individual, en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado, o un auxiliante del mismo, intervengan defensivamente en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto preferentemente competente por la fuente de peligro amenazante.</li> </ul> <p><b>V.D. DE LA HE 3:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Correcta comprensión e interpretación: Características que se corresponden al entendimiento cabal o más acertado de algo frente a otras propuestas.</li> </ul>	<p><b>MUESTRA:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 16 Jueces especializados en materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín.</li> <li>- 12 Resoluciones Judiciales en materia penal.</li> <li>- 15 Abogados litigantes especializados en materia penal de Junín.</li> </ul>

**“ANEXO IV – FUENTE BIBLIOGRAFICA”**





"ANEXO V - ACUERDO PLENARIO 1-2011"  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES**  
**PERMANENTE Y TRANSITORIA**

**ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116**

*FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ*  
*ASUNTO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS*  
*DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL*

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

**ACUERDO PLENARIO**

**I. ANTECEDENTES**

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "Participación Ciudadana"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de "Participación Ciudadana" a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora Rocío Villanueva Flores (Viceministra del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social); la señorita Cynthia Silva Ticllacuri del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.

4°. La tercera etapa del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los diez temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes las señoras BARRIOS ALVARADO y VILLA BONILLA, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. *Planteamiento de la problemática propuesta*

6°. La propuesta del Foro de “Participación Ciudadana” parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurimac, y N° 3085-2004/Cañete.

7°. A modo de propuesta los juristas participantes en el “Foro de Participación Ciudadana” plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de delitos sexuales, los siguientes –que tienen su fuente principal, entre otros, en las Reglas 70° y 71° de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-:



**A.** Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar: **1.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; **2.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; **3.** Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; **4.** Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

**B.** Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

**C.** Que no es causal de absolución la denominada “declaración única” y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.

**D.** Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

## § 2. *Precisiones en torno al enfoque sugerido*

8°. En cuanto a los delitos sexuales, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad<sup>1</sup>.

9°. Las “perspectivas de género” *-per se-* si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual –que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños- presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales –que, por lo demás, registra una elevada cifra negra-, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).

---

<sup>1</sup> La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: “(l)a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales”.

10°. Ahora bien, como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

A. Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].

B. Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.

C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera [GAMBA, Susana: *¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?* Artículo publicado en el “Diccionario de estudios de Género y Feminismo”. Editorial Biblos 2008. <http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: a) la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dota, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; b) la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada; y, c) la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado –la más grave y la más difícil de solucionar- [OLGA FUENTES SORIANO: *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT\\_10\\_09.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf). Consultado el 6 de noviembre de 2011].

### § 3. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual

11°. En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

12°. La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual -reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual -contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-.

13°. La conducta básica sanciona a aquél que “con violencia o grave a menaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras

vías...”. Para DONNA “... *para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente*” [EDGARDO ALBERTO DONNA: *Derecho Penal - Parte Especial I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386). La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

14°. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171° CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172° del CP), o sea menor de edad (artículo 173° CP). Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.

15°. El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, “...*entendida en sentido positivo-dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir*” [DINO CARLOS CARO CORIA: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

16°. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “*intangibilidad*” o “*indemnidad sexual*”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

#### § 4. *Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial*

17°. Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:

- A. Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima - alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.
- B. Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia; y
- C. Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.
- D. Evitación de una victimización secundaria.

**§ 5. Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual**

**18°.** Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De ahí que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA “...para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente” [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano*, 2da Edición, Jurista Editores EIRL, 2008, p. 41 y ss.). Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

**19°.** Respecto a la primera -la amenaza- “...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido...”. Esto es, “...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá” [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 42]. Así también, CARO CORIA ha significado que “...para la tipicidad del art. 170° del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia” [DINO CARLOS CARO CORIA, *Ibidem*, p. 101].

En cuanto a la segunda -circunstancia contextual-, “...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia”.

20°. Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215° del Código Civil precisa que “*hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros*”. El artículo 216° del citado Código agrega que “*para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad*”.

21°. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

#### § 6. Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima

22°. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): **i)** Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-.

23°. Se ha establecido anteriormente *-con carácter de precedente vinculante-* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos inculcados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en

este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

**24°.** La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredulidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente- [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. En: <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

**25°.** Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad -padrastra, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

**26°.** La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración inculpatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -*venganza u odio*- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la

víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

**27°.** Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: “...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado”.

