

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**La admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de la relación  
conyugal como causal del delito de violación sexual**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**Angelica Maria Ccasani Flores**

**ASESOR**

**Eliu Arismendiz Amaya**

<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

**Chiclayo, 2024**

**La admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de la  
relación conyugal como causal del delito de violación sexual**

PRESENTADA POR  
**Angelica Maria Ccasani Flores**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR

Omar Antonio Zapata Lopez  
PRESIDENTE

Jose Leoncio Ivan Constantino Espino  
SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya  
VOCAL

## **Dedicatoria**

A mis padres, Graciela Flores y Hernán Ccasani por ser mi soporte y mi base. A mis abuelos, en especial a Juan Flores Lara, por ser mi mayor inspiración. A Lucke Ccasani, mi compañero eterno. A mi pareja Ricardo Yaipen, por acompañarme y apoyarme en los momentos difíciles. A las amistades atesoradas, por nuestro futuro éxito profesional y personal.

## **Agradecimientos**

Dar gracias en primer término a Dios por permitirme alcanzar este gran logro, agradecer en especial a las enseñanzas previas y la orientación constante de mi asesor el Dr. Eliu Arismendiz Amaya. Asimismo, a todas aquellas personas que me brindaron su apoyo durante mi proceso de investigación, tanto en el ámbito académico como personal. Un agradecimiento necesario a mis padres, porque su esfuerzo y confianza son mi principal motivación.

## revisión final turnitin

---

### INFORME DE ORIGINALIDAD

---

<b>17</b> %	<b>17</b> %	<b>5</b> %	<b>7</b> %
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

---

### FUENTES PRIMARIAS

---

<b>1</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>3</b> %
<b>2</b>	<b>repositorio.ucv.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>2</b> %
<b>3</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>1</b> %
<b>4</b>	<b>Submitted to Universidad Señor de Sipan</b> Trabajo del estudiante	<b>1</b> %
<b>5</b>	<b>www.revistajuridicauc.com.py</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>6</b>	<b>Submitted to Corporación Universitaria Iberoamericana</b> Trabajo del estudiante	<b>&lt;1</b> %
<b>7</b>	<b>repositorio.comillas.edu</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>8</b>	<b>www.enfoquederecho.com</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1</b> %
<b>9</b>	<b>dokumen.pub</b> Fuente de Internet	

---

## Índice

Resumen .....	6
Abstract .....	7
I. Introducción.....	8
II. Revisión de literatura.....	10
Capítulo I: Los Actos Sexuales No Consentidos Dentro De Una Relación Conyugal.....	16
1.1. Los actos sexuales no consentidos .....	15
1.2. Los actos sexuales análogos .....	16
1.3.Modalidades de los actos sexuales .....	17
1.3.1.La sodomía o el acto contra natura .....	17
1.3.2.Sadismo sexual.....	18
1.3.3. Stealthing .....	18
1.4.Teorías del consentimiento en normativa nacional.....	20
1.4.1.El consentimiento en la legislación comparada .....	20
1.5.El derecho de libertad sexual en la relación conyugal .....	21
1.6.Los actos sexuales no consentidos en una relación conyugal .....	22
Capítulo II: La Existencia De Una Causal En El Delito De Violación Sexual.....	22
2.1. El delito de violación sexual y el consentimiento.....	22
2.1.1.Estructura típica del artículo 170° .....	23
2.2.1.Antinomia jurídica del Código penal peruano .....	24
2.3. El abuso sexual .....	25
2.3.1.Indicadores de prueba .....	26
III. Materiales y métodos .....	28
IV. Resultados y discusión .....	29
Conclusiones .....	38
Recomendaciones .....	39
Referencias.....	39
Anexos .....	45
Apéndice.....	47

## Resumen

El propósito de este estudio de investigación ha sido proponer una técnica legislativa para incluir los actos sexuales no consentidos dentro de una relación conyugal como delito de violación sexual. Se argumenta que actos como el stealthing y la sodomía principalmente, cuando no son consentidos, constituyen una violación a la libertad sexual, poniendo en peligro el interés público y la dignidad de los cónyuges, lo cual afecta a la sociedad en general y la institución familiar. La metodología utilizada fue cualitativa, describiendo la omisión del legislador en la tipificación de los actos sexuales no consentidos en una relación dentro del lecho conyugal, y proponiendo la inclusión del tipo penal abuso sexual en el artículo 170° del Código Penal Peruano mediante una propuesta legislativa plasmada en el proyecto de ley ubicado en el apéndice primero. Se emplearon técnicas de análisis documental mediante fichas de análisis.

**Palabras clave:** Actos sexuales no consentidos, relación conyugal, libertad sexual, consentimiento, violación sexual, abuso sexual.

### **Abstract**

The purpose of this research study has been to propose a legislative technique to include non-consensual sexual acts within a marital relationship as the crime of rape. It is argued that acts such as stealthing and sodomy mainly, when they are not consensual, constitute a violation of sexual freedom, endangering the public interest and dignity of spouses, which affects society in general and the family institution. The methodology used was qualitative, describing the legislator's omission in the classification of non-consensual sexual acts in a relationship within the marital bed, and proposing the inclusion of the criminal offense of sexual abuse in article 170° of the Peruvian Penal Code through a legislative proposal. reflected in the bill located in the first appendix. Document analysis techniques were used through analysis sheets.

**Keywords:** Non-consensual sexual acts, marriage, sexual freedom, consent, sexual assault, sexual abuse.

## I. Introducción

En la presente investigación se desarrolló la admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de una relación conyugal como causal del delito de violación sexual, mediante un análisis de las modalidades materia de estudio y la ausencia de su tipificación, asimismo argumentando la existencia de una causal en el delito de violación sexual, identificándola y desarrollando con la teoría del delito y del derecho penal una postura, señalando así la importancia de un pronto pronunciamiento sobre la materia, debido a la necesidad ante el aumento de casos relacionados. Considerando lo descrito, surge el siguiente problema: ¿Cómo admitimos los actos sexuales no consentidos dentro de la relación conyugal como causal del delito de violación sexual?

En el contexto mundial, citando a Brodsky (s.f), modalidades sexuales tales como la sodomía y el “stealththing” como las más discutidas, además de las prácticas sadistas y la violación inversa surgen hace años y no obstante ello ha obtenido un escaso pronunciamiento hasta la actualidad. En países angloparlantes existe una creciente discusión tanto dogmática, social, como jurisprudencial respecto a la presente problemática, por otro lado, en Latinoamérica son escasos los países en los cuales se ha cuestionado la problemática mencionada, por último, en nuestro país, no existe a nivel normativo un reconocimiento sobre el tema, un análisis jurisprudencial, ni una discusión por parte de nuestros juristas y doctrinarios nacionales.

La libertad sexual es un bien jurídico protegido en nuestra legislación penal, y conforme afirma Mosquera en su trabajo de investigación empleado como antecedente de estudio, no debe entenderse la relación matrimonial como una situación en la cual se permiten vulneraciones a este. Los actos sexuales como la sodomía, el “stealththing” y las prácticas sadistas son modalidades que, si la otra parte no ha brindado su consentimiento para ello y parafraseando lo expuesto por Asensios y Sal y Rosas (2023) implica una afectación directa a la faz negativa de la libertad sexual, hecho que es normalizado y a pesar de ser denunciado no es sancionado debido a la ausencia de reconocimiento legal de estos actos como una causal de violación sexual, naciendo así la necesidad de tipificar las mismas en la normativa penal que protege el bien jurídico mencionado, haciendo énfasis en el elemento del consentimiento.

En el artículo 170° de nuestro Código penal se incorporó en el texto normativo: “cualquier entorno que impida brindar un libre consentimiento”; sin embargo dicho elemento descriptivo es un tipo penal abierto, siendo necesario una norma extrapenal para su reenvío a fin de ser desarrollado, lo que en nuestra legislación no existe, generando así un vacío legal cuya única solución es incorporar la figura del abuso sexual de manera expresa tal como se han decantado legisladores tanto de España como otros países, por ello el aporte de la presente investigación

radica en una propuesta legislativa para su inclusión en el título referido a los delitos contra la libertad sexual.

Los efectos o consecuencias de la comisión legislativa sobre su admisión, es la afectación directa a la libertad sexual de las personas, asimismo una vulneración al principio de dignidad de la persona, al verse estas sometidas a realizar prácticas sexuales no deseadas, sin ningún ámbito de protección ni garantías de poder denunciar estos abusos ante la ausencia de tipificación, ello en aras al principio de legalidad. La justificación e importancia de este estudio radica en contribuir al debate jurídico y social sobre la materia de estudio, ello ante la ausencia de pronunciamiento tanto jurisprudencial como dogmático a pesar de existir un vacío legal el cual es la causa de la problemática, requiriendo una solución que beneficiará en específico a los cónyuges afectados y en general permitiendo que futuras víctimas gocen de amparo legal.

## **II. Revisión de literatura**

### **Antecedentes de Estudio**

#### **Nacionales**

Machado, M.(2022) , en su tesis de postgrado en la Universidad César Vallejos titulada: “Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo” trata sobre los criterios que se han de utilizar para la calificación del delito de violación sexual en la relación conyugal, ello bajo lo establecido en la “Ley de violencia contra la mujer”, concluye que los jueces no realizan una adecuada calificación jurídica del delito en cuestión, no otorgándole la importancia necesaria en la imputación, debido a la relación entre la víctima y el agresor. La tesis citada analiza los criterios para configurar el delito en mención dentro la relación conyugal, siendo relevante el estudio realizado al fenómeno citado en la sociedad actual.

Asensios, E. y Sal y Rosas,D.(2023) en su tesis de pregrado de la Universidad César Vallejos, titulado “Moda stealthing en una relación sexual consentida y la vulneración del derecho a la libertad sexual.Huaraz.2021” propone que la práctica del stealthing durante una relación sexual consentida implica una vulneración al derecho a la libertad sexual, por tanto se considera una agresión sexual, creando un vacío legal en la legislación peruana. De esta manera se señala que el consentimiento, aunque no está explícitamente definido en la legislación, los juristas y legisladores pueden analizarlo e interpretarlo.

#### **Internacionales**

Sancho, M. (2019) en su tesis postgrado, Universidad Autónoma de Barcelona, titulada: “Violencia hacia la mujer en el ámbito familiar y/o de pareja un enfoque desde la Ley civil 24.417 de protección de violencia familiar” el cual señala como su objetivo principal el identificar la variedad de manifestaciones de agravio al sexo femenino. Los resultados de la citada investigación llegaron a la conclusión que, en la sociedad actual, la violencia contra la mujer se materializa mayormente en el ámbito familiar, dentro del contexto de una relación sentimental, no existiendo protección cuando la violencia se ejerce en los ámbitos citados, siendo urgente la modificación de las leyes en proporción al alarmante aumento de cifras de casos referidos a violencia sexual a la mujer.

Gili, A. (2021) en el artículo publicado en la revista Cuadernos de Política criminal titulado “Stealthing:Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual” propone como objeto de análisis el fenómeno del stealthing y la lesividad específica del comportamiento así como su subsunción en el derecho positivo mediante la legislación comparada. Así, concluye mediante el análisis de sentencias extranjeras que sancionan la conducta del “stealthing” que es

una práctica que requiere ser definida y regularizada, iniciando con su identificación, su estudio y por último su adecuado tratamiento y tipificación.

Canta, A. (2022), en su tesis de pregrado en la Universidad “Universitat Pompeu Fabra, titulado: “El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual: Especial mención a la problemática stealthing” señala que es relevante la creciente discusión alrededor de la nueva práctica conocida como stealthing, consistente en la retirada del preservativo, antes o durante la relación sexual previamente consentida bajo el uso de este, sin que su pareja se dé cuenta ni consienta al respecto, mismo que se trata de un fenómeno muy extendido en la actualidad, pero del que recientemente se ha empezado a discutirse su importancia jurídica, siendo esencial determinar cómo debe ser clasificada y tipificada. Concluye que el stealthing como conducta que atenta contra la libertad sexual, la salud y la integridad física debe ser introducido como conducta delictiva dentro de los delitos sexuales.

### **Bases Teóricas**

#### – La libertad sexual en la relación conyugal

El derecho a la libertad sexual es una de las manifestaciones del derecho constitucional a la libertad, Silva et al. (2011) establecen que puede caracterizarse como la facultad de todo ser humano a poder auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, es decir su facultad a mantener relaciones sexuales o, en general, a llevar a cabo o tolerar actos sexuales en su naturaleza, podría así delimitar también como la potestad de la persona a no verse involucrado en cualquier tipo de acto de índole sexual que sea contrario a su voluntad.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N°03901-2007-PA/TC establece que las relaciones tanto sexuales como sentimentales, están bajo el contexto de la protección y reconocimiento del derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad, es un ámbito estrictamente privado e intrínseco al desarrollo de la vida íntima de la persona, característica inherente de su autonomía y su dignidad. Además, en la Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional con fecha 12 de diciembre de 2012, se reconoce un aspecto desfavorable del derecho a la libertad sexual, que se vincula con la responsabilidad del Estado o cualquier individuo de no entorpecer el desarrollo libre de la vida sexual de la persona. Asimismo, se identifica un aspecto positivo relacionado con la capacidad de decidir llevar a cabo el acto sexual, elegir la persona con la que se desea tener relaciones, y determinar el momento o situación para llevarlo a cabo.