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

**A.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.

**B.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

**C.** El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

### **§ 7. La prueba en el Derecho Penal Sexual**

**28°.** El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP).

**29°.** La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba -de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad -que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no

cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

**30°.** La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

**31°.** El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad –aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

**32°.** Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

**33°** Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será



trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.

**34°.** El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.

**35°** La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

**36°** Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

### § 8. *Evitación de la Estigmatización secundaria*<sup>2</sup>

**37°.** El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

**38°.** A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; **d)** ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

---

<sup>2</sup> La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.



### III. DECISIÓN

**39°.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

#### ACORDARON:

**40°.** ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **21°** al **38°**.

**41°.** PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

**42°.** PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**VILLA STEIN**

**LECAROS CORNEJO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**RODRÍGUEZ TINEO**

**PARIONA PASTRANA**

**BARRIOS ALVARADO**

**NEYRA FLORES**

**VILLA BONILLA**

**CALDERÓN CASTILLO**

**SANTA MARÍA MORILLO**

Lima, veinticuatro de enero de dos mil trece.

**VISTOS;** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado don **EZEQUIEL QUISPE FLORES;** emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

**PRIMERO: DECISIÓN CUESTIONADA.**

Lo es la sentencia de dos de agosto de dos mil doce –obrante en los folios trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y ocho–, que condenó al recurrente como autor del delito contra la libertad sexual **-VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD-** en agravio de la menor de identidad reservada, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y fijó por concepto de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles a favor de la agraviada.

**SEGUNDO: FACTUM.**

Según la acusación fiscal –obrante en los folios doscientos veintiocho–:

**2.1.** "El primero de mayo de dos mil nueve, siendo aproximadamente las nueve de la noche, la menor agraviada, salió de su domicilio ubicado en la comunidad de Ccarhuaschocce del Distrito de Acocro, hacia el campo a realizar sus necesidades fisiológicas a una distancia aproximada de veinte metros de su casa, circunstancias en que el procesado Ezequiel Quispe Flores, se le acerca y la lleva a su domicilio comprometiéndose que se casaría con ella y tras ingresarla a su cuarto le acostó en la cama procediendo a bajarle la falda y el pantalón para mantener relaciones sexuales" (sic).

**2.2.** "Los progenitores de la menor agraviada, enterados del lugar donde se encontraba; se acercaron al domicilio del procesado en horas de la noche del día siguiente acompañado del Teniente Gobernador, llegando a entrevistarse con la madre del denunciado y pasado una hora, la menor agraviada, el procesado, la madre y hermana de éste fueron a la casa de los padre de dicha menor, lugar donde el procesado pidió a la madre la mano de la menor agraviada en matrimonio, aceptando todos" (sic).

**2.3.** "La menor agraviada permaneció durante una semana en la vivienda del procesado llegando a mantener relaciones sexuales en cinco oportunidades, sin embargo, regresó al domicilio de sus padres, por ello la madre denunció los

hechos ante el Juez de Paz de Acocro, ante quien llegaron a un acuerdo que el procesado no cumplió; siendo que según el Certificado Médico Legal de fecha dieciocho de junio de dos mil nueve, los peritos concluyen entre otros que la menor agraviada presenta desfloración antigua" (sic).

**TERCERO: AGRAVIOS.**

En la formulación -de los folios cuatrocientos doce a cuatrocientos veintiuno- se aduce que:

**3.1.** No se atendió la impugnación presentada por la defensa técnica, respecto al cuestionamiento del examen de la agraviada, esto es, por la presencia de su progenitora que influyó indirectamente en el vertimiento espontáneo y verosímil de los hechos, máxime si es marcado el propósito de perjudicarlo, por parte de la madre de la menor.

**3.2.** En la decisión cuestionada primaron connotaciones morales, sin constatarse una mínima evidencia de violencia, como medio comisivo del acceso carnal.

**3.3.** Los hechos y circunstancias acaecidas con posterioridad al hecho imputado, tales como, tratos económicos para salvaguardar el honor de la menor, compromisos matrimoniales de parte de los padres de ambos, convivencia consentida de las partes por parte de ambos padres y eventual incumplimiento de lo pactado ante la autoridad y el desenlace de la denuncia penal, no constituyen elementos facticos del tipo penal de violación sexual; en consecuencia, no existen elementos de prueba suficiente, por lo que, debe aplicarse el principio de indubio pro reo.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.**

**1.1.** El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

**1.2.** El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia debe evaluarse el conjunto probatorio.

**1.3.** El artículo doscientos ochenta y cuatro del citado Código, establece los presupuestos absolutorios.

**1.4.** El artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establece que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba.

5 1.5. El inciso tercero contenido en el primer párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal –modificado por la ley 28704- que regula el *delito de violación sexual de menor de edad cuando la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*

1.6. El primer párrafo del artículo ciento setenta de la citada norma penal sustantiva, relativo al **delito de violación sexual realizado con violencia o grave amenaza**, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

1.7. El inciso diez del artículo veinte del Código Penal, referente a la causa eximente o atenuante de responsabilidad penal, señala "el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición".

1.8. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204º de la Constitución establece que: "**La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal**".

1.9. Asimismo, el artículo ciento tres de la Constitución Política prevé que "**pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga por otra ley, también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.**"

1.10. El Acuerdo Plenario número dos – dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis, del treinta de septiembre del dos mil cinco –referente a los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado-: "*Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el*

antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: **Ausencia de incredibilidad subjetiva**. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. **Verosimilitud**, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. **Persistencia en la incriminación**, con las matizaciones que se señalan en el literal "c" del párrafo anterior. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto".

1.11. El Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil ocho/ CJ – ciento dieciséis, con carácter vinculante, que en su parte pertinente (considerando número nueve, parte final) señala lo siguiente: (...) "en cuanto a la excepción de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número siete - dos mil siete / CJ – ciento dieciséis a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho acuerdo plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años." (...).

1.12. El Acuerdo Plenario número uno – dos mil once/cj-116, asunto: apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual –de seis de diciembre de dos mil once-, referente a la **irrelevancia de la resistencia de la**

5 víctima de agresión sexual, señaló en el fundamento veintiuno que: "El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual (...) y en cuanto a **Declaración de la víctima, es estableció:** "La retracción como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente. Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

**A.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. **B.** El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la



5 víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre. C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

1.13. El Acuerdo Plenario número uno – dos mil doce/CJ-ciento dieciséis asunto: reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo ciento setenta del Código Penal -veintiséis de marzo de dos mil doce-, en el fundamento jurídico número diecisiete se estableció que: *"No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique que el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente. Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley"*.

1.14. En la Sentencia del Tribunal Constitucional, de trece de octubre de dos mil ocho Exp. Número setecientos veintiocho – dos mil ocho-PHC/TC-Lima, caso, Giuliana Flor De Maria Llamuja Hilares, se señaló que: El texto constitucional establece expresamente en su artículo segundo, inciso veinticuatro, literal e), que **"Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"**. Este dispositivo constitucional supone, en **primer lugar**, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el

contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, **en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.** El principio *indubio pro reo*, por otro lado, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del procesado, debe estarse a lo que sea más favorable a éste (la absolución por contraposición a la condena). Si bien es cierto que el principio *indubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo uno de la Carta Fundamental). Ahora bien, cabe anotar que tanto la presunción de inocencia como el *indubio pro reo* inciden sobre la valoración probatoria del juez ordinario. En el *primer caso*, que es algo objetivo, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume, y en el *segundo caso*, que es algo subjetivo, supone que ha habido prueba, pero esta no ha sido suficiente para despejar la duda (la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas). La sentencia, en ambos casos, será absolutoria, bien por falta de pruebas (presunción de inocencia), bien porque la insuficiencia de las mismas - desde el punto de vista subjetivo del juez - genera duda de la culpabilidad del acusado (*indubio pro reo*), lo que da lugar a las llamadas sentencias absolutorias de primer y segundo grado, respectivamente".

1.15. En La **sentencia del Tribunal Constitucional -recaída en el expediente N° ocho - dos mil doce PI/TC** -de doce de diciembre de dos mil doce- "Demanda de Inconstitucional contra el artículo 1° de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3 del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad: en el fundamento jurídico número ciento quince se estableció lo siguiente: "De lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173.3, inciso 3 del Código Penal,

modificado por la ley 28704: **el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18 años, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en material penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultaran sancionados penalmente;** y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, **se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores,** o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, **dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesado nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente".**

### **TERCERO.:DEL ASPECTO DOGMÁTICO.**

**3.1.** La carga de la prueba es un deber peculiar y exclusivo de cada una de las partes, que indica que se ha de probar y suministrar la prueba de un hecho, vale decir que la prueba de un hecho es un asunto de la parte que lo afirma. Es necesario percatarse a quien le corresponde la prueba de la acusación y a quién la prueba de la defensa. En la forma acusatoria del proceso, la carga de la acusación le corresponde al acusador y la carga de la defensa al acusado<sup>1</sup>.