Es relevante señalar lo establecido por Muñoz (2018) con respecto a los deberes que nacen del matrimonio, en cuanto nuestro Código Civil reconoce la fidelidad, cohabitación y de asistencia, siendo la segunda la convivencia privada e íntima de vida que ha de sostenerse entre

ambos cónyuges, se afirma erróneamente que de esta cohabitación emana la obligación de establecer una relación carnal, negándose por ello la posible configuración de la violencia sexual en la relación conyugal, sin embargo se aclara que este deber no significa el conceder la facultad a uno de los cónyuges para forzar al otro a la consumación o intento de mantener la relación sexual, así la intimidad sexual debe implicar: entrega, unidad, comunicación y disfrute.

Mimbela (2017) señala que: “El deber de cohabitación se encuentra señalado en el artículo 289° del Código Civil”, este establece del deber de cohabitar, es decir el deber conyugal de mantener vida común en lo establecido como “domicilio conyugal”, siendo necesaria la convivencia entre ambos cónyuges. Aunque se afirme que el matrimonio trae consigo la obligación de cohabitación, a la cual se refieren además como el “débito sexual”, esta solo concibe una práctica de actos sexuales normal, consentida y sin violencia, por cuanto no abarca la imposición violenta de esta, en ese caso se estaría lesionando la libertad sexual del cónyuge perjudicado.

Precisa Castillo (2001): “El matrimonio no puede suprimir la libertad sexual de los cónyuges”, así el matrimonio no conlleva una supresión del derecho citado de alguno de los cónyuges, ni un fin a la protección de este por sobre los deberes maritales. En una postura antagónica, Schünemann (1996) sobre el derecho a determinar de manera libre e independiente la ocurrencia de actos sexuales, señala que: “La violación dentro del matrimonio constituye un menor grado de injusto porque la violación dentro del matrimonio viola solamente el derecho de la víctima a determinar las circunstancias bajo las cuales tendrá sexo, no el derecho a escoger con quien”.

– Técnica legislativa para la tipificación de las causales del delito de violación sexual

De acuerdo a la nomenclatura del Código Penal Peruano vigente, ubicamos el delito en el Título IV sobre los delitos contra la libertad, específicamente como delitos que vulneran la libertad sexual, siendo así por el nomen iuris, el bien jurídico protegido precisamente la libertad sexual. En la sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional de fecha 12 de diciembre del 2012, se define la finalidad de la actuación del legislador como: “Optimizar el fin preventivo general de las penas en su vertiente negativa”, debiendo así fortalecer el efecto desmotivador que significa la amenaza de una imposición de pena, además de su consecuente ejecución, y del impacto que se genera en la sociedad, asimismo con su efecto preventivo, pues mediante esta también se está amparando de manera preventiva el bien jurídico protegido.

Citando a Reyna et al. (2005) originariamente la figura del delito de violación sexual: “Estaba dedicada a la protección de la “honestidad” de la mujer frente al “yacimiento””, es decir el “coito vaginal”, posteriormente se abandonó esa concepción, pasando al concepto de la

libertad sexual como el fundamento de la legislación penal, variando las causales de configuración del delito, puesto que no tenía sentido el proteger únicamente la esfera genital femenina, por lo tanto se añadieron otras cavidades corporales no relacionadas, agregando la vía anal y bucal, siendo estas susceptibles a un grave ataque contra la libertad sexual, se amplió además la condición de sujeto pasivo al cónyuge masculino, además se eliminó la limitación del instrumento de invasión al aparato masculino, debido a la existencia de diferentes objetos idóneos para producir la afectación, contemplando además la introducción de objetos por la vía vaginal o anal.

En la actualidad, como señala Salinas (2007): “El legislador recogió la libertad sexual como bien jurídico en los delitos sexuales”, con el fin de brindar protección a este derecho debido a que al ser puesta en peligro o vulnerada directamente llega a trascender a la esfera física para resonar y afectar en la esfera psicológica del individuo, vulnerando así el núcleo más privado e íntimo de su personalidad. Cancio (1996) señala que la influencia de los medios de comunicación permite “reconocer y delimitar” los diversos problemas sociales, que a su vez inciden de manera notable en los procesos de criminalización primaria, señalando así la incidencia mediática en el plano de los delitos sexuales, ante la cual se llegan a plantear, genéricamente, la necesidad de ciertas legislativas penales.

### **Categorías Conceptuales**

- Actos sexuales no consentidos dentro de la relación conyugal

Citando a Reyna et al. (2005): “Una de las expresiones más recurrentes de violencia sexual ocurre en el entorno familiar”, pues se muestra un nivel mayor de confianza y seguridad, la violencia sexual en contextos domésticos e intrafamiliares usualmente es ignorada y no reconocida como delitos auténticos, ello por la relación existente entre el sujeto activo y el pasivo, impidiendo a la víctima de percibir a su agresor como criminal y generándole inconvenientes al instante de apersonarse para poder denunciar la agresión.

Espinoza (1974) comenta que: “Se grafica además la irrelevancia penal de la agresión sexual dentro de la relación conyugal”, ello con la única excepción caracterizada por la “normalidad” de mantener la relación sexual, en otras palabras, si la agresión sexual suponía su consumación dentro de los ámbitos que se consideran habituales en los parámetros sociales aceptados en la comunidad esta permanecía impune, mientras que si está involucraba una perversión de la normalidad, dando como ejemplo el acto contra natura, se justificaba la reacción penal.

Cancio en Reyna et al.(2005) argumenta: “La existencia de una relación de comunidad de vida genera una situación de confianza”, en dicha situación la violación a la libertad sexual

adquiere una gravedad aún mayor por proceder de una persona que ha aceptado y que asumió un compromiso de mutuo apoyo y confianza con el agraviado.

Salinas (2008) señala que: “Así como hay delito de acceso carnal sexual en la relación conyugal, fortiori existirá delito en el acceso carnal violento con personas con las cuales se consuman constantemente de manera habitual el acto sexual, ya tengan una relación de novios, parejas o enamorados, siempre y cuando cualquiera de estos no tenga deseo de realizar el acto o acceso carnal sexual”.

Analizando doctrina española, Panyela (2020) establece que: “En el último tiempo, la reivindicación acerca el consentimiento sexual ha evolucionado a grandes pasos”, anteriormente el consentimiento se presumía siempre que la mujer no lo retirase y, en todo caso, sería deber de quien se considere víctima la acreditación u constatación del haber comunicado a su agresor la falta de consentimiento, ello se ha ido dejando atrás.

#### – Delito de violación sexual

El presente injusto penal se encuentra tipificado en el artículo 170° de nuestro Código Penal, citando a Silva et al. (2011): “La conducta típica de este delito consiste en atentar contra la libertad sexual de otra persona”, es decir cuando se obliga a otra persona a tanto realizar como tolerar cualquier acto de connotación sexual en contra de su voluntad, asimismo se exige que para que se configure el delito se haga uso de intimidación o violencia, entendiéndose como la fuerza apta para lograr superar la voluntad del agraviado, por otra parte la intimidación es el causar miedo en la víctima, mediante amenaza a la persona con provocarle un mal relacionado tanto a su integridad física, libertad e incluso su vida.

Buompadre (2000) define: “El delito de acceso carnal sexual se configura cuando el agente o sujeto activo hace uso de la violencia o amenaza grave, para así lograr realizar el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (con la introducción de objetos o partes del cuerpo ya sea vía vaginal o anal)”, sin tener su consentimiento o prueba de su voluntad para llevarlo a cabo, el verbo “obligar” establece que previamente al acceso carnal, se somete o neutraliza la oposición o resistencia de la víctima pues dicho acto se lleva a cabo con base a la violencia y vulneración del derecho a la libertad sexual de la otra persona.

Roy (1989) cuestiona respecto a la resistencia de la víctima en la agresión sexual: “¿Qué cabe exigir del comportamiento de la víctima contrario a la conducta típica del autor?”, brinda como respuesta que únicamente deberá exigirse la ausencia de consentimiento y de manifestación real y formal de esta, es decir con la sencilla negativa. Por ello, la resistencia de la víctima no sería el elemento del delito, por otra parte, lo sería la violencia ejercida del autor.

La tipificación y enumeración de las causales de configuración de este delito es un trabajo arduo para el legislador.

## **Capítulo I: Los Actos Sexuales No Consentidos Dentro De Una Relación Conyugal**

### **1.1. Los actos sexuales no consentidos**

El ilícito materia de investigación refiere el yacer con una mujer, entendido como el hecho de tener acceso carnal, es decir la introducción del órgano masculino en el femenino, siendo elemento fundamental la ausencia de voluntad de la mujer a la relación sexual, siendo doblegada por la fuerza o por intimidación. Citando a Hurtado (2000) la interpretación realizada por los jueces se encuentra condicionada por los criterios adoptados en la doctrina, es decir al establecerse en qué consiste el acto sexual, se ha sostenido en su mayoría que debe ser comprendido en sentido biológico y no jurídico, es decir como la introducción del órgano sexual del hombre en la cavidad vaginal de la fémina, considerando así a las diferentes prácticas sexuales como “actos análogos”.

Citando a Rábago (2022) es necesario remitirnos al Capítulo II del Título VIII, en concreto los artículos 181° y 182° del Código Penal Español, así el artículo 181.1° prescribe: “El que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses (...)”; mismo que tipifica el abuso sexual, que no exige el uso de intimidación o violencia, a diferencia de las agresiones sexuales hace énfasis a la falta de consentimiento, señala el autor que el consentimiento se puede brindar al inicio y ser retirado en el curso de la relación sexual.

Asimismo, doctrinarios como García y Tarancón (s.f) formulan casos caracterizados en que la víctima no tuvo opción de expresar su falta de asentimiento, como en los actos llevados a cabo por sorpresa, tanto en sitios concurridos como en otras situaciones que faciliten un acceso a la víctima. Ante lo mencionado, Humprheys (2001) establece que para brindar el consentimiento se requiere previamente conocimiento, debiendo comprender a qué está dando su consentimiento, con plena información sobre el acto o actos sexuales solicitados, es así que la premisa central sería el obtener el consentimiento de la pareja sexual antes de participar en cualquier actividad sexual, siendo el primigenio consentimiento no suficiente, al ser necesario para cada acto en específico.

Planteamos a manera de ejemplo, un caso internacional suscitado alrededor del futbolista brasileño Neymar da Silva Santos Júnior, citando lo expuesto en la noticia “Mujer que denunció

a Neymar es acusada de fraude y extorsión” del noticiero web Al Rojo Vivo (2019), una modelo lo acusó de violentarla sexualmente en una habitación de un hotel de París, habiendo sido invitada por él mismo acudiendo voluntariamente luego de haber intercambiado fotos íntimas y conversaciones con carácter sexual, es así que luego de conversar e intercambiar caricias, esta le preguntó al jugador si tenía un preservativo, obteniendo una respuesta negativa.

Declara la agraviada en la nota periodística “La mala hora de Neymar Jr: su supuesta víctima de violación lo denuncia en televisión” publicada por la página web periodística France24 (2019), que si bien viajó a París para mantener relaciones sexuales con el delantero, la ausencia de profiláctico la hizo cambiar de opinión, sin embargo, el denunciado hizo caso omiso a lo señalado, volteando de manera intempestiva a la agraviada y aprovechando el estado de sorpresa y la posición de esta, realizó el acto sexual contra su voluntad, penetrándola sin el preservativo solicitado y golpeando sus glúteos violentamente. El denunciado en un video publicado en su red social Instagram recuperado y traducido por el noticiero web Al Rojo Vivo (2019) en el vídeo titulado “Neymar en la mira de la policía por presunta violación”, expresa que: “Lo sucedido ese día fue un hecho entre una mujer y un hombre, dentro de cuatro paredes, algo que ocurre en todas las parejas”.

Sputnik News (2019) en su nota periodística titulada “Mujer que acusa a Neymar de violación presentó hematomas y estrés postraumático” publicó que un informe realizado por el equipo médico de un hospital de São Paulo (sudeste) el pasado 21 de mayo describe que la agraviada presenta un cuadro de "dolor, pérdida de peso, ansiedad y problemas gástricos después de un episodio de estrés emocional y hematomas causados por agresiones en la región de las nalgas y las piernas".

## **1.2. Los actos sexuales análogos**

Citando a Hurtado en Defensoría del Pueblo (2000) el Código Penal de 1924 extiende la salvaguarda al reprimir el acto de “hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años”, ampliando así la prohibición de acciones vinculadas con la sexualidad del sujeto. Siguiendo con el autor, con el Código Penal de 1991 no se solucionan las dificultades, pues el término “u otro acto análogo” es muy amplio y vago, lo que puede generar una interpretación extensiva.