**3.2.** El Órgano Jurisdiccional debe ser imparcial, siendo que la misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que acuden a un tercero imparcial que es titular de las potestades, es decir, el Juez o Magistrado<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> FLORIÁN, Eugenio: "De las Pruebas Penales"; Ed. Temis, Bogotá, 1990, págs. 142 y 143.

<sup>2</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor: tomando a Montero Aroca, Juan en "El Proceso Penal, Teoría y Práctica", Ed. Palestra, Lima, 2003, p. 56.

### **3.3. LA VIOLENCIA (vis absoluta).**

El empleo de violencia a que se refiere el artículo ciento setenta del Código Penal, ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto. En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, bastando la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor. De esta forma, la violencia (vis absoluta) ejercida por el agente sobre la víctima debe ser física, efectiva y estar causalmente conectada con el ilícito actual sexual que pretende perpetrar. Debe tratarse del despliegue de una determinada dosis de violencia física susceptible de quebrantar los mecanismos de defensa de la víctima, de allanar los obstáculos para la realización de la conjunción carnal<sup>3</sup>.

Debe tratarse de violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia (seria, persistente, real, efectiva) de la víctima, de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso con acceso carnal<sup>4</sup>.

### **3.4. AMENAZA GRAVE.**

Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante el anuncio de un mal grave a intereses de la víctima o a intereses vinculados a ésta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente<sup>5</sup>.

La intimidación, como medio comisivo alternativo, ha sido definida por la jurisprudencia española como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra

<sup>3</sup> BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Delitos Sexuales, Editorial Visión, Bogota 1984, p.90.

<sup>4</sup> DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial T.I, 2da Edición, Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2003, p.546.

<sup>5</sup> BAJO FERNANDEZ, Miguel y Díaz Maroto, Julio, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra la libertad y seguridad, liberta sexual, honor y estado civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2da Edición, p.207.

u obra de causar una daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. Habrá de tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación a la violencia.

Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad se configuran como requisitos que ha de reunir la causa, que genere dicha intimidación<sup>6</sup>.

**CUARTO: DEL DELITO MATERIA DE ACUSACION FISCAL.**

Previsto en el inciso tercero del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal, modificado por la ley veintiocho mil setecientos cuatro.

**QUINTO: DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 173.3. DEL CÓDIGO PENAL - MODIFICADO POR LA LEY 28704-**

Que conforme a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional citada -recaída en la sentencia N° 0008-2012-PI/TC, de 12 de diciembre del 2012- se establecieron dos clases de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad, en dos supuestos:

**5.1.** El primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados **en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso**, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre catorce años y menos de dieciocho años, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en material penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, **no resultaran sancionados penalmente;** y,

**5.2.** El segundo, sobre aquellos casos penales **en trámite o terminados** en los que **no se acredite dicho consentimiento**, sino por el contrario, **se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores**, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, **dependiendo de los hechos concretos**, podrán ser susceptibles de **"sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesado nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal** u otro tipo penal que resultara pertinente.

**5.3.** Es de resaltar que aunque no lo menciona, la sentencia del Tribunal Constitucional acoge la doctrina jurisprudencial que se deriva de los Acuerdos Plenarios número cuatro – dos mil ocho/ CJ – ciento dieciséis, número uno – dos mil once/ CJ – ciento dieciséis y número uno – dos mil doce/CJ-ciento dieciséis.

<sup>6</sup> Quintero Olivares, Gonzalo, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Segunda Edición, Aranzadi, Navarra, Pág. 243.

**SEXTO: ANÁLISIS DEL CASO.**

**6.1. DEL FALLO ARRIBADO POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.**

6.1.1. La Sala Sentenciadora consideró que el delito materia de juzgamiento se encuentra acreditada: "con el certificado médico, donde la menor agraviada, presenta desfloración antigua, por haberse practicado el reconocimiento médico con fecha dieciocho de junio del año dos mil nueve, cuando los hechos ocurrieron el primero de mayo del mismo años, es decir, después de más de un mes de ocurrido los hechos en juzgamiento. De otro lado, obra en autos el protocolo de pericia psicológica que concluye que la menor agraviada presenta trastorno de las emociones situacional y reacción ansiosa asociado a estresor de tipo sexual, recomendando recibir orientación psicológica para brindar el adecuado soporte familiar, y que requiere de apoyo psicológico, instrumental debidamente ratificada" (sic) -Conforme se aprecia del duodécimo considerando de la sentencia recurrida-

6.1.2. "Del análisis de toda las pruebas actuadas a nivel policial, judicial y durante el juicio oral y precisadas en los fundamentos precedentes, el Tribunal de Fallo, arriba a la convicción de que el acusado Ezequiel Quispe Flores, **mantuvo relaciones sexuales utilizando la violencia con la menor agraviada** de las iniciales E.G.T. de catorce años de edad, según consta de su partida de nacimiento, **utilizando para ello la violencia, y sin el consentimiento de la menor agraviada** (...). **En el presente caso el medio para la perpetración del delito es la violencia entendida como la violencia física que se ejerce sobre la víctima a fin de doblegar su voluntad**, medio que acontece en el presente caso que nos convoca y **que el acusado consumó el ilícito penal sexual instruido con violencia; además de ello, el acusado ultrajó sexualmente a la menor agraviada con dolo, conocimiento y voluntad de hacerle sufrir el acto sexual con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales**" (sic) -Conforme se aprecia del décimo tercer considerando de la sentencia recurrida-

**6.2. ANÁLISIS PROBATORIO.**

6.2.1. La menor tenía algo más de catorce años de edad al tiempo de los hechos -conforme es de verse en la partida de nacimiento obrante en el folio cuarenta y uno-

6.2.2 La indemnidad o intangibilidad sexual, se refiere específicamente a la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su libertad en tal ámbito, considerando en tal condición el

ordenamiento jurídico- bajo el criterio de interpretación sistemático- a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar al desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la ausencia de avenimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para auto determinar lo que estime en tal ámbito, toda vez que, es la expresión cardinal de la libertad personal vinculada de manera directa con el principio ético y jurídico del respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en el Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis<sup>7</sup>.

**6.2.3.** En la sentencia objetada se fundamenta la convicción sobre la autoría del procesado, en la declaración de la víctima, empero no se cumplió con valorarla de acuerdo con las pautas orientativas acuñadas por este Supremo Tribunal en el citado Acuerdo Plenario número dos – dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis –referente a los requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado- para ponderar con mayor rigor los relatos inculpatórios de quien es considerado sujeto pasivo del ilícito penal.

**6.2.4.** Al respecto, es de recordar la reiterada doctrina emitida por esta Suprema Sala Penal que, como se acaba de citar, viene admitiendo como prueba válida las manifestaciones del testigo - víctima de agresiones sexuales y la posibilidad de que sea el testigo único de los hechos porque, generalmente, son actos que se realizan fuera de la vista de otras personas que puedan dar noticia luego de ellos, quedando como sólo testigo excepcional la persona que los sufre y es víctima. Ha recogido la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo la necesidad de que ese testimonio único sea, rodeado de ciertas cautelas aseguradoras de la validez de lo que la víctima afirme, estas son: **a)** ausencia de incredulidad subjetiva que derivara de las previas relaciones entre acusado y víctima y que pudieran hacer comprender que la segunda obrara por móviles de

<sup>7</sup> Conforme se aprecia en el 6° fundamento de la Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N°1222-2011 – LIMA, de nueve de febrero de 2012

resentimiento o enemistad determinando incertidumbre al juzgador para alcanzar la convicción precisa para juzgar, **b)** corroboración del testimonio de la víctima por datos objetivos concomitantes y claramente relacionados que contribuyan a la verosimilitud de ese testimonio y **c)** solidez de las manifestaciones incriminantes que han de ser persistentes, plurales, sin cambios sustanciales de unas a otras, y sin ambigüedades ni contradicciones.

**6.2.5.** Tales elementos no fueron valorados ni ponderados razonadamente por el Tribunal Sentenciador para concluir que el hecho y la autoría del acusado se encuentra acreditada.