Mediante el Proyecto de ley N° 1702 del año 1996 se instaura una norma interpretativa que comprende en un acto análogo no únicamente el acto contra natura realizado por un hombre, ampliando la calidad de sujeto activo sin importar el sexo, ello bajo la justificación que los magistrados interpretaran de manera restrictiva el concepto del “acto análogo”, excluyendo del

ámbito de protección a aquellas personas que han padecido actos que presentan, en esencia, el mismo fin ilícito. Por otra parte, la reforma de 1991 no abarcó formas adicionales que vulneran la libertad sexual relevantes que se regulan en legislación comparada, como el acoso sexual, modalidad que recientemente se ha regulado mediante Decreto Legislativo N°1410 en el año 2018, así como la introducción de objetos como causal de comisión de violación sexual.

### **1.3.Modalidades de los actos sexuales**

La cláusula de los actos sexuales análogos da pie a la interpretación analógica, con la finalidad de acoger modalidades típicas las cuales acontecen en nuestra realidad social y que el Derecho penal ha de reconocer.

#### **1.3.1.La sodomía o el acto contra natura**

En el tránsito del reconocimiento como bien jurídico a la libertad sexual, se amplió el ámbito de protección a cavidades diferentes que sean proclives a sufrir ataques a la libertad sexual, es así que apreciamos que en el ilícito de violación sexual, tipificado en el artículo 170°: “El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, **anal** o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años”.

Afirma el autor Navarro (2001) que desconoce la razón específica por las cuales la vía anal se utiliza para actividades sexuales, a pesar de no ser un órgano con función sexual, por tanto y desde una perspectiva médica, esta parte corporal no es biológicamente adecuada para ser utilizada como tal, es por ello que su empleo como órgano sexual receptor puede ocasionar lesiones y alteraciones en su estructura natural, siendo las más comunes las fisuras y cicatrices, lo cual se refleja en el peritaje posterior, asimismo a opinión del autor el abuso sexual ha de abarcar cualquier acción en el que uno de los sujetos no haya brindado su consentimiento, no siendo excepción el acto sexual en cuestión.

En la misma línea, Pérez (2016) si bien considera que el consentimiento es un fenómeno dinámico y variable, este se encuentra en relación de dependencia al tipo de práctica sexual a realizar, siendo el sexo anal un acto que permite advertir el cambio, la línea divisoria en la relación sexual natural al paso a la sodomía es notable y para realizarlo se requiere siempre la confirmación del consentimiento expreso.

### **1.3.2. Sadismo sexual**

El sadismo sexual según Pagaza y Sánchez (2006) es definido como una parafilia en la cual acontecen modificaciones en la relación sexual, al sexualizar y erotizar el dolor ajeno, obteniendo placer ante el sufrimiento de la pareja, mediante actos que generan un padecimiento ya sea psicológico o físico de la otra parte generando su propia satisfacción, muchas veces sin el conocimiento previo de las víctimas y contra su voluntad.

Asimismo, siguiendo con Rodríguez y Salqueiro (2020) en el sadismo la ofensa suele ser personal y directa a la pareja, no obstante, cuando se practica en contra de la voluntad de la otra parte en el caso de no compartir el deseo de la práctica sexual sadomasoquista, al someter a la persona se vulnera la dignidad de la víctima, asimismo en prácticas sádicas como la atracción hacia el estrangulamiento o la asfixia de la pareja durante el acto sexual, o agresiones tales como golpes o uso de objetos análogos sin conocimiento previo que generan hematomas, rasguños e incluso sangrados externos como internos, atentan contra la integridad física y socava en magnitud la libertad sexual de la misma.

Sharon Cowan (2013) manifiesta que las agresiones corporales que son infligidas con el propósito de generar excitación y placer sexual, siempre que no signifiquen un daño físico real, pueden ser consideradas lícitas siempre que previamente se hubiera brindado un consentimiento válido, no obstante, en caso las lesiones causadas representen un daño real o algo peor, no podría ser justificado invocando el consentimiento del agraviado, el consentimiento adquiere un papel definitivo en cuanto la naturaleza de los actos de sadismo, siendo su existencia relevante al evidenciar un ánimo o voluntad de ambas partes de obtener y brindar placer.

Es relevante traer a colación una noticia publicada en el noticiero web BBC NEWS (2019) en la cual una fémina denuncia haber sido asfixiada y abofeteada sin aviso alguno mientras mantenían relaciones sexuales, asimismo expresan que más de un tercio de un grupo de mujeres afirmaron haber experimentado asfixias, bofetadas, haber sido escupidas, entre otros, durante el sexo consensuado, sintiéndose incómodas o atemorizadas, el autor cita al Centro de la Justicia para la mujer, respecto a que las cifras demostraban una presión creciente sobre las mujeres de soportar actos violentos, peligrosos y degradantes, lo cual puede deberse a la normalización y uso de pornografía extrema que se ha popularizado.

### **1.3.3. Stealthing**

Gili (2021a) define el término “stealthing” como un término anglosajón proveniente del inglés “stealth” traducido como “sigilo”, el cual se utiliza para aludir a una concretísima

conducta en las relaciones sexuales, es decir el retiro no consentuado del preservativo durante una relación sexual sí consentida, es decir, su apartamiento de forma secreta o disimulada, sin el conocimiento del otro interviniente en el acto sexual.

Rábago (2022) señala que una valoración por los jueces es la ausencia de consentimiento en las relaciones sexuales, ello referido a que si en el curso de esta, el agente omite el uso preservativo o se retira el mismo cuando su uso se estableció como condición para que la otra parte consienta el acto sexual, enfrentándonos en ese supuesto a un abuso sexual. En la misma línea, establece la Sentencia de Tribunal Superior de Andalucía N° 186-2021, de fecha 1 de julio del 2021, que el acto de omitir el profiláctico durante la totalidad o parcialmente en las relaciones sexuales, a pesar de haberse establecido o impuesto por la otra parte como condición expresa a fin de otorgar el consentimiento, configura lo denominado con el término anglosajón “stealthing”, constituyendo una vulneración al derecho de la libertad sexual de la pareja sexual.

En la jurisprudencia española se hizo mención al término por primera vez en la Sentencia N° 0155-2019 emitida el 15 de abril del 2019, teniendo como hechos principales que las partes del proceso habían acordado sostener el encuentro íntimo con empleo de protección, y en el transcurso del acto sexual, luego de usar un preservativo y al momento de supuestamente hacer uso de otro, el imputado se lo retiró sin que la otra parte conociera ello, y menos existiendo un consentimiento por parte de la misma debido a la forma sigilosa del retiro, continuando las relaciones entre ambos.

Ante ello, el Juzgado de Salamanca señala que se ha configurado la conducta “Stealthing”, el cual se subsume en el ilícito del artículo 181° del Código Penal de España, que prescribe el tipo penal de abuso sexual, al considerar que se ha consentido el mantenimiento del acto sexual mediando el uso del preservativo, y su posterior retiro sigiloso es realizado sin que lo hubiera consentido, atentando la libertad sexual de la misma, quien brindó su consentimiento únicamente bajo la debida garantía para prevenir un embarazo no deseado o enfermedades de transmisión sexual, condenando al imputado como autor responsable de la comisión del ilícito penal de abuso sexual.

Gili (2021b), resalta que la falta de utilización del profiláctico en la jurisprudencia española ha adquirido relevancia jurídica además con un enfoque en lo referido a la integridad física y la salud como delitos de lesiones debido a las consecuencias derivadas de esta, como los embarazos no deseados y la propagación de patógenos bacterianos, víricos o parasitarios que son transmitidos por vía sexual y pueden generar graves resultados a largo plazo, no obstante diferencia la conducta descrita sobre la calificación de lesiones dolosas-eventual, con la figura del “stealthing”, en el bien jurídico protegido, por cuanto con la figura de lesiones se protege el

bien jurídico de la integridad y la salud, sin embargo en el stealthing se aprecia la dimensión sexual de los hechos y se diferencia por cuanto la víctima supone de forma errónea que la relación se lleva a cabo con el uso de preservativo.

#### **1.4. Teorías del consentimiento en normativa nacional**

El consentimiento, citando a Suarez (2022), es indispensable para que el acto sea lícito y no constituya un atentado a la libertad sexual de la persona, no debiendo existir una presunción de este, pues en caso de duda sobre su existencia, se ha de asegurar la misma.

A nivel internacional, se aprecian dos marcadas tendencias al regular los ilícitos contra la libertad sexual en torno al protagonismo del consentimiento, estableciendo como ejemplo al Código Penal de España que diferencia las agresiones sexuales del abuso sexual: en la primera figura es requisito el uso de violencia e intimidación, mientras que en el abuso sexual se centra en la falta del consentimiento, estableciendo como marcada diferencia el empleo de violencia y/o intimidación. Por otro lado, el Código Penal Peruano no sigue la misma tendencia, eliminando dicha frontera y tipificando como única figura el tipo de violación sexual.

El doctrinario peruano Peña (2002a) acota que el consentimiento brindado ha de ser tanto uniforme como continuo, ejemplificando así que, si una persona de manera libre consiente acceder a una habitación de un hostel, para mantener una relación sexual y ya dentro del mismo varia su convicción y rehúsa llevarlo a cabo siendo forzada por su pareja a realizar el acto, se estaría configurando el delito de violación sexual. Asimismo, en la Sentencia de fecha 28 de noviembre del 1991 en Peña (2002b) se establece que: “No influye en la calificación de la conducta de los denunciados la conducta privada de la víctima, ni el consentimiento inicial y voluntario de la misma, al tratarse de un delito contra la libertad sexual”.

##### **1.4.1. El consentimiento en la legislación comparada**

García Cantizano citada en Salinas (2008a) sostiene que se define la libertad sexual como la facultad de autodeterminarse en el ámbito de sus relaciones sexuales, teniendo como límite dos exigencias indispensables: El conocimiento pleno de la pareja sexual y el alcance de dichas relaciones, para lo cual debe tener suficiente capacidad mental; y debe contarse con, la expresión libre y voluntaria del consentimiento para involucrarse en la relación sexual, teniendo como presupuesto que la persona sea capaz de efectuar la elección libremente.

Mañe (2020) señala que el consentimiento en la relación sexual se posiciona como factor decisivo en la comisión de un delito, traduciéndose en la manifestación mediante la cual se

concretiza la voluntad libre de la persona de sostener una relación sexual, debiéndose respetar las decisiones que el sujeto adopta.

Respecto a la apreciación del consentimiento, y ante la problemática de la prueba del mismo debido al carácter íntimo del ambiente en el cual se desarrolla la relación sexual, han generado dos teorías al respecto, la teoría del “No es no”, y la más reciente nacida a partir del caso mexicano de “La Manada” del “Si es si”. En la primera se presume la existencia del consentimiento hasta que se expresa lo contrario, mientras que, en la segunda teoría, se ha de entender que no existe consentimiento si no se expresa, de esa manera la inexistencia deberá analizarse el contexto y la circunstancia en la cual se desarrollaron los acontecimientos.

### **1.5.El derecho de libertad sexual en la relación conyugal**

A fin de abarcar el tema en cuestión, es importante analizar sus antecedentes, iniciando desde el Proyecto Vidaurre el cual bajo el título de “Violencias hechas a las mujeres” y parafraseando el análisis realizado por Hurtado en Defensoría del Pueblo (2000) estableció postulados en los que detalla determinados injustos sexuales, basando la inquietud acerca de proteger la pureza de la mujer virgen siendo esta justificación de su propia virtud, interpretando la relación conyugal como el supuesto que convierte en lícito lo que fuera de la misma sería considerado un delito, entendiéndose que el Estado mediante el derecho penal no debería entrometerse en la intimidad del matrimonio.

Ante el avance de la sociedad y el desarrollo de los derechos de las mujeres así como su reconocimiento como sujeto de derecho, surge la urgente necesidad de generar espacios en los que la mujer tenga la posibilidad de desarrollarse bajo un marco de igualdad, dejando atrás los estándares y estereotipos que la sociedad había impuesto, que impedía la capacidad de autodeterminación de la misma y el ejercicio de sus libertades, sobre todo en el ámbito sexual.

Es así que en nuestro Código Penal de 1991, se recoge y protege la libertad sexual, señala Salinas (2008b) siendo reconocida por el legislador como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, la norma incluye la violación del cónyuge por parte del otro, en el supuesto en que sea forzada a mantener el acto sexual sin su consentimiento, lo que vulnera la dignidad de la persona ante la coacción y violencia que ejerce la pareja para someter a su consorte, pues si bien el matrimonio brinda facultades a los esposos, no abarca el débito carnal comprendido como yacer con el cónyuge en contra su voluntad, pues al no mediar consentimiento de una de las partes, el acto se torna antijurídico y reprochable.

## **1.6. Los actos sexuales no consentidos en una relación conyugal**

El progreso en la tipificación de los delitos sexuales ha sido constante y favorable, así con el Código Penal de 1991 se reemplazó lo conocido como el “honor sexual” por la “libertad sexual” como bien jurídico amparado por la norma penal. No obstante ello, al momento de examinar la aplicación e interpretación persiste un criterio moralista en detrimento de la víctima, haciendo preguntas relacionadas exclusivamente al pasado sexual o la vida sexual activa de las mismas.

Villanueva en Defensoría del Pueblo (2000) expresa que los agresores suelen afirmar que poseen con la víctima un vínculo sentimental, y en varios casos estas versiones tienen más peso que la propia declaración de la víctima, es así que el agresor a sabiendas que el injusto de violación sexual se sanciona con pena severa, es suficiente con insistir en la existencia de una relación amorosa, o en todo caso escudarse en la existencia de una relación conyugal, para que sea absuelto.

Citando a Peña (2002) la lucha contra toda forma de violencia familiar, entre ellas la violencia sexual, es una política del Estado, estableciendo que para su comisión no es requisito indispensable la violencia tanto física como psicológica, es así que la Ley N° 26260 y su modificatoria N° 27306 en su artículo 2° prescribe: “Se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre: a. Cónyuges(...)”, coadyuvando a un mayor reconocimiento y protección de la libertad sexual dentro de la relación conyugal.

Chávez (2013) manifiesta respecto al tema que la ausencia de denuncias o constataciones por hechos de violencia, tanto física como sexual, que suceden en el interior de una pareja o matrimonio, es preocupante, siendo que las pocas mujeres que toman valor y buscan constatar sus lesiones luego de haber sido agredidas o forzadas en el lecho matrimonial, se enfrentan a la pregunta: “¿Siente que ha vivido violencia sexual de parte de su pareja?”, respondiendo negativamente a pesar que al cuestionarle si ha accedido a mantener una relación sexual a pesar de no desearlo o a fin de eludir algún comportamiento violento o abusivo de su consorte, su contestación es afirmativa.

## **Capítulo II: La Existencia De Una Causal En El Delito De Violación Sexual**

### **2.1. El delito de violación sexual y el consentimiento**

En el Primer informe sobre España de 2020 alegan a un legislador encaminado a fortalecer la definición de violación como el acto sexual realizado sin consentimiento, y que la

erradicación de diferencias de la clasificación de vulneraciones contra la libertad sexual, por su naturaleza ya sea la penetración o un acto sexual distinto, dio pie a modificaciones penales a nivel internacional, lo cual podemos apreciar en la legislación penal de Canadá, cuyo Parlamento en 1983 suprimió el concepto de violación e incorpora 3 clasificaciones que no distinguen a razón de género, incluyendo de esta manera todas las modalidades de actos sexuales sin consentimiento, definiendo este como “el acuerdo voluntario del denunciante de participar en la actividad sexual”, es así que “no se obtiene consentimiento, a estos efectos: d) cuando el denunciante expresa, mediante palabras o acciones, la falta de acuerdo para participar en la actividad; o e) cuando el denunciante, habiendo consentido en participar en una actividad sexual, expresa, mediante palabras o acciones, la falta de acuerdo para seguir participando en la actividad”.

### **2.1.1. Estructura típica del artículo 170°**

El delito de violación sexual es regulado por el artículo 170° del Código penal, el cual establece:

“(…) El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. (...) La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes: 3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales(…)”

### **2.2. El delito de violación sexual en la relación conyugal**

La sentencia de la Segunda Sala Penal de fecha 22 de diciembre del año 1997, en el expediente N° 559/97 establece que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como la facultad que poseen todas las personas a decidir el contenido de su vida sexual, así el

injusto penal no va a depender de factores como su historia pasada o la orientación sexual del sujeto pasivo, y menos de la preexistencia de un vínculo sentimental o de confianza entre la víctima y su agresor.

La Audiencia de Barcelona fue pionera en dictar una sentencia emitida por los Tribunales españoles que admite la conocida “violación conyugal”, estableciendo en sentencia de 15 de diciembre de 1976 que el contrato matrimonial no le da al marido un derecho sobre la mujer, prescribiendo: “No es de importancia que la mujer sea virgen, soltera, casada o viuda(...)”, asimismo en sentencia de fecha 08/02/96 condena por el ilícito de violación al cónyuge bajo los siguientes fundamentos : En primer lugar, la violación sexual dentro de la relación conyugal es factible; asimismo no puede ser justificada bajo un supuesto débito conyugal puesto que contraria de forma grave la libertad y dignidad del cónyuge; por último, no se podrá alegar un error de prohibición en la creencia que el consorte debería acceder a mantener la cópula u otros actos sexuales no deseados.

En una encuesta realizada por European Union Agency for Fundamental Rights (2014) según los resultados de la misma un 31% de las mujeres reportaron haber sido sexualmente ultrajadas por su pareja, indicando haber experimentado actos violatorios en seis en incluso más ocasiones, apreciando así que la violencia sexual es un problema diario para varias mujeres, es por ello que es de carácter urgente que la normativa penal de los países miembros brinde a la mujer casada la misma protección sin hacer distinción de dicha calidad.

La Organización de las Naciones Unidas (2019) manifiesta que aproximadamente la tercera parte de las mujeres sufren violencia física o sexual a manos de sus parejas sentimentales, ello puesto que se asume que la familia es un espacio seguro, cuando sucede lo contrario en cuanto suelen ser espacios en los cuales tanto mujeres como niñas conviven con el miedo y la inseguridad, siendo el lugar en el que es más probable que padezcan abuso y violencia, en la encuesta realizada a nivel internacional, luego de cuestionarles si habían sido obligadas a realizar alguna actividad sexual no deseada, y haber consentido por el temor de lo que le pudieran hacer en caso se negara, a lo cual un 17,8 % de las mujeres declaró haber sufrido violencia sexual por parte de su pareja en dichos conceptos.

### **2.2.1. Antinomia jurídica del Código penal peruano**

De lo expuesto supra, apreciamos que nuestro Código penal reconoce la configuración del delito de violación sexual dentro del matrimonio en el inciso 3 del artículo 170°, sin embargo citando a Arismendiz (2014) analizando el artículo 120° que tipifica el aborto

sentimental, este establece como excepción a la aplicación de lo normado que la concepción se produzca como consecuencia de haber sido violada fuera del matrimonio, incurriendo el legislador en una antinomia jurídica con los diversos delitos de violación sexual directamente contrariando lo dispuesto sobre la violencia sexual en el matrimonio, vulnerando los derechos a la igualdad, derecho a la dignidad personal, y el derecho a la libertad sexual de los cónyuges.

Ello denota que, si bien el legislador penal ha dado un paso en relación a reconocer los derechos sexuales en la relación conyugal y en la protección del cónyuge frente a abusos sexuales, sin embargo aún no se ha dejado atrás la concepción del Código antiguo, siendo necesaria una reforma a fin de uniformizar lo dispuesto en nuestro Código penal, así como su aplicación a nivel jurisprudencial, así como la implementación de prácticas que actualmente aquejan a mujeres en su mayoría y resultan impunes debido a la ausencia de normativa que las sancione.

### **2.3. El abuso sexual**

A nivel internacional se ha optado por regular un supuesto de violación sexual que, a diferencia de nuestro tipo penal tradicional, adopta la comisión de este sin mediar violencia, diferenciando así dos figuras: el abuso y la agresión sexual. Estas figuras son sustancialmente definidas en jurisprudencia española, concretamente en la Sentencia N° 664/2019 de 14 de enero del 2020, estableciendo que en el injusto penal de agresión sexual, la libertad sexual del sujeto pasivo se neutraliza en consecuencia del uso de intimidación o violencia, mientras que el ilícito de abuso sexual implica un vicio en el consentimiento, en ambos el sujeto pasivo es incapaz de negar el realizar la cópula o diferente acto sexual, debido a la posición y la circunstancia en la cual su libertad se encuentra coartada.

Goenaga (1997) explica que el esquema previsto es similar al de las agresiones sexuales, en el sentido de que regula un tipo básico, en el que se define la conducta (que se caracteriza por la ausencia de violencia o intimidación y falta de consentimiento), y una serie de tipos específicos definidos por la conducta realizada, las características de los sujetos pasivos, o la concurrencia de ciertas circunstancias.

Oxman (2015) respecto al tema considera que debe incluirse a los denominados abusos sexuales por sorpresa por cuanto se trata de acciones que restan toda capacidad de respuesta física y de previsión de medios de oposición además de ser ejecutadas en total ausencia de consentimiento, es decir se trata de estados situacionales de incapacidad física de oposición, cuya tipicidad queda determinada por la ausencia de consentimiento como fundamento para el análisis de todas las modalidades de comisión de los delitos de violación y abusos sexuales,

como en el supuesto que durante un examen ginecológico accede carnalmente “por sorpresa” a una mujer que no pudo verle por estar tumbada sobre una camilla en posición para la práctica de un examen vaginal, detrás de una manta quirúrgica que los separaba.

Trujillo (2020) agrega que la sorpresa es una especie de engaño que consiste en “sorprender” el consentimiento de la víctima, así esta habrá otorgado su consentimiento, sin embargo, este no habrá sido otorgado “con conocimiento de causa”, al no tener conocimiento pleno de los actos sexuales.

### **2.3.1. Indicadores de prueba**

En primer lugar, se debe tener en cuenta la sindicación de la víctima que constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, el Acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116 establece que esta debe ser cumplir con ciertas garantías de certeza a fin de ser materia probatoria siempre que cumpla con los criterios de verosimilitud, persistencia y ausencia de incredibilidad subjetiva.

Asimismo, el Acuerdo plenario N° 1-2011/CJ-116 establece pautas respecto a la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, respecto al juez quien deberá atender las particularidades de cada caso a fin de establecer la relevancia de la prueba aunada a consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, debido a la naturaleza del delito suele presentar una profunda afectación en la psiquis y la integridad corporal; así por ejemplo se tendrá en cuenta el certificado médico legal practicado al agraviado, sin embargo no es suficiente con que el examen médico arroje indicadores físicos específicos como lesiones paragenitales, por otro lado se ha de acudir a otros medios de corroboración.

Tal es el caso de la pericia psicológica, misma que brindará indicadores psicológicos, citando a García (2022) el peritaje psicológico es un documento de carácter científico que refleja sus opiniones profesionales al llegar a conclusiones sobre los hechos evaluados, se valora como una evidencia esencial en varios procedimientos legales. Esto se debe a que su propósito principal es identificar posibles alteraciones psicológicas o cualquier cambio actual en la persona afectada, así como describir rasgos de personalidad o características de comportamiento del acusado. De esta manera, el perito proporciona información, asesoramiento y conocimientos al juez.

Asimismo el acuerdo anteriormente citado establece que también se debe recurrir a otros medios probatorios que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación, como la pericia genética o biológica forense, Hernández et al. (2023) señala que la genética forense es un conjunto de conocimientos de genética necesarios para resolver ciertos problemas

jurídicos, debido a que el semen es uno de los fluidos biológicos más comúnmente encontrados en la escena o el lugar de los hechos, citando a Gonzales (2022) constituye una prueba que establece la conexión entre la víctima y el agresor sexual, desempeñando un papel auxiliar en el sistema judicial al corroborar la comisión del delito. Este material probatorio implica la revisión de vestigios biológicos de relevancia criminal, como las manchas de semen y la presencia de espermatozoides, permitiendo la identificación de un posible agresor específico. Según Bouvet (2017), es crucial investigar la evidencia, tomar muestras del material biológico y documentar cualquier presunto contacto sexual o físico para respaldar la narrativa de la víctima y del supuesto agresor. Esta evaluación médico-legal ofrece pruebas de la agresión con el objetivo de facilitar la identificación, enjuiciamiento, condena y castigo de los responsables.

Por último, también se debe tomar en cuenta un estudio al lenguaje kinestésico que brindará mayor convicción respecto a la indefensión de la víctima durante la relación sexual debido a la posición corporal, así Zorroza (2021) explica que este lenguaje incluye gestos, movimientos corporales y postura, es una ciencia que estudia el movimiento de nuestro cuerpo y la sensación que tenemos para saber la posición en la que nos encontramos, es una forma de comunicación no verbal que se basa en el uso de señales y gestos para expresar mensajes, es fundamental en la vida diaria, ya que nos ayuda a interpretar y comprender mejor las interacciones humanas.

La publicación web titulada “Lenguaje kinésico” redactada por Etecé (2015) añade que cuando una persona ha sido víctima de abuso sexual, puede experimentar una amplia gama de emociones y traumas que a veces pueden ser difíciles de expresar verbalmente. En estos casos, su lenguaje kinestésico puede incluir gestos, posturas corporales, llanto, temblores, o cualquier otra forma de comunicación no verbal que refleje su angustia, ansiedad o dolor.

#### **2.4. Tipos penales abiertos**

El tipo penal abierto o en blanco son aquellas leyes que se encuentran incompletas, así Delgado (2020) argumenta que las leyes penales en blanco son regulaciones normativas en las cuales se establece la situación que configura el tipo penal, pero carecen de disposiciones o están incompletas. Por consiguiente, es necesario hacer referencia a otra ley, a menudo de menor rango, para que pueda esclarecer y complementar la situación fáctica que la ley penal no logró definir de manera clara en su momento. Este proceso es esencial para lograr una comprensión completa de la ley, otorgándole sentido y permitiendo su interpretación adecuada. En este sentido, la aplicación de la ley es apropiada si cumple con este requisito; de lo contrario, se podría violar directamente el principio de legalidad.

La Sentencia de Casación N°1126-2017-Arequipa establece una distinción entre las leyes penales propias, que requieren remitirse a normas de menor jerarquía para desarrollar la situación fáctica de la norma penal a la que hacen referencia, y las leyes penales impropias, que, dentro del Código Penal, detallan la situación fáctica que necesita ser complementada y aplicada. En una perspectiva similar, Hugo en Delgado (2020) señala la importancia de la taxatividad para precisar las conductas aparentemente prohibidas en los preceptos penales. Esto implica que el tipo penal abierto debe incorporar términos descriptivos lo más precisos posible, es decir, la norma a la que se hace referencia debe definir claramente la conducta punible, asegurando así la delimitación de las conductas prohibidas.

### **III. Materiales y métodos**

#### **Paradigma**

En la presente investigación se utilizará el paradigma interpretativo, ello puesto que tomaremos una perspectiva o modo de concebir la realidad, para lograr así la interpretación y comprensión, mediante una reflexión desde la praxis, elaborando significados e interpretaciones, comprendiendo los procesos desde un carácter subjetivo, es decir desde los propios valores, reflexiones y creencias.

El objetivo de la presente investigación es la construcción de teorías prácticas, mediante el uso de datos cualitativos, así la admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de una relación conyugal como causal del delito de violación sexual será el problema a desarrollar, describiendo contextualmente las situaciones en las cuales se observa dicho problema, profundizando en la investigación, y planteando así propuestas desde la contextualización pero también desde una globalidad, al hacer uso de la legislación comparada, recopilando los datos necesarios para adecuarlos a nuestro ordenamiento.

#### **Tipo de Investigación**

El proyecto de investigación que realizaremos, por el aporte es una investigación Teórica–Básica. Así como en el proceso de investigación documental dispone, principalmente, de documentos que vienen a ser el resultado de investigaciones existentes, representa así la base teórica del objeto de la investigación, construyendo este desde el análisis, interpretación y reflexión de estos. Así, se busca un descubrimiento de principios básicos o teorías que apoyaran a la solución de problemas sociales, incrementando el conocimiento en el ámbito jurídico, en el presente caso relacionado a la materia penal y los delitos contra la libertad sexual, cuya finalidad es profundizar y ampliar los conocimientos sobre los actos sexuales no consentidos en la relación conyugal, y su admisión como causal del delito de violación sexual, proponiendo

una técnica legislativa aplicable a un tipo penal ya existente.

### **Técnicas e instrumentos**

- Técnicas: Análisis de documentos

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, buscando reconocer la naturaleza del objeto del presente estudio, realizando un análisis de datos desde la descomposición de la información, con el fin de descubrir y explicar las características principales y la esencia del hecho o problema, siendo posible ello mediante el análisis documental, es decir analizando y evaluando la información y datos obtenidos mediante los documentos.

- Instrumentos: Ficha del Estado del Arte y Ficha de análisis de contenido

Mediante el uso de la Ficha del Estado del Arte se logró organizar las fuentes y bibliografía usada, concluyendo así el aporte y los datos utilizados de cada una, realizando asimismo un resumen simplificando el uso de las fuentes, pudiendo establecer además una opinión o postura sobre la información de estas.

Asimismo, se usó la ficha de análisis de contenido precisamente para el análisis de los documentos y para determinar los fundamentos y posturas en la jurisprudencia y doctrina, tanto extranjera como nacional.

### **IV. Resultados y discusión**

En el presente capítulo se aborda el desarrollo de la admisión de los actos sexuales no consentidos en el contexto de una relación conyugal, bajo el análisis de la doctrina tanto nacional como extranjera, en su configuración y coadyuvando al énfasis en el consentimiento y su relevancia. Por otro lado, se contempla la existencia de una causal en el delito de violación sexual, para ello se interpretarán las ideas centrales de los antecedentes de estudio a fin de argumentar la posición central del presente trabajo. Por último, se desarrolla la propuesta de técnica legislativa para la admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de la relación conyugal como causal del delito de violación sexual.

#### **4.1. Admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de la relación conyugal**

El derecho a la libertad sexual en la relación conyugal es actualmente un hecho y posee reconocimiento en mayor parte de la legislación nacional, no obstante, ante el avance de la sociedad actual se han popularizado diversas prácticas sexuales, surgiendo nuevas problemáticas recientemente cuestionadas, como por ejemplo respecto a prácticas como el “stealththing”, el acto contra natura, las prácticas sadistas y, por último, la violación inversa. El

desarrollo del presente objetivo de investigación se orienta al análisis de los actos sexuales no consentidos dentro del contexto conyugal, sus modalidades y el vacío legal que la ausencia de regulación ocasiona, con el fin de contribuir a una comprensión más completa y una discusión informada sobre esta cuestión crítica.

#### **4.1.1. La omisión de la técnica legislativa en el acto sexual no consentido**

La valoración del consentimiento del cónyuge está directamente ligada al reconocimiento del derecho a la libertad sexual del mismo, pues el confirmar y aceptar que un cónyuge puede imponerse sobre la voluntad del otro y obligarlo a sostener relaciones sexuales sin su consentimiento, Mosquera (2018), investigación considerada como antecedente de estudio, explica que ello implica excluir como sujeto del derecho alegado por el mero hecho de haber contraído matrimonio; así luego de un recuento a la evolución en la tipificación de la libertad sexual, es de data reciente la inclusión del cónyuge como sujeto pasivo del delito de violación sexual cuando el sujeto activo es en efecto, su consorte.

Si bien el derecho a la libertad sexual del cónyuge es reconocido en la doctrina y normativa nacional, este reconocimiento es reciente en términos legislativos, lo cual se puede apreciar en el tenor del inciso 1 del artículo 120° de nuestro Código Penal, al no admitir el aborto sentimental dentro del régimen matrimonial, se excluye a la mujer casada de la protección de la norma en el supuesto de ser vulnerada sexualmente por su cónyuge, por tanto, remitiéndonos al análisis del magister Arismendiz (2013) se aprecian incongruencias plasmadas por el mismo legislador, dejando en evidencia un incipiente avance en el ámbito de la libertad sexual.

Luego de un análisis al artículo 170° de nuestro Código Penal, se ha advertido una omisión de regulación en la norma, por cuanto el ilícito de violación sexual es definido en base a la existencia de violencia, encontrándose expresamente tipificadas la violencia tanto física, psicológica o por coacción, evidenciando que la legislación no regula la violación en base a una ausencia de consentimiento, a diferencia de legislación extranjera como de Argentina en su artículo 119°, asimismo Alemania en el artículo 177° de su Código Penal, entre países otros países europeos como Suecia e Irlanda.

Debido a ello, en el ámbito procesal al calificar la denuncia el fiscal debe exigir que se demuestre que haya mediado violencia en el ataque, ello en atención a los elementos exigidos para la configuración del tipo penal, puesto que el alegar que la relación sexual ha sido consumada sin el consentimiento de una de las partes, y existiendo una relación previa entre agresor y víctima puesto que nuestros magistrados no realizan una adecuada calificación jurídica del delito en cuestión, no otorgándole la importancia necesaria en la imputación, debido

a la relación entre la víctima y el agresor, tal como menciona Machado (2022), por tanto no da mérito a la continuación de la investigación preparatoria, debiendo archivar la denuncia.

Así, se hace énfasis en la exigencia a la víctima de probar que ha sido forzada de manera violenta, y no en determinar si la participación en determinado acto sexual fue mediando consentimiento de ambas partes. En la misma línea, es aún mayor la problemática cuando la víctima brindó su consentimiento al inicio de la relación sexual, lo cual bajo el análisis del artículo 170°, estaríamos ante una conducta lícita y permitida aun cuando la víctima consintió mantener relaciones sexuales limitadas al coito o bajo condiciones comunicadas a la otra persona, se vulnera esta premisa, ante actos cometidos sin su conocimiento, ergo, sin consentimiento.

En nuestra normativa nacional, la Constitución en el artículo 1° se protege la persona humana y su dignidad como fin supremo del Estado; asimismo en el artículo 2° inciso 1 se reconoce el derecho a la integridad psíquica y física de la persona. Por otra parte, y derivado de lo mencionado, en nuestro Código Penal apreciamos que se regula el derecho a la libertad sexual al estipularlo como bien jurídico protegido en el Título IV Capítulo IX, establecido como nomen iuris del mismo, y en su artículo 170° en su reciente modificación se integró como sujeto pasivo al cónyuge, reconociendo así la libertad sexual dentro del matrimonio.

#### **4.1.2. Modalidades de los actos sexuales no consentidos**

Se analizaron un total de cuatro modalidades de actos sexuales no consentidos, es decir de aquellos actos que de no contar con el consentimiento de la otra parte antes y durante de la relación sexual, vulneran la libertad sexual de la otra parte. Enumeramos en primer lugar la sodomía o acto contra natura, siguiendo con las prácticas sadistas, posteriormente la violación inversa, y, por último, la práctica del “stealthing”.

En primer lugar, respecto al acto contra natura también conocido como sodomía, el artículo 170° del código penal amplió como ámbito de protección a la cavidad anal por ser susceptible a configurar el delito de violación sexual, mediante la introducción de partes del cuerpo o de objetos que cumplan una función análoga, sin embargo este no es un órgano con función sexual al no ser biológicamente adecuada para ser utilizada como tal, por ello al practicar el acto contra natura se tienen como consecuencias las lesiones como fisuras en el área, cuya gravedad se encuentra en relación al cuidado en su práctica, mismas lesiones que se evidencian mediante un certificado médico legal a la víctima.

Al variar el acto sexual natural al sexo anal de manera sorpresiva, inflige al sujeto pasivo lesiones que pueden resultar graves a su integridad física, por ello y teniendo en cuenta que el

consentimiento se encuentra en relación de dependencia al tipo de práctica sexual a realizar, y que el acto contra natura permite advertir el cambio de la cópula natural a la sodomía, concordamos con Pérez (2016) en lo referido a que, para realizarlo, se ha de confirmar siempre el consentimiento.

Las prácticas sadistas se originan a partir de una parafilia sexual, en la cual se sexualiza y erotiza el dolor ajeno, encontrando placer en el sufrimiento de la pareja sexual, mediante actos que generan una afectación física al sujeto pasivo, por ejemplo mediante agresiones como golpes o uso de diferentes objetos para infligir dolor, también y siendo la práctica más conocida, el estrangulamiento o asfixia de la pareja, todo ello en el supuesto de una relación sexual iniciada con consentimiento, para luego en el trayecto ser sorprendido con dichas prácticas no deseadas por el sujeto pasivo; lo que atenta contra la integridad física de la persona y vulnera gravemente la libertad sexual, socavando incluso de manera directa en la dignidad de la persona ante la situación denigrante en la cual es puesta.

Por otra parte, la violación inversa se definió como el supuesto en el cual una mujer actúa como sujeto activo en el injusto penal de violación sexual, ello mediante la acción de ejecutar la cópula con el ingreso del miembro viril en su cavidad vaginal, ello sin mediar el consentimiento del hombre, consumando el acto a pesar de no ser deseado por la otra parte, logrando el varón la penetración habiendo sido forzado a ello, lo cual a opinión de Barreno (2023) si esta se consuma debe de tener los mismos elementos configurativos que el delito de violación.

En la sociedad actual, debido a las concepciones machistas aún latente, los hombres que han sufrido el acto sin su conocimiento, esconden o niegan haber sido violentados, pues caso contrario sería juzgado como poco viril a consecuencia de los roles de género, bajo los cuales es impensable considerar al hombre como víctima de violación por parte de una mujer, siendo aceptado como sujeto pasivo del ilícito únicamente cuando el sujeto activo es otro hombre. Este acto se tomó en cuenta por cuanto se apreció que existe una deficiencia en su regulación, así como escaso pronunciamiento y desarrollo doctrinal, lo cual vulnera derechos fundamentales y discrimina al sexo masculino sin fundamento alguno.

El “stealththing” se definió como el retiro sigiloso y no consensuado, del preservativo durante una relación sexual inicialmente consentida, esta modalidad implica la ausencia de conocimiento de una de las partes sobre el retiro del profiláctico, a pesar de haberse establecido como condición para consentir el acto sexual, contando con esa garantía como protección ante un embarazo no deseado o de adquirir una enfermedad de transmisión sexual, ambas consecuencias representando una afectación física, y en el caso de la segunda pudiendo atentar

incluso contra la vida de la persona, en el presente trabajo se ha desarrollado alrededor de la libertad sexual de la persona como el bien jurídico protegido, sin embargo ha de tenerse presente el concurso con el ilícito de lesiones dolosas eventual a la persona.

Estas prácticas deben ser objeto de análisis debido a la lesividad que implican estas conductas, expresa Gili (2021), requiriendo ser definidas para su posterior tipificación. Proponen por otra parte respecto al *stealthing*, Asensios y Sal y Rosas (2023), que debe ser considerada como una agresión sexual, y debido a que nuestro Código Penal únicamente tipifica la violación sexual, existe un vacío legal. Sin embargo, en contraste del segundo autor señalado, el *stealthing* y las demás modalidades que se desarrollaron, calzan en el tipo penal del abuso sexual, no obstante, se concuerda en el hecho que existe un vacío legal en la legislación nacional y una necesidad de reconocimiento y tipificación.

Por lo expuesto, se desprende la importancia de subsanar la omisión del legislador, bajo consecuencia de perpetuar un vacío legal que vulnera bienes jurídicos protegidos, las conductas señaladas ocasionan un perjuicio ya que dejan en estado de desprotección a la víctima que ha sufrido un acto sexual no consentido, no solo en su integridad emocional, en su dignidad y vulnerando su derecho a la libertad sexual, en incluso a su integridad física.

## **4.2.Existencia de una causal en el delito de violación sexual**

En el desglose del presente capítulo se argumentará el por qué los actos sexuales no consentidos descritos anteriormente deben ser tipificados como una causal en el delito de violación sexual.

### **4.2.1. Los actos sexuales no consentidos como causal del delito de violación sexual**

Se ha desarrollado en los párrafos anteriores la vulneración a la libertad sexual de la persona ante un atropello en su aspecto negativo, es decir en su potestad no verse involucrada en cualquier tipo de acto de índole sexual que sea contrario a su voluntad, así como la omisión que se aprecia en nuestra normativa penal a tipificar y sancionar dicho comportamiento.

Los actos sexuales no consentidos mencionados tienen una característica marcada que comparten entre sí, y es la situación de desprotección en la cual se encuentra la víctima, debido a las circunstancias durante la relación sexual al encontrarse la víctima en posición decúbiteo ventral o genupectoral lo cual impide su visión completa permaneciendo así en un estado de indefensión; además en base a la confianza y a un consentimiento mutuo inicial, al no tener conocimiento sobre la intención de la pareja de sobrepasar y transgredir lo inicialmente pactado

respecto al contenido del acto sexual que se ha tenido por determinante para brindar un válido consentimiento; no se valen de algún tipo de violencia sobre la persona, sino del elemento sorpresivo aprovechando la ausencia de conocimiento, es por ello que configura un abuso sexual.

La categoría del abuso sexual ha sido normada en naciones como Argentina y España, definiéndose como actos de naturaleza sexual que carecen de violencia, coacción o intimidación, pero se realizan sin el consentimiento de la persona. En este contexto, el consentimiento se considera inválido, llevando a la víctima a sufrir actos sexuales no deseados. La clasificación de este tipo de delito se basa en el grado de afectación de la libertad sexual, ya que la víctima no tiene la oportunidad de expresar su voluntad, y la relevancia del consentimiento no alcanza la gravedad ni la intensidad requeridas para ser considerado un ilícito de agresión sexual.

Así, la causal en la que el acto sexual se produce por sorpresa debe incluirse en la norma como elemento impeditivo del consentimiento, puesto que para ser válido conforme señala Canta (2022), el consentimiento debe ser libre pero también informado, debiendo existir una vinculación causal entre el vicio en el consentimiento y el contacto sexual alcanzado, que no se habría alcanzado si no mediara el elemento de sorpresa, debiendo la conducta estar dirigida por el sujeto activo a alcanzar el fin ilícito propuesto del acto sexual de modo que, aprovechando la ausencia de voluntad y de resistencia por la víctima esté conectada, de medio a fin, con el acto de contenido.

En el supuesto que no se verifique actos de violencia sobre la víctima y la resistencia de la misma, se configurará el tipo penal siempre que se acredite la falta de consentimiento y la comisión del autor del acto sexual. Sin embargo, en la realidad, demostrar la falta de consentimiento suele representar un desafío cuando no hay pruebas directas de abuso, como signos de violencia o testigos. Por este motivo, es necesario examinar todos los hechos y circunstancias disponibles, siendo la declaración inicial de la víctima un punto de partida, cuya sindicación de acuerdo al Acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116 debe ser cumplir con los criterios de verosimilitud, persistencia y ausencia de incredibilidad subjetiva, sin embargo también debemos contar con actividad probatoria que sea pertinente y útil, que aporten datos objetivos y permitan una mínima corroboración periférica con información de otra procedencia.

Es así que contamos con la pericia médico legal, la cual contribuirá de manera indiciaria al arrojar como resultados, en el caso del acto contranatura los signos de haber sufrido dicha modalidad recientemente, y en el caso de las prácticas sadistas, las tumefacciones o lesiones varias que evidencian la violencia infligida en la víctima. Sin embargo, la valoración de dicha

prueba por sí misma no es prueba fehaciente de la ausencia de consentimiento para el acto, debido a que, por la naturaleza de los mismos, sean voluntarios o no, van a ocasionar lesiones en el agente pasivo.

Por ello, y en aras al principio de idoneidad, en relación a los medios o las circunstancias aprovechadas por el agresor para conseguir el consentimiento viciado de la víctima, se deberá acudir a otros medios de corroboración, como: a) la pericia psicológica a la víctima, mediante la cual García (2022) señala que se determinará la afectación psíquica y emocional, denotando las consecuencias del acto de abuso sexual, conforme al Acuerdo Plenario N° 04-2015/CJ-116 en sus fundamentos treinta y dos y treinta y tres mismo que señala que el delito de violación sexual genera una afectación psicológica en la víctima, b) la pericia genética o biológica forense, realizada sobre los fluidos o presencia de espermatozoides hallados en la persona agraviada, así como su respectivo examen de ADN, c) y la pericia psicológica forense practicada al imputado, que citando a Romani (2022) dará a conocer el perfil psicológico y psicosexual, características de su personalidad así como los trastornos y conflictos psicosexuales que posea relacionados al abuso sexual señala Tamara (s.f) como actitudes sexistas o cogniciones sexuales y fantasías desviadas.

De acuerdo con el Recurso de Nulidad N°240-2018 del 08/12/2018, se destaca que el propósito de una pericia no se limita únicamente a proporcionar la opinión de un experto sobre hechos directamente observados, respaldada por pruebas científicas externas. También abarca la evaluación de hechos no percibidos directamente de la fuente, aportando conocimientos sobre el objeto de la pericia o el procedimiento utilizado. Estos conocimientos contribuyen a confirmar o refutar las conclusiones que están sujetas a valoración. No obstante, es importante señalar que, en última instancia, será la declaración de la víctima la que guiará la dirección de la actividad probatoria.

Nuestra legislación no regula el abuso sexual, únicamente el delito de violación sexual, el cual tiene como exigencia la violencia o grave amenaza sobre el sujeto pasivo, siendo requisito sine qua non el acreditar fehacientemente la violencia ejercida sobre la víctima; no obstante ello en el Acuerdo Plenario N°1-2011/CJ-116 hace referencia al abuso sexual, señalando que “lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario y no consentido”.

Ante dicha realidad se buscó suplir el vacío mediante la causal plasmada en el artículo 171° de “imposibilidad de resistir” se intentó cubrir dicho vacío, sin embargo, esta se refiere más a un contexto físico, es decir cuando la víctima por las características del caso no podía defenderse ni evitar la acción, no logrando abarcar el elemento de sorpresa, el cual abarca además una incapacidad psicológica y circunstancial para oponerse al abuso sexual.

Posteriormente el artículo 170° fue modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 30838 agregando al primer párrafo del texto normativo el “aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”, haciendo una floja referencia que el delito no limita únicamente a que la acción punible se realice únicamente en contexto de violencia o amenaza, mostrando indicios de una adopción del abuso sexual.

Al analizar su estructura nos percatamos que es un tipo penal en blanco propio, ello en concordancia con la Casación N° 1126-2017 Arequipa, debiendo recurrir a normas extrapenales de menor jerarquía a fin de definir su ámbito de aplicación, sin embargo, en este caso el reenvío será negativo, debido a que no existe un complemento normativo en nuestra legislación, concurriendo a las reglas de los tipos penales abiertos, debe existir necesariamente la remisión a una normativa expresa. Citando a Delgado (2020) es crucial tener una clara identificación de la norma a la cual se va a remitir, debiendo estar definida de manera precisa para prevenir la violación del principio fundamental de legalidad y garantizar la seguridad jurídica. Por esta razón, se observa que el tipo penal no satisface los requisitos necesarios para su aplicación adecuada, subrayando la necesidad de incorporar de manera explícita la figura del abuso sexual.

Actualmente el artículo 170° es un tipo penal abierto que hace alusión al abuso sexual, al tipificar como causal la violación sexual : “cualquier entorno que impida a la persona brindar su libre consentimiento”; sin embargo es un tipo penal abierto que, al no poder remitir a alguna norma extrapenal que coadyuve al desarrollo del mismo, no es aplicable por los magistrados y fiscales nacionales, manifestándose ello en la ausencia de jurisprudencia de la aplicación de este supuesto, la legalización de la categoría jurídica del abuso sexual de manera expresa en nuestro Código Penal permitirá que, por el principio de taxatividad, el Ministerio Público como el Poder judicial tomen en cuenta la postura de la exigencia del consentimiento al inicio y durante la relación sexual incluso en el contexto del matrimonio.

Teniendo en cuenta que la libertad sexual comprende el aceptar y elegir en qué clase de acto sexual se va a involucrar y ante la relación estrecha del consentimiento en la relación conyugal con el derecho a la libertad sexual, al desestimar el primero se incurriría en una vulneración a un derecho constitucionalmente reconocido, por ello se argumenta que existe una conducta típica que atenta contra el bien jurídico libertad sexual, debiendo ser sussumida en el delito de violación sexual, caso contrario se estaría negando la protección jurídica al cónyuge en el supuesto que sea forzado a mantener un acto sexual intolerable sin su consentimiento, vulnerando además la dignidad de la persona.

### **4.3.La admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de una relación conyugal como causal del delito de violación sexual**

En aras a lo a lo dispuesto por el Artículo 2° inciso 24, el cual propugna el principio de legalidad, pues a fin de procesar a un sujeto por una conducta ilícita, esta debe ser previamente calificada en la ley, ello como garantía jurídico político de libertad de toda persona, por el que se proscribe toda forma de arbitrariedad del Estado en contra de las personas, las conductas deben ser debidamente tipificadas.

Es por ello que concluimos luego de analizar la admisión de los actos sexuales no consentidos en la relación conyugal, en efecto, existe una causal en el delito de violación sexual debiendo encuadrar dicha conducta en la figura del abuso sexual, misma que no se encuentra regulada en nuestra legislación penal actual, por tanto es necesario incorporar en el Código Penal peruano el abuso sexual como una causal de manera taxativa, incluyendo la figura del abuso sexual de manera taxativa, siendo la única vía de cumplir dicho objetivo, mediante la siguiente propuesta legislativa:

#### **PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA INCLUSIÓN DEL TIPO PENAL DE ABUSO SEXUAL EN EL ARTÍCULO 170° DEL CÓDIGO PENAL**

##### **Artículo 1°.** Modificase

Agréguese como segundo párrafo del artículo 170° del Código Penal Peruano

*Artículo 170°.* -

*“(...) El que, mediante actos encubiertos, abusare sexualmente por vía vaginal, anal o bucal, realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, o cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.*

Se propone la inclusión de la figura de abuso sexual de manera taxativa como solución a la problemática materia de estudio, siendo el aporte del presente trabajo de investigación la elaboración de un proyecto de ley ubicado en el apéndice primero del artículo, exponiendo como fundamentos que:

a) En el derecho comparado se encuentran diversas normativas que detallan claramente la figura del abuso sexual. Dados los antecedentes que respaldan nuestra sugerencia legislativa, resulta imperativo incluir de manera explícita la definición de la figura del abuso sexual, debido al fenómeno que ataca la realidad peruana, con altos índices de violencia sexual guiada fuertemente por concepciones machistas que brindan al hombre la todopoderosidad en la

relación sexual y a la mujer como mero objeto de satisfacción erótica, así como las nuevas modalidades sexuales no contempladas por el legislador, presionan por modificar y actualizar nuestra normativa penal referente a los delitos contra la libertad sexual.

b) Actualmente el artículo 170° es un tipo penal abierto que hace alusión al abuso sexual, al tipificar como causal de violación sexual “cualquier entorno que impida a la persona brindar su libre consentimiento”, sin embargo es un tipo penal abierto que, al no poder remitir a alguna norma extrapenal que coadyuve al desarrollo del mismo, no es aplicable por los magistrados y fiscales nacionales, manifestándose ello en la ausencia de jurisprudencia de la aplicación de este supuesto, la legalización de la categoría jurídica del abuso sexual de manera expresa en nuestro Código Penal permitirá que, por el principio de taxatividad, el Ministerio Público y el Poder judicial tomen en cuenta la postura de la exigencia del consentimiento al inicio y durante la relación sexual incluso en el contexto del matrimonio.

### **Conclusiones**

1. Se analizó la admisión de actos sexuales no consentidos en la relación conyugal, y confirmamos que prácticas como el stealthing, la sodomía y el sadismo, sin el consentimiento del cónyuge, afectan directamente su libertad sexual, integridad emocional, dignidad e incluso su integridad física, por ello concluimos que es factible la admisión de estos en una relación conyugal, asimismo que la realidad planteada se ve afectada por una antinomia legislativa que se aprecia en el artículo 120° del Código Penal la cual perpetúa la discriminación y un vacío legal con graves implicaciones para los bienes jurídicos protegidos señalados.
2. Se verificó que existe una causal en el delito de violación sexual, encuadrada en el abuso sexual, argumentándose que es necesario incorporar en el Código Penal peruano la figura mencionada como una causal de manera taxativa, a fin de ser aplicable por los agentes vinculados a la administración de justicia.
3. Se desarrolló el análisis de las técnicas legislativas, advirtiéndose un defecto legislativo que no podría ser incursionado en la cláusula abierta del artículo 170°, por tanto, la problemática amerita una propuesta de reforma legislativa a fin de proporcionar claridad y eficacia en el tratamiento de las nuevas modalidades sexuales planteadas que no han sido contempladas por el legislador.

## Recomendaciones

1. Se incita mediante el presente trabajo de investigación que sirva de antecedente a futuros investigadores respecto al análisis de los actos sexuales no consentidos señalados tales como el stealthing, el acto contra natura, las prácticas sadistas y otros que pudieran identificarse en su momento. Asimismo, se recomienda y recalca la necesaria eliminación, que se realizará mediante una modificación legislativa, del término descriptivo 'fuera del matrimonio' contenido en el primer inciso del artículo 120° del Código Penal, se justifica al considerarse incompatible con el sistema jurídico penal y una afectación directa a la libertad sexual de los cónyuges.
2. Recomiendo que el artículo 170° registre expresamente, una nueva modalidad de abuso sexual según se presenta en la propuesta legislativa, en aras al respeto de la gramática legislativa, por lo tanto, los operadores llamados por ley, es decir, los congresistas, los colegios de abogados o los colegios profesionales, deberán presentar un proyecto ley o la moción respectiva con tal fin.
3. Se sugiere incorporar en el artículo 170° la modalidad de abuso sexual, por ello se postula a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso Peruano se modifique el artículo 170° del Código Penal peruano, donde se incluya como causal del delito de violación sexual la figura del abuso sexual, pues la sanción penal tiene una función preventiva de nuevos hechos punibles, en base a la función de la pena, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código, respetándose el principio de legalidad.

## Referencias

- Arismendiz, E. (2013) El delito de aborto por violación sexual entre cónyuges. Universidad Pedro Ruiz Gallo. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7535>
- Asensios, E. y Sal y Rosas, M. (2023) Moda stealthing en una relación sexual consentida y la vulneración del derecho a la libertad sexual. Huaraz. 2021. Universidad César Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/112086>
- Barreno, M. (2023) La violación inversa en el Ecuador y sus vacíos legales en torno al sujeto activo: Análisis del caso “La Mechita”. Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/9324/1/T4082-MDPE-Barreno-La%20violacion.pdf>
- Bouvet, B., Pavesi, A., Paparella, C. y Ombrella, A.(2017) Identificación de espermatozoides humanos en muestras contaminadas por levaduras. CienciaUAT Vol.12 N°.1

- [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-78582017000200023](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-78582017000200023)
- Brodsky, A. (2017) "Rape-Adjacent": Imagining legal responses to nonconsensual condom removal. *Columbia Journal of Gender and Law* Brodsky, Vol. 32, No. 2, 2017. Recuperado de: <http://bit.ly/3slRoeg>
- Buompadre, J. (2000) *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial*. Editorial Astrea.
- Canta, A. (2022) El consentimiento en los delitos de violación sexual: Especial mención a la problemática Stealthing. *Univeristat Pompeu Fabra*. <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/53903/TFGDRET22CANTAConsen.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Caro Coria, D. C. (1999) Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *IUS ET VERITAS*, 9(19), 250-269. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15871>
- Castillo, J. (2001) *La violación sexual en el derecho penal peruano*. Jurista Editores.
- Chavez (2013) *Violencia Sexual En La Pareja Como Práctica De Violencia De Género: Experiencias de Mujeres a través de Relatos de Vida En Estación Central*. Código penal de Islandia. Recuperado de: <https://www.government.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=dd8240cc-c8d5-11e9-9449-005056bc530c>
- Convenio de Estambul. Recuperado de: <https://rm.coe.int/1680462543>
- Cowan, S. (2013) *The Pain of Pleasure: Consent and the Criminalisation of Sado-Masochistic "Assaults"*. Universidad de Edimburgo, Edimburgo.
- Criminal Code, RSC 1985, c C-46. Recuperado de: <https://canlii.ca/t/561kc> retrieved on 2023-07-08
- Da Silva, A., García-Manso, A., & Sousa, G. (2019). Una revisión histórica de las violencias contra mujeres. *Revista Direito e Práxis*, 10(1), 170-197. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/30258>
- Defensoría del Pueblo (2000) *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo, Lima.
- Delgado, A.(2020) *Las leyes penales en blanco y la vulneración al principio de legalidad y la seguridad jurídica*. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. [https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2862/1/TL\\_DelgadoVasquezAnthony.pdf](https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2862/1/TL_DelgadoVasquezAnthony.pdf)
- Espinoza, E. (1974) *Los delitos sexuales en el Código Penal peruano*. Editorial Boliviana.

- FRA (2014) Encuesta sobre la violencia sexual hacia la mujer. Recuperado de: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf)
- García, L. (2022) El peritaje psicológico y las sentencias condenatorias de violación sexual en menores en el distrito judicial de Cañete 2019-2021. Universidad Norbert Wiener. [https://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13053/7663/T061\\_09747979\\_M.pdf?sequence=1](https://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13053/7663/T061_09747979_M.pdf?sequence=1)
- García, M. y Bramont-Arias, L. (1997) Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Editorial San Marcos.
- Gigli Pascual, A. (2021) Stealthing: sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual. Cuadernos de política criminal número 135, III, Época II, diciembre 2021, pp. 85-134, ISSN: 0210-4059. Recuperado de: [https://app-vlex-com.usat.lookproxy.com/#/search/jurisdiction::PE+inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1/stealthing/vid/stealthing-objeto-consentimiento-delito-881077786](https://app-vlex-com.usat.lookproxy.com/#/search/jurisdiction::PE+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1/stealthing/vid/stealthing-objeto-consentimiento-delito-881077786)
- Goenaga, R. (1997) Delitos contra la libertad sexual. Eguzkilo, Número Extraordinario 10°. Recuperado de: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174305/05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf>
- Gonzales, L. (2022) Identificación de vestigios de semen en casos de delitos sexuales y su importancia en la investigación forense en Panamá. Catedra Revistas de Derecho y Ciencias Forenses. <http://portal.amelica.org/ameli/journal/325/3253232002/>
- Hernández, C., Moreno, J., Olarte, M., Meza, E. y Flores, N. (2023) Importancia de la correcta manipulación de indicios biológicos para la genética forense. Universidad Autónoma de Zacatecas, Enfermería, Innovación y Ciencia, Vol. 5 Núm. 1. <https://doi.org/10.60568/eic.v4i1.1558>
- Humphreys (2001) The study of sexual violence.
- Jaramillo, G. y Lopez, D. (2018) El deber de solidaridad frente a la causal de divorcio No.6 del artículo 154 del código civil colombiano. Universidad Santiago de Cali. <https://repository.usc.edu.co/handle/20.500.12421/1453>
- Machado, M. (2022) Delito de violación sexual dentro del matrimonio y/o convivencia, Carabayllo 2021. Universidad César Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/90192>
- Mañé Sanchez, L. (2020) Propuesta de reforma de los delitos contra la libertad sexual en base al consentimiento de la víctima. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Recuperado de: <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/46910/TFGDRET2020PremiGenereLMS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Martínez, A. (2016) Estudio de la violencia sexual sobre las mujeres en la relación de pareja, y las repercusiones de la violencia en pareja sobre la sexualidad de las mujeres. Universidad de Alicante. <http://hdl.handle.net/10045/64881>
- Mimbela, F.(2017) La falta de débito conyugal como causal de disolución del matrimonio: A propósito de la casación N° 983-2012-Lima. [https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/924/1/TL\\_MimbelaCornejoFannydelRosario.pdf.pdf](https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/924/1/TL_MimbelaCornejoFannydelRosario.pdf.pdf)
- Mosquera, K. (2018) Violencia familiar: la violación sexual dentro del matrimonio. Universidad Nacional "Daniel Alcides Carrión". Recuperado de: <http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/438/1/TESIS%20VIOLACION%20ENTRE%20CONYUGES.docx>
- Navarro, Pablo. (2001). Valoración de la región anal en el delito sexual en la medicina forense clínica. Medicina Legal de Costa Rica, 18(2), 68-77. Recuperado el 29 de junio, 2023 de: [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152001000300010&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152001000300010&lng=en&tlng=es).
- Noticia Stealthing. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/mundo/nueva-zelanda-el-tragico-final-de-grace-millane-la-joven-que-fue-asfixiada-por-hombre-que-conocio-en-tinder-noticia/>
- Noticia stealthing: Recuperado de: [https://www.abc.es/internacional/abci-cadena-perpetua-para-asesino-joven-mochilera-britanica-conocio-tinder-202002211128\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-cadena-perpetua-para-asesino-joven-mochilera-britanica-conocio-tinder-202002211128_noticia.html)
- Organización de las Naciones Unidas Mujeres (2019) Conclusiones de encuentros. Recuperado de : <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d127c654.pdf>
- Oxman, N. (2015)La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. Política criminal, Vol. 10, N° 19, pp. 92-118. Recuperado de: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_10/n\\_19/Vol10N19A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A4.pdf)
- Pagaza Arroyo, A., & Sánchez Escárcega, J. (2006). La pareja perversa sádico-masoquista. Un caso clínico. Revista Intercontinental de Psicología y Educación, 8(2), 41-60.
- Panyella, M. y Agustina, J. (2020) Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas (Redefining Drug-Facilitated Sexual Crimes). Política Criminal, Vol. 15 N°30. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3761534](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3761534)
- Parlamento Europeo (2021) Convocatoria y conclusiones. Recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html)

- Peña Cabrera, R.(2002) Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual. Ediciones Guerrero ,Perú.
- Perez, Yoliliztli (2016) Consentimiento sexual: Un análisis con perspectiva de género. Revista mexicana de sociología, 78(4), Recuperado el 29 de junio, 2023 de: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-25032016000400741](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000400741)
- Rábago Lorite, L. (2022) La cuestión del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. Comillas Universidad Pontificia, Madrid. Recuperado de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/57745/TFG-%20Rabago%20Lorite%2C%20Luis%20%282%29.pdf?sequence=1>
- Reyna, L., Cancio, M., Hörnle, T. y otros (2005) Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Jurista editores.
- Rodríguez López, Tomás, & Salgueiro Labrador, Lidia Rosa. (2020). Parafilias: consideraciones clínicas y médico legales. Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río, 24(6), e4404. Epub 01 de diciembre de 2020. Recuperado en 25 de junio de 2023, de [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1561-31942020000600023&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-31942020000600023&lng=es&tlng=es).
- Roy, L. (1989) Derecho Penal Peruano: Parte Especial, T.1.
- Salinas, R.(2007) Derecho Penal: Parte general. Editorial Grijley.
- Sancho, M. (2019) Violencia hacia la mujer en el ámbito familiar y/o de pareja un enfoque desde la Ley civil 24.417 de protección de violencia familiar. Universidad Autónoma de Barcelona. <https://hdl.handle.net/10803/667734>
- Schünemann, B. (1996) Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Anuario de derecho penal y ciencias penales. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>
- Sentencia de la Sección de Apelación Penal, de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, núm. 186/2021, de 1 de julio de 2021. FJ quinto.
- Sentencia del Juzgado de Instrucción N° 2 de Salamanca, núm. 00155/2019, de 15 de abril de 2019.
- Suarez Guerra (2022) ¿Es necesaria una reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual? Universidad de León, España. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/492069377.pdf>

Trujillo, M. (2020) La seducción y el derecho penal. Pontificia Universidad Javeriana.  
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/51924/TESIS%20LA%20SEDUCCION%20Y%20EL%20DERECHO%20PENAL-1-83.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

## Anexos

1-A

<b>TESISTA:</b> ANGELICA MARIA CCASANI FLORES	
<b>ORIENTADOR :</b> ELIU ARISMENDIZ AMAYA	
<b>LINEA DE INVESTIGACIÓN :</b> ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL	
<b>TITULO :</b> LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE LA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	
<b>PROBLEMA :</b> ¿CÓMO DEMOSTRAMOS LA NECESIDAD DE ADMITIR LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE LA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL?	
<b>CATEGORIAS CONCEPTUALES</b>	
ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE LA RELACIÓN CONYUGAL	
DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	
<b>OBJETIVOS</b>	
<b>GENERAL :</b> DESARROLLAR LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE UNA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.	
<b>ESPECIFICOS</b>	ANALIZAR LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE UNA RELACIÓN CONYUGAL
	ARGUMENTAR LA EXISTENCIA DE UNA CAUSAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL
<b>HIPÓTESIS</b>	SI ADMITIMOS LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE LA RELACIÓN CONYUGAL, ENTONCES EXISTIRÍA CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL
<b>APORTE</b>	
PROPUESTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA PARA LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE UNA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	

1-B

TEMA	PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	ESQUEMA DE RESULTADOS
LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE LA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	¿CÓMO DEMOSTRAMOS LA NECESIDAD DE ADMITIR LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE LA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL?	DESARROLLAR LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE UNA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.  <i>(PROPUESTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA PARA LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE UNA RELACIÓN CONYUGAL COMO CAUSAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL)</i>	ANALIZAR LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE UNA RELACIÓN CONYUGAL	LA ADMISIÓN DE LOS ACTOS SEXUALES NO CONSENTIDOS DENTRO DE UNA RELACIÓN CONYUGAL  <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La omisión de la técnica legislativa en el acto sexual no consentido dentro de la relación conyugal</li> <li>2. Modalidades de los actos sexuales no consentidos</li> </ol>
		3. La admisión de los actos sexuales no consentidos dentro de una relación conyugal como causal del delito de violación sexual	ARGUMENTAR LA EXISTENCIA DE UNA CAUSAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL	LA EXISTENCIA DE UNA CAUSAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL  <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los actos sexuales no consentidos como causal del delito de violación sexual</li> </ol>

## Apéndice

1-A

### **PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA INCLUSIÓN DEL TIPO PENAL DE ABUSO SEXUAL EN EL ARTÍCULO 170° DEL CÓDIGO PENAL**

#### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### ANTECEDENTES

La ausencia de tipificación en el Código Penal vigente referente al abuso sexual que lesiona el bien jurídico protegido de la libertad sexual, en comparación a la regulación en el Derecho Comparado, es la premisa que sustenta la necesidad de la incorporación de este y su respectiva pena.

Pese a las numerosas reformas sufridas desde la vigencia de nuestro Código penal, los legisladores no han tenido en cuenta la figura del abuso sexual, permaneciendo con la antigua exigencia de violencia ejercida y resistencia de la víctima, lo que dirige a que los aplicadores de derecho no interpreten de manera acertada el consentimiento en, por ejemplo, el contexto de una relación conyugal. Respecto a la doctrina nacional, si bien existe una parte mayoritaria que aboga a favor de una exigencia del consentimiento planteando que la ausencia de este debe ser elemento configurador del delito contra la libertad sexual, sigue existiendo una contradicción acerca de la exigencia del mismo en la relación conyugal. Así, iniciando con la modificación dada por la Ley N° 26293 publicada el 14 de febrero de 1994 estableciendo como pena “no menor de ocho ni mayor de quince años”, posteriormente la Ley N° 28251 publicada el 8 de junio de 2004 realiza la mayor modificación que ha sufrido el tipo penal, desarrollando la figura del “acto sexual” y estableciendo así en el supuesto de hecho el “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”, asimismo introduciendo formas agravadas sancionadas con una pena no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda, estableciendo como supuestos :”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.". Siguiendo con la Ley N° 28704 publicada el 5 de abril de 2006, esta modifica lo referido a la pena, estableciendo para el primer apartado del tipo penal una pena no menor de seis ni mayor de ocho años, mientras que para el segundo apartado referido a las formas agravadas establece una sanción punitiva no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda, por otra parte, la Ley N°28963 modifica las formas agravadas del tipo penal, añadiendo lo 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 ascendiente, 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."; la Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto de 2013 añade un sexto inciso en el segundo apartado:" 6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad", finalmente la Ley N°30838 publicada el 4 de agosto de 2018 modifica de forma drástica la pena del delito de violación sexual, siendo además la última reforma realizada permaneciendo el artículo materia de estudio en su forma final hasta la actualidad: "El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:1. Si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos.2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia,

custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar su confianza en él.

3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad.

4. Si es cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.

5. Si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.

6. Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral con la víctima, o si esta le presta servicios como trabajador del hogar.

7. Si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, o cualquier funcionario o servidor público, valiéndose del ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.

8. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

9. Si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.

10. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.

11. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es adulto mayor o sufre de discapacidad, física o sensorial, y el agente se aprovecha de dicha condición.

12. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.

13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia."

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.

Actualmente el artículo 170° es un tipo penal abierto que hace alusión al abuso sexual, al tipificar como causal de violación sexual cualquier entorno que impida a la persona brindar su libre consentimiento, sin embargo es un tipo penal abierto que, al no poder remitir a alguna

norma extrapenal que coadyuve al desarrollo del mismo, no es aplicable por los magistrados y fiscales nacionales, manifestándose ello en la ausencia de jurisprudencia de la aplicación de este supuesto, la legalización de la categoría jurídica del abuso sexual de manera expresa en nuestro Código Penal permitirá que, por el principio de taxatividad, el Ministerio Público como el Poder judicial tomen en cuenta la postura de la exigencia del consentimiento al inicio y durante la relación sexual incluso en el contexto del matrimonio.

### LEGISLACIÓN COMPARADA

Del análisis del marco jurídico nacional y comparado sobre el abuso sexual, tanto en los países latinoamericanos (México, Chile, Ecuador, Brasil) y, los países europeos (España, Gran Bretaña, Alemania regulan de manera expresa el abuso sexual en su legislación, y Perú aún no lo ha hecho. Los antecedentes respaldan, pues, nuestra propuesta legislativa, haciendo necesario incorporar este tipo penal, dado el creciente fenómeno de la violencia sexual en la relación conyugal y las nuevas modalidades no contempladas por el legislador, lo que presiona por una actualización de nuestra normativa penal en relación a los delitos contra la libertad sexual.

### DOCTRINA JURÍDICA

La doctrina mayoritaria ha entendido que el consentimiento en la relación conyugal es un aspecto crucial que debe ser interpretado de manera acertada. La falta de una norma específica que regule el abuso sexual en el matrimonio ha generado la necesidad de claridad en este ámbito. La legalización de la categoría jurídica del abuso sexual de manera explícita en nuestro Código Penal permitirá que el Ministerio Público y el Poder Judicial tomen en cuenta la postura de la exigencia del consentimiento en el inicio y durante la relación sexual, incluso en el contexto del matrimonio.

### COYUNTURA SOCIAL

La necesidad de incorporar un nuevo artículo en nuestro Código Penal se justifica también en la evolución social de nuestro país, en la actualidad actos como el *stealthing* y la sodomía

principalmente, cuando no son consentidos, constituyen una violación a la libertad sexual, poniendo en peligro el interés público y la dignidad de los cónyuges, lo cual afecta a la sociedad en general y la institución familiar; en nuestro país, no existe a nivel normativo un reconocimiento sobre el tema, un análisis jurisprudencial, ni una discusión por parte de nuestros juristas y doctrinarios nacionales.

Los efectos o consecuencias de la comisión legislativa sobre su admisión, es la afectación directa a la libertad sexual de las personas, asimismo una vulneración al principio de dignidad de la persona, al verse estas sometidas a realizar prácticas sexuales no deseadas, sin ningún ámbito de protección ni garantías de poder denunciar estos abusos ante la ausencia de tipificación, ello en aras al principio de legalidad. La justificación e importancia de este estudio radica en contribuir al debate jurídico y social sobre la materia de estudio, ello ante la ausencia de pronunciamiento tanto jurisprudencial como dogmático a pesar de existir un vacío legal el cual es la causa de la problemática, requiriendo una solución que beneficiará en específico a los cónyuges afectados y en general permitiendo que futuras víctimas gocen de amparo legal.

#### COSTO – BENEFICIO

La aprobación del presente proyecto de ley, no irroga gasto al erario nacional. Se tiene como beneficio a la ciudadanía, a los agraviados o víctimas según corresponda.

#### EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta no afecta el orden constitucional o legal vigente. Todo lo contrario, se propone con el fin de salvaguardar el bien jurídico de la libertad sexual en el ámbito conyugal, en los delitos de abuso sexual. Esto beneficia a las víctimas y a la sociedad en general.

#### **PROYECTO DE LEY N° 001**

PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la siguiente Ley:

“LEY QUE INCORPORA LA FIGURA DEL ABUSO SEXUAL EN EL ARTÍCULO 170°, DECRETO LEGISLATIVO N° 635 – CÓDIGO PENAL”

**Artículo 1.** Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto incorporar en el Código Penal peruano taxativamente el abuso sexual en el artículo 170°, con el fin de salvaguardar el bien jurídico libertad sexual, en los delitos contra la libertad sexual.

**Artículo 2.-** Incorporar la figura del abuso sexual en el segundo párrafo del artículo 170° del Código Penal

Agréguese como segundo párrafo del artículo 170° del Código Penal Peruano

*Artículo 170°. -*

*“(...) El que, mediante actos encubiertos, abusare sexualmente por vía vaginal, anal o bucal, realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, o cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.*

**DISPOSICIONES FINALES**

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima a los veintiocho días del mes de octubre de 2023

PAÍS	ARTÍCULOS QUE REGULAN EL ABUSO SEXUAL
MÉXICO	<p>Capítulo I - Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación</p> <p><b>Artículo 260:</b> Comete el delito de abuso sexual quien ejecute en una persona, sin su consentimiento, o la obligue a ejecutar para sí o en otra persona, actos sexuales sin el propósito de llegar a la cópula.</p> <p>A quien cometa este delito, se le impondrá pena de seis a diez años de prisión y hasta doscientos días multa.</p> <p>Para efectos de este artículo se entiende por actos sexuales los tocamientos o manoseos corporales obscenos, o los que representen actos explícitamente sexuales u obliguen a la víctima a representarlos.</p> <p>También se considera abuso sexual cuando se obligue a la víctima a observar un acto sexual, o a exhibir su cuerpo sin su consentimiento.</p>
CHILE	<p><b>ART. 366:</b> El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.</p> <p>Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.</p> <p>Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años.</p>
BOLIVIA	<p><b>ARTÍCULO 308°.-</b> Se sancionará con privación de libertad de quince a veinte años a quien mediante intimidación violencia física o psicológica realice con persona de uno u otro sexo, actos sexuales no consentidos que importen acceso carnal, mediante la penetración del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo, o de un objeto cualquiera, por vía vaginal, anal u oral, con fines libidinosos; y quien, bajo las mismas circunstancias, aunque no mediara violencia física o intimidación, aprovechando de la enfermedad mental grave o insuficiencia de la inteligencia de la víctima o que estuviera incapacitada por cualquier otra causa para resistir.</p>

---

ECUADOR	<p><b>Delitos contra la integridad sexual y reproductiva</b></p> <p><b>Artículo 164.-</b> Inseminación no consentida.- La persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.</p> <p><b>Artículo 170.- Abuso sexual.-</b> La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa</p>
<hr/>	
BRASIL	<p><b>Importunação sexual</b></p> <p><b>Art. 215-A.</b> Realizar un acto libidinoso contra alguien y sin su consentimiento con el objetivo de satisfacer la lujuria propia o la de un tercero: Pena - prisión de 1 (uno) a 5 (cinco) años, si el hecho no constituye delito más grave.”</p> <p><b>Las penas previstas en el caput y en los §§ 1, 3 y 4 de este artículo se aplican independientemente del consentimiento de la víctima o del hecho de que haya tenido relaciones sexuales antes del delito”. (NR)</b></p>
<hr/>	
PANAMÁ	<p><b>Artículo 174.</b> Quien mediante violencia o intimidación tenga acceso carnal con persona de uno u otro sexo, utilizando sus órganos genitales, será sancionado con prisión de cinco a diez años. También se impondrá esta sanción a quien se haga acceder carnalmente en iguales condiciones. Se impondrá la misma pena a quien, sin el consentimiento de la persona afectada, le practique actos sexuales orales o le introduzca, con fines sexuales, cualquier objeto o parte de su cuerpo no genital, en el ano o la vagina.</p>

---

*Nota: Ccasani (2023)*