### **6.3. DE LA CONFIGURACIÓN DE LA INCREDBILIDAD SUBJETIVA.**

**6.3.1** Bajo dichos cánones y exigencias probatorias en materia de delitos sexuales, se advierte la configuración de la incredibilidad subjetiva en el relato histórico de la agraviada, consistente en la no concreción de la promesa de matrimonio por parte del procesado, que impulsó a la presunta perjudicada a acusar mendazmente al procesado con quien luego de la comisión de los hechos mantuvo una **"relación de convivencia"** con el encausado por aproximadamente una semana, conforme así lo manifestó la aludida agraviada al señalar a escala preliminar que: **"permanecí en su casa por espacio de una semana", mis padres con el teniente gobernador vinieron a esa casa esa noche pero como teníamos dos cuartos Ezequiel se encerró conmigo en un cuarto y me repetía cada rato que no dijera nada porque esa noche nos iríamos a mi casa a pedir la mano ara casarnos (...)** a la hora fuimos a mi casa con la madre de Ezequiel y su hermana al llegar el pidió mi mano en casamiento (...) **no es justo que después que me violó ahora me vote como si fuera cualquier cosa** -ver respuestas de las preguntas ocho, nueve y quince de la declaración obrante en el folio treinta y ocho, realizada en presencia del representante del Ministerio Público- versiones que guardan relación con lo vertido por su progenitora quien en los debates orales declaró: **"el acusado con su familia vinieron a pedir la mano de su hija trayendo una caja de gaseosa"** -ver acta de sesión de audiencia de veinticinco de mayo de dos mil doce, brante en el folio trescientos treinta y ocho-; en efecto, resulta ilustrativo al respecto el factum de la imputación postulado por el ente persecutor al señalar que: **"Ezequiel Quispe Flores, se le acerca y la lleva a su domicilio comprometiéndose que se casaría con ella (...)** los progenitores de la menor agraviada, enterados del lugar donde



se encontraba; se acercaron al domicilio del procesado en horas de la noche del día siguiente acompañado del Teniente Gobernador, llegando a entrevistarse con la madre del denunciado y pasado una hora, la menor agraviada, el procesado, la madre y hermana de éste fueron a la casa de los padres de dicha menor, lugar donde el procesado pidió a la madre la mano de la menor agraviada en matrimonio, aceptando todos. **La menor agraviada permaneció durante una semana en la vivienda del procesado llegando a mantener relaciones sexuales en cinco oportunidades, sin embargo, regresó al domicilio de sus padres, por ello la madre denunció los hechos ante el Juez de Paz de Acocro, ante quien llegaron a un acuerdo que el procesado no cumplió (...)**".

6.3.2. Desde dicha perspectiva, se constata datos que explican la denuncia formulada por motivos de rencor, resentimiento y venganza; quedando así, configurada la incredibilidad subjetiva en la testigo víctima de cargo, cuyo testimonio, erróneamente fue considerado verosímil por la Sala de Fallo.

#### **6.4. DE LA INEXISTENCIA DE VIOLENCIA, AGRESIÓN O ABUSO SEXUAL, O GRAVE AMENAZA, CONTRA LA AGRAVIADA.**

6.4.1. Desde la perspectiva de la prueba periférica, no se advierte que el relato histórico de cargo, se encuentre corroborado por plurales elementos periféricos que avalen la verosimilitud de las declaraciones de la víctima; acorde con ello, la Sala de Fallo no observó el proceso de fijación del presupuesto probatorio o acreditativo, a partir del cual se solventa la configuración del medio comisivo violencia o amenaza, desarrollados líneas arriba. **Contrario a ello, emerge y cobra verosimilitud la tesis de la presencia de consentimiento en las relaciones sexuales sostenidas entre el procesado y agraviada; ello con los comportamiento ex post a la comisión del hecho imputado**, esto es, los referidos sujetos procesales, sostuvieron relaciones sexuales en cinco ocasiones, en el lapso de una semana – conforme lo señaló la agraviada en el decurso del proceso-, actos que contaron, además del consentimiento mutuo, con la aprobación de parte de los progenitores de la agraviada -como lo recalcó el titular de la acción penal al describir los hechos materia de acusación-; pues conforme lo manifestó la propia agraviada no fue amenazada por el encausado (ver declaración brindada en presencia del Ministerio Público, obrante en el

folio treinta y seis); no obstante que en el contradictorio varió su versión señalando el procesado la llevó a la fuerza tomándola de la mano para conducirla a su casa; sin embargo en los debates orales cuando se le preguntó el motivo por el cual varió su primigenia versión; no brindó una respuesta coherente; máxime si en el plenario, se precisó que dicha menor pudo huir de la casa del procesado cuando salía a realizar sus necesidades fisiológicas -ver acta de sesión de audiencia de veinticinco de mayo de dos mil doce, obrante en el folio trescientos treinta y cuatro-.

**6.4.2.** En consecuencia al haber mediado consentimiento en la realización del evento, deviene en irrelevante penalmente la conducta del acusado, debido a la aplicación del inciso décimo del artículo veinte del Código Penal (eximente de responsabilidad) y conforme a lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional referente a la inconstitucionalidad del inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

**6.4.3** Se torna en innecesario analizar los fundamentos expuestos en el recurso de nulidad, referidos fundamentalmente a consideraciones de irresponsabilidad penal, debido al sentido y contenido de ésta decisión.

## **7. DE LA INCONCURRENCIA DE DE LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL TIPO PENAL PREVISTO EN ARTÍCULO CIENTO SETENTA DEL CÓDIGO PENAL.**

Finalmente, conforme a los lineamientos esbozados en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, al haberse descartado el uso de los medios comisivos, violencia o amenaza, no resulta jurídicamente aplicable la regulación del artículo ciento setenta del Código Penal, dado que su esencia radica en el empleo de violencia absoluta o compulsiva para la perpetración del abuso sexual, y ello no se ha probado.

### **DECISIÓN**

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

**I. DECLARAR HABER NULIDAD** en la sentencia de dos de agosto de dos mil doce - obrante en los folios trescientos setenta y seis a trescientos ochenta y ocho-, que condenó a don **EZEQUIEL QUISPE FLORES** como autor del delito contra la libertad sexual - **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD**- en agravio de la menor de identidad reservada, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y fijó

por concepto de reparación civil la suma de tres mil nuevos soles a favor de la agraviada; y

**II. REFORMÁNDOLA: ABSOLVER** al citado encausado de la acusación fiscal por el indicado delito y agraviada;

**III. DISPONER** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados en su contra como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la causa respecto al citado encausado; y encontrándose sufriendo carcelería:

**IV. ORDENAR** su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente; comunicando para tal efecto vía fax a la Primera Sala Penal de Ayacucho; y los devolvieron.

**SS.**

VILLA STEIN

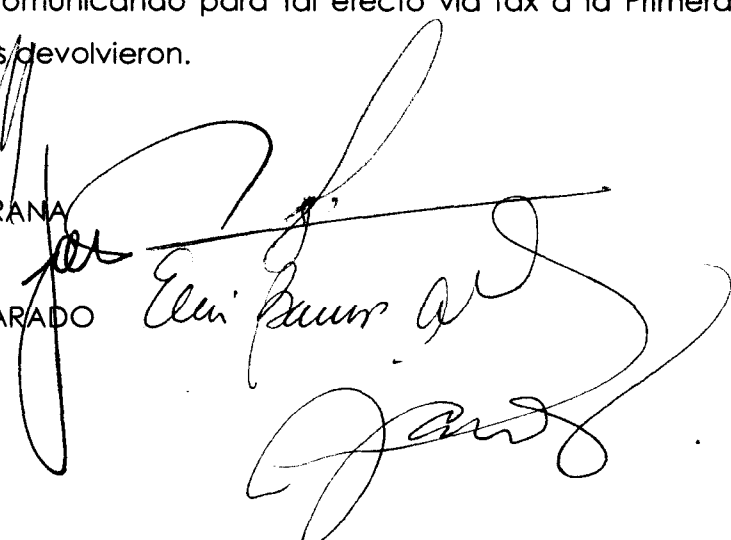
PARIONA PASTRANA

**SALAS ARENAS**

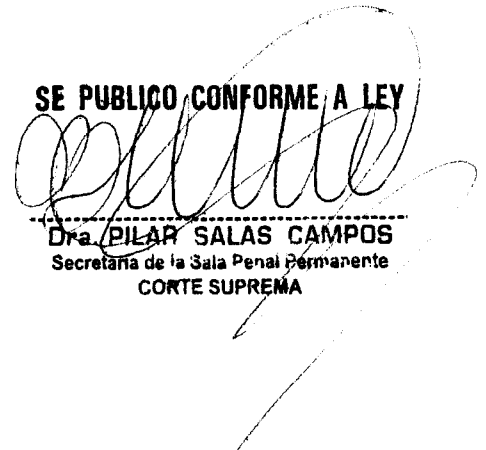
BARRIOS ALAVARADO

TELLO GILARDI

*JLSA/eam*



**SE PUBLICO CONFORME A LEY**



Dra. **PILAR SALAS CAMPOS**  
Secretaría de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